

Sygn. akt KIO 621/10

WYROK
z dnia 4 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Sebastiana Jonika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Basspol Construction Jonik Sebastian, 48 – 300 Nysa, ul. Jaskólcza 3** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Specjalny Ośrodek Szkolno – Wychowawczy, 48 – 300 Nysa, ul. Grodkowska 54.**

przy udziale **Stanisława Kurnatowskiego i Joanny Kurnatowskiej prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą KURNATOWSKI Stanisław Kurnatowski Joanna Kurnatowska s.c., 48 – 300 Nysa, ul. Drzymały 32/5** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Sebastiana Jonika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Basspol Construction Jonik Sebastian, 48 – 300 Nysa, ul. Jaskólcza 3 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Sebastiana Jonika prowadzącego działalność**

**gospodarczą pod firmą Basspol Construction Jonik Sebastian, 48 – 300
Nysa, ul. Jaskółcza 3**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Specjalny Ośrodek Szkolno-Wychowawczy, 48-300 Nysa, ul. Grodkowska 54 – prowadzi postępowanie w przedmiocie zamówienia publicznego na adaptację budynku koszarowego na działalność Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Nysie – Etap II.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 12 kwietnia 2010 roku wykonawca Sebastian Jonik prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Basspol Construction Jonik Sebastian, 48 – 300 Nysa, ul. Jaskółcza 3 wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania i na czynności zamawiającego polegające na:

- 1) wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp
- 2) odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 3) wyborze oferty firmy „KURNATOWSKI” Stanisław Kurnatowski, Joanna Kurnatowska, co jest niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- 4) zaniechaniu wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o ewentualne uzupełnienie dokumentów, które nie zostały zawarte w ofercie, a które miałyby udokumentować spełnienie warunku,
- 5) zaniechaniu poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp
- 6) nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego się zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy Pzp, a w szczególności:

- 1) art. 7 ust. 1, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu (zaświadczenie o wpisie do Śląskiej OIIB), który według zamawiającego był dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego się pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ,
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie poprawienie oczywistych omyłek lub omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty,
- 5) art. 91 ust. 1 poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „KURNATOWSKI”.

W uzasadnieniu zamawiający podał, że zgodnie z pkt III 5 SIWZ odwołujący się nie złożył aktualnego na dzień 1 kwietnia 2010 roku zaświadczenia o wpisie do Śląskiej Izby Inżynierów Budownictwa. Natomiast powodem faktycznym odrzucenia oferty odwołującego się jest niewłaściwe sporządzenie kosztorysu ofertowego w pozycjach 31, 48, 55, 33, 63, 74, 79, 80.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego się nie podał, której osoby dotyczy brak złożenia zaświadczenia o wpisie do Śląskiej OIIB. Jeżeli zamawiający na etapie badania i oceny ofert stwierdził, że w ofercie odwołującego się brak jest takiego dokumentu, winien był wezwać odwołującego się do jego uzupełnienia. Zaniechanie tej czynności jest naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdza, iż nie złożenie w ofercie zaświadczenia może dotyczyć osoby z kierownictwa firmy, dla których zamawiający nie wymagał złożenia takiego zaświadczenia, a nie kierownika budowy i kierowników branżowych, dla których odwołujący się złożył wszystkie dokumenty wymagane przez zamawiającego.

Odwołujący się oświadczył, że w poz. 48 kosztorysu ofertowego powinien był uwzględnić obmiar 13,356 m² zamiast 1,908 m² (różnica 11,5 m²), a w poz. 55 – zamiast 4 m² - 2 m² oraz w pozycji 79 i 80 – zamiast 64.558 m³ winno być 2.504 m³ (różnica 62,05 m³), jednakże wskazał, że w pozycjach tych zostały podane ceny jednostkowe, co stanowi o tym, że zamawiający miał wystarczającą wiedzę, aby samodzielnie poprawić zaistniałe omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Nadmienił, że zamawiający w pkt IV pkt 4 dopuszcza poprawienie omyłek zgodnie z art. 87 w zakresie pkt 1/5 SIWZ, który obejmuje sposób obliczenia ceny.

W zakresie zarzutu dotyczącego rodzaju blachy (poz. 33, 55, 63, 74) odwołujący się wyjaśnił, że w każdej z wymienionych pozycji zaoferował blachę ocynkowaną powlekaną, a nie tylko blachę ocynkowaną. Stwierdził, że zaoferował blachę zgodnie z wymogiem zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zastosowania nieprawidłowej normy dachówki w poz. 31 odwołujący się wyjaśnił, że zamawiający dokładnie wskazał cennik i pozycję cennikową. Z cennika tego i konkretnej pozycji jednoznacznie wynika norma zużycia. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wskazał, że potencjalni wykonawcy mają zaoferować dachówkę karpiówkę, natomiast z dokumentów przetargowych wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje zaoferowanie dachówki ceramicznej. Na potwierdzenie powyższego odwołujący się wskazał, że zamawiający do wyceny tych robót zastosował

cennik branżowy firmowy jednoznacznie sugerujący, że nie ma to być dachówka karpiówka. Zaoferowanie przez odwołującego się dachówki ceramicznej jest zgodne z treścią SIWZ.

