

WYROK

z dnia 23 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2013 r. przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "ELKO" s.c. T..... S....., M..... S..... z Sochaczewa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź - Administracja Nieruchomościami Łódź-Śródmieście**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź - Administracja Nieruchomościami Łódź-Śródmieście i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "ELKO" s.c. T..... S....., M..... S..... tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Miasta Łódź - Administracji Nieruchomościami Łódź-Śródmieście** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego "ELKO" s.c.** T..... S....., M..... S..... kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź - Administracja Nieruchomościami Łódź-Śródmieście prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Roboty budowlane w zakresie remontu i przebudowy budynków wraz infrastrukturą techniczną na terenie nieruchomości położonej w Łodzi przy ulicy Kilińskiego 84 dla zadania inwestycyjnego pn.: MIA 100 KAMIENIC w nieruchomościach gminnych administrowanych przez AN Łódź -Śródmieście Centrum II”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "ELKO" s.c. T..... S....., M..... S..... z Sochaczewa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 1 lipca 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący zauważył, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził w ofercie Odwołującego rozbieżności w zakresie ilości użytych materiałów w kosztorysie ofertowym dla branży elektrycznej. Wskazał jednocześnie, że w stosunku do tzw. kosztorysu „ślepego”

ilość użytych materiałów w kilku pozycjach. Nie doszło przy tym do zaniechania wyceny jakiegokolwiek pozycji bądź też zmian w zakresie przedmiotu zamówienia. W dniu 26 czerwca 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ oraz poinformował o unieważnieniu postępowania ze względu na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W piśmie dotyczącym wyniku postępowania, podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego były zawyżone ilości użytych materiałów, które bezsprzecznie nie odpowiadały treści SIWZ. Zamawiający powołał się na zapisy treści SIWZ określające przesłanki odrzucenia oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest powodem odrzucenia oferty dopiero po wyczerpaniu możliwości poprawienia omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie podał przyczyn z jakich zaniechał zastosowania tego przepisu. W ocenie Odwołującego nie można uznać aby charakter popełnionych przez Odwołującego uchybień dyskwalifikował je z możliwości uznania za nieistotne. Ustawa Pzp w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie odnosi się ani do ilości omyłek ani do ich wpływu na cenę. Mowa jest jedynie o „istotności” omyłek. Bez wątpliwości poprawienie nawet kilkunastu czy kilkudziesięciu pozycji w kosztorysach ofertowych, polegające na zmniejszeniu ilości zaoferowanych materiałów, mające marginalny wpływ na cenę oferty nie stanowi istotnej zmiany treści oferty. Zmiana ceny oferty nie wpływa również na klasyfikację ofert - oferta Odwołującego w dalszym ciągu pozostanie najtańszą spośród wszystkich ważnych ofert. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż wykonawca Elko s.c. nie zamierzał zaoferować wykonania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny do określonego w SIWZ - omyłki dotyczą ilości niektórych pozycji. Nie ma w treści oferty Elko s.c. mowy o zastosowaniu innych materiałów, technologii, czy też woli pominięcia niektórych prac czy materiałów. Powyższe okoliczności pozwalają zakwalifikować niezgodności oferty z treścią SIWZ jako omyłki możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Podobne stanowisko wyraża Krajowa Izba Odwoławcza, rozstrzygając spory dotyczące drobnych niezgodności kosztorysów ofertowych z przedmiarami.

Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą

wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań.”

Zamawiający powinien zatem dokonać poprawki kosztorysu ofertowego Odwołującego i przedstawić ją Odwołującemu oczekując na zgodę w terminie 3 dni w myśl art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy w związku z art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy a nie odrzucać oferty Odwołującego bez zastosowania obowiązkowej w tym zakresie procedury. W przypadku wyrażenia zgody przez Odwołującego na dokonaną poprawkę oferta powinna podlegać ocenie. Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy nie zawiera ograniczeń co do wnoszenia poprawek w kosztorysie powodujących zmian wynagrodzenia. Owszem cena (wynagrodzenie) jest istotnym elementem oferty, co nie ogranicza możliwości jej zmiany wobec treści art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W dniu 26 czerwca 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję wskazał na następujące okoliczności. Wykonawca w kosztorysie ofertowym dotyczącym robót elektrycznych zawyżył ilość użytych materiałów w pozycjach 15, 16, 18, 19, 23, 40, 62, 64, 68, 70 i 75 w stosunku do ślepego kosztorysu inwestorskiego tj. załącznika nr 11.2 do SIWZ. Ze złożonego przez wykonawcę wyjaśnienia, zgodnie z zapisem art.87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wynika, iż zastosowanie w/w pozycjach kosztorysu zawyżonych ilości użytych materiałów wynika z omyłki w sposobie kalkulacji. Treść oferty nr 8 złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ELKO” s.c z Sochaczewa nie odpowiada – w ocenie Zamawiającego - treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z tym, iż – w ocenie Zamawiającego - w przedmiotowym postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania zgodnie zapisem art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "ELKO" s.c. T..... S....., M..... S..... z Sochaczewa.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego "ELKO" s.c. T..... S....., M..... S..... z Sochaczewa jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 3 lipca 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała m. in. następujące postanowienia:
Pkt 10. „Opis sposobu przygotowania oferty”:

1). Oferta musi zawierać :

a). Wypełniony formularz ofertowy wg załącznika nr 1 do niniejszej Siwz (wpisana w formularz cena brutto roboty budowlanej będzie ceną brutto przeniesioną z kosztorysów

ofertowych i winna uwzględniać wszystkie koszty, które wykonawca spodziewa się ponieść w związku z realizacją zamówienia, w tym związane z wyłączeniem pasa ruchu drogowego na czas budowy;

b). kosztorysy ofertowe sporządzone przez Wykonawcę metoda szczegółowa w oparciu o ceny jednostkowe robót.

