

WYROK

z dnia 2 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

FADBET S.A. ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Miasto Stołeczne Warszawa (Dzielnica Bielany)

ul. Przybyszewskiego 70/72, 01-824 Warszawa

protestu z dnia 5 sierpnia 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie Odwołującego się oraz **pana Stanisława Flisa prowadzącego**

działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-

Montażowe FLISBUD Stanisław Flis ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza

25, 23-300 Janów Lubelski – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa (Dzielnica Bielany) ul. Przybyszewskiego 70/72, 01-824 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez FADBET S.A. ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Miasto Stołeczne Warszawa (Dzielnica Bielany) ul. Przybyszewskiego 70/72, 01-824 Warszawa na rzecz FADBET S.A. ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz FADBET S.A. ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę dwóch budynków mieszkalnych, wielorodzinnych z zespołem parkingowym przy ul. Conrada w Warszawie (UD-III-WZP-3411-11-WIR/08)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 lutego 2008 r. pod numerem 35503-2008. Wartość postępowania została ustalona przez

Zamawiającego na kwotę 15.870.299,33 zł, tj. 4.093.342,79 euro. W postępowaniu złożono sześć ofert, w tym ofertę Odwołującego.

Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał początkowo ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe ZAMBET S.A., a następnie, w wyniku powtórzenia czynności, ofertę pana Stanisława Flisa (Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe FLISBUD Stanisław Flis). W wyniku kolejnego powtórzenia czynności 29 lipca 2008 r. Zamawiający odrzucił wszystkie, wcześniej nieodrzucone, oferty i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Informację tę Odwołujący otrzymał tego samego dnia.

Na powyższą czynność 5 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

i wnosząc o:

1. unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania,
2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na poparcie swoich zarzutów Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zamawiający nie dołożył należytej staranności i dokładności w sprawdzeniu oferty Odwołującego. Zamawiający zarzucił brak w opisie określenia „z pilotem” w poz. 107 kosztorysu dotyczącego instalacji elektrycznych wewnętrznych w budynku A i B. Zarzut ten nie znajduje potwierdzenia, gdyż rury winidurowe RVKLn występują tylko i wyłącznie z linką do kabli (tzw. pilotem). Rury RVKLn to rury karbowane i dlatego fabrycznie wyposażone są

w linki do kabli umożliwiające zgodnie z zastosowaną technologią wciąganie innych mediów – więc brak w opisie określenia „z pilotem” nie oznacza braku linki i niezgodności złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zwraca też uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który, pomimo iż w poz. 96, 107 i 115 przedmiaru, występuje ta sama rura winidurowa RVKLn 23, tylko w poz. 107 w opisie pozycji dodał wyrażenie „z pilotem”. Analizując cenę i wartość poz. 95, 96, 105, 106, 107 i 115 Zamawiający winien stwierdzić, że są one prawidłowe. Wskazuje też, iż brak w opisie wyrażenia „z pilotem” można uznać za oczywistą omyłkę pisarską.

Zarzut dotyczący mufy PB-3x24 / BB-3x24, uwzględniony przez Zamawiającego i niebędący przedmiotem odwołania, został pominięty.

13 sierpnia 2008 r. Zamawiający protest, w zakresie przytoczonego zarzutu, oddalił, informując o tym Odwołującego tego samego dnia.

Zdaniem Zamawiającego rury winidurowe, w tym RVKLn, występują zarówno z pilotem, jak i bez pilota, jednak dostawa z pilotem dokonywana jest na wyraźne zamówienie kupującego. Ponieważ wciąganie przewodów telewizyjnych będzie następowało już po oddaniu budynku do użytkowania, montaż rur z pilotem pozwoli na zmniejszenie kosztów, dlatego dla pozycji 105 – 107 zaprojektowano rury z pilotem, w przeciwieństwie do instalacji niskoprądowych w poz. 95, 96 i 115, w których pilot nie występuje.

Wobec powyższego oddalenia protestu 18 sierpnia 2008 r. (wpływ do UZP bezpośredni) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku przesłanek do dokonania powyższej czynności,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
4. a w konsekwencji – art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazującego zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązującego Zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu z poszanowaniem wszystkich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i zwrot kosztów postępowania,
2. unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, iż w kosztorysie zastosował rurę karbowaną z pilotem. Oznaczenie RVKLn jest starym nazewnictwem stosowanym jedynie w kosztorysowaniu, natomiast obecnie każdy producent oznacza produkty swoimi oznaczeniami. Do wyceny Odwołujący przyjął produkt firmy Legrand o symbolu ICTA 3422 tj. rurę karbowaną, która występuje standardowo z pilotem. Zastosowano ją w pozycjach kosztorysu: 95, 96, 105, 106, 107 i 115, tj. we wszystkich pozycjach bez względu na to, czy był w nich zapis „z pilotem”, czy nie. Świadczy o tym przyjęta cena jednostkowa tych pozycji. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 697/08, w którym skład orzekający uznał, iż: *pomimo wymienionych rozbieżności pomiędzy przedmiarem a kosztorysem ofertowym treść oferty w znaczeniu „tego, co jest zawarte w czyjejs wypowiedzi; tego, co stanowi istotę, sens czegoś” (za internetowym Słownikiem języka polskiego PWN), a także art. 66 § 1 kodeksu cywilnego jest ta sama. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie polega bowiem na idealnym przepisaniu specyfikacji lub jej elementów do oferty, lecz zaoferowanie wykonania zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego – a tym samym – niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków*

zamówienia jest zaoferowanie wykonania zamówienia w sposób inny niż przez Zamawiającego wymagany.

Także w przedmiotowym przypadku nie można uznać, że Odwołujący zaoferował rodzaj, zakres, ilość, sposób wykonania robót inny niż określony przez Zamawiającego. Pominięcie w opisie poz. 107 wyrażenia „z pilotem” należałoby uznać za oczywistą omyłkę pisarską, która nie skutkuje koniecznością uznania oferty Odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący konstruując swoją ofertę przyjął, iż zamówienie zrealizowane z zastosowaniem rur karbowanych Legrand ICTA 3422 występujących standardowo z pilotem.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron i dokumentów złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Częścią oferty musiał być kosztorys ofertowy, który można było wykonać metodą uproszczoną lub szczegółową z wyodrębnionymi cenami jednostkowymi. Oferta wykonawcy (cena kosztorysowa) miała obejmować wyceniony przedmiar robót. Kalkulacja ceny winna uwzględniać wymagania określające standard, jakość i sposób wykonania robót oraz właściwości wyrobów budowlanych zawartych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Natomiast, zgodnie z postanowieniem części VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zasady przygotowania oferty” oferta musiała obejmować całość przedmiotu zamówienia i być sporządzona zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na formularzu o treści zgodnej z określoną we wzorze, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest opis poz. 107 (pełne oznaczenie 107 d.5) kosztorysu ofertowego „Instalacje elektryczne wewnętrzne w budynku A i B”. Odwołujący opisał, iż obejmuje ona „Rury winidurowe

RVKLn 23 (wzmocnione) układane na betonie”, podstawą wyceny jest