W ocenie odwołującego się zamawiający posiadał wystarczającą wiedzę, aby samodzielnie poprawić oczywistą omyłkę poprzez wpisanie prawidłowych obmiarów i przemnożenie ich przez podane ceny jednostkowe. Nie czyniąc tego zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie wskazał, że podanie omyłkowych obmiarów będzie stanowiło przesłankę odrzucenia oferty.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że niezgodności w kosztorysie odwołującego się z przygotowanym przez zamawiającego przedmiarem robót w pozycjach 48, 55, 79, 80 nie są omyłkami podlegającymi poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. Przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części itp. Z przytoczonej definicji w sposób jednoznaczny wynika, iż nie obejmuje ona swym zakresem błędów w ilości obmiarów zawartych w kosztorysie wykonawcy.

Stosownie zaś do art. 87 ust. 2 pkt 3 zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Analiza treści przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym,

czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Dokonanie zmian w ofercie odwołującego się w sposób, jakiego żądał odwołujący się, tj. poprzez zmiany w wartościach obmiaru spowodowałoby zmianę ceny oferty o kwotę wynoszącą około 13 tys. zł. Fakt ten powoduje, że zmiana taka nie może zostać uznana za nieistotną.

Złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Zdaniem Izby cena oferty należy do jej *essentialia negotii*; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. Wagę ceny podkreślił ustawodawca w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdzie wymaga się od zamawiającego podania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu obliczenia ceny oraz w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nakazującemu zamawiającemu podanie podczas otwarcia ofert informacji dotyczących cen zawartych w ofertach. W tej sytuacji wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści. Tym samym w ocenie Izby brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie zgodziła się z zarzutem odwołującego się, iż zamawiający nie wskazał, że wykonawcy mają zaoferować dachówkę karpiówkę. O tym, iż zamawiający wymaga dachówki karpiówki mowa jest w dwóch miejscach specyfikacji technicznej – na stronie 15 i 16 specyfikacji.

Nie można podzielić argumentacji odwołującego się, iż zamawiający nie wymagał od wykonawców wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji technicznej. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma odniesienia do specyfikacji technicznej. O tym, jakie znaczenie ma w postępowaniu na roboty budowlane specyfikacja techniczna świadczy treść art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanej.

Prawo budowlane oraz Prawo zamówień publicznych nie określają szczegółowego zakresu specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Problematykę tę normuje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.). W myśl § 12 rozporządzenia specyfikacje techniczne wykonania i

odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości materiałów oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. Według Załącznika VI do Dyrektywy 2004/18/WE specyfikacja techniczna w przypadku zamówień publicznych na roboty, oznacza całość zaleceń technicznych zawartych w szczególności w dokumentacji zamówienia, określających wymagane cechy materiału, produktu lub dostawy zgodnie z ich przeznaczeniem przez instytucję zamawiającą.

Z powyższego wynika pierwszorzędne znaczenie specyfikacji technicznej dla wykonania robót budowlanych. Wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego, winni zdawać sobie sprawę z wagi, jaką ustawodawca przywiązuje do roli specyfikacji technicznej, bez konieczności dodatkowego podkreślania tego przez zamawiającego. Utrzymywanie zaś, iż skoro zamawiający nie wskazał, iż wymaga sporządzenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją techniczną, to wykonawcy nie są obowiązani do jej respektowania, jest co najmniej niezrozumiałe.

Tym samym specyfikacja techniczna jako wymagana ustawą, niezbędna część dokumentacji postępowania winna mieć prymat przed zastosowanym przez zamawiającego cennikiem. W specyfikacji technicznej zamawiający dwukrotnie, w sposób nie budzący wątpliwości wyraził swoją wolę co do rodzaju dachówki, jaka powinna być zastosowana przy realizacji robót budowlanych. O ile odwołujący się, pomimo jasnego sprecyzowania przez zamawiającego rodzaju dachówki, miały wątpliwości w tym zakresie, mógł zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie tej części dokumentacji.

W zakresie zarzutu związanego z nie złożeniem przez odwołującego się aktualnego zaświadczenia o wpisie do Śląskiej Izby Inżynierów Budownictwa Izba stwierdziła, iż zamawiający nie był obowiązany do wezwania odwołującego się do złożenia aktualnego dokumentu z uwagi na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia takiego dokumentu, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ponieważ oferta odwołującego się została skutecznie odrzucona, zamawiający słusznie zaniechał wezwania odwołującego się do uzupełnienia dokumentu.

Analogicznie należy odnieść się do zarzutu braku wyjaśnienia oferty odwołującego się w zakresie zaoferowania blachy ocynkowanej powlekanej. Wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest co prawda jedynie uprawnieniem, nie obowiązkiem zamawiającego, ale zaniechanie takiego wyjaśnienia może być przedmiotem składania środków odwoławczych przez wykonawcę. W przedmiotowej sprawie zarzut taki musi być oddalony z uwagi na skuteczne odrzucenie oferty odwołującego się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....