Podstawą sporządzenia kosztorysu ofertowego jest projekt budowlano-wykonawczy – załącznik nr 9 , specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót - załącznik nr 10 oraz przedmiary robót wraz ze ślepyimi kosztorysami nakładczymi -załączniki nr 11.1 - 11.6 do SIWZ.; UWAGA: Zamawiający nie dopuszcza ingerencji Wykonawcy w treść przedmiaru tj. dopisywania pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów i podstawy wyceny .

Ewentualne błędy i niezgodności ujawnione w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, przedmiarze robót wykonawca winien zgłosić zamawiającemu przed złożeniem oferty. Koszty zakupu winny być uwzględnione w cenie materiałów.

UWAGA: Wykonawca , którego oferta zostanie wybrana , zobowiązany będzie złożyć kosztorys ofertowy w wersji elektronicznej. Kosztorysy ofertowe sporządzone niezgodnie z powyższym będą skutkowały odrzuceniem oferty.

W niniejszym postępowaniu ofertę złożył m. in. wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowego "ELKO" s.c. T..... S....., M..... S..... z Sochaczewa.

Zamawiający w dniu 31 maja 2013 r. na podstawie art.87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty tj. zastosowania w pozycjach nr 15, 16, 18, 19, 23, 40, 62, 64, 68, 70 i 75 kosztorysu ofertowego na roboty elektryczne zużycia większych ilości materiałów w stosunku do ślepego kosztorysu inwestorskiego tj. załącznika nr 11.2 do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowego "ELKO" s.c. T..... S....., M..... S..... z Sochaczewa wyjaśnił, iż zużycie większych ilości materiałów (poz. 15, 16, 18, 19, 23, 40, 62, 64, 68, 70, 75 -kosztorys ofertowy na- roboty elektryczne) w stosunku do kosztorysu inwestorskiego wynika wyłącznie z omyłki w sposobie kalkulacji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym zarzuty odwołania potwierdziły się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W świetle ww. przepisu, Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązany jest przeanalizować możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca, uchylając art. 88 ustawy Pzp, zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę istotność zmian wprowadzonych w treści oferty, a także intencje wykonawcy, składającego oświadczenie woli.

Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” „*Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek niemających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.*”

Izba zważyła, że w ofercie Odwołującego niewątpliwie występowała rozbieżność z treścią SIWZ w części dotyczącej zużycia większych ilości materiałów (poz. 15, 16, 18, 19, 23, 40, 62, 64, 68, 70, 75 -kosztorys ofertowy na- roboty elektryczne) w stosunku do kosztorysu inwestorskiego.

W celu ustalenia, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z omyłką, koniecznym było po pierwsze ustalenie zamiaru wykonawcy. Z treści pisma z dnia 3 czerwca 2013 r. jednoznacznie wynika, że błędy popełnione w treści oferty Odwołującego wynikają wyłącznie z omyłki w sposobie kalkulacji. Zatem należy uznać, że ujawniony został w sposób dostateczny zamiar spełnienia wymogu Zamawiającego.

W drugiej kolejności należało stwierdzić, czy ewentualna poprawa omyłki w ofercie Odwołującego spowodowałaby istotną zmianę treści oferty.

Pojęcie „istotności zmian treści oferty”, o którym mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy rozpatrywać w kontekście konkretnego postępowania, stanu faktycznego sprawy, sytuacji wykonawców w tym postępowaniu czy też wymogów SIWZ co do treści oferty i wynikających z nich skutków dla oceny ofert.

Zmiany oferty w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie nie spowodują istotnej zmiany oferty Odwołującego, gdyż dotyczą one – jak wskazał Odwołujący - wartości około 0,1 % w stosunku do wartości całej oferty. Niewątpliwym jest więc, iż omyłki w ofercie Odwołującego nie są istotne, w tym także w stosunku do wartości całej oferty.

W ocenie składu orzekającego dokonanie takich zmian w treści oferty nie wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie wymaga bowiem znaczącej ingerencji w treść oferty. Tym samym Izba uznała, iż dokonanie poprawienia omyłek w ww. pozycjach nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego a Zamawiający poprawiając błędy w ofercie Odwołującego niewątpliwie może ingerować w cenę oferty, o ile ta ingerencja nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. To bowiem istotność wprowadzanej zmiany stanowi przesłanką zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie podnieść należy, że uzasadnieniem dla wprowadzenia powyższego przepisu było wyeliminowanie sytuacji odrzucania ofert z powodu drobnych uchybień, w tym takich, których wartość jest wręcz marginalna w stosunku do wartości całej oferty.

Z uwagi, iż wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp oraz wobec unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (będącego konsekwencją odrzucenia wszystkich złożonych ofert, w tym również oferty Odwołującego), Zamawiający zobowiązany jest również do unieważnienia czynności unieważnienia tego postępowania, a następnie do unieważnienia czynności oceny ofert oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika z ograniczeniem ich wysokości do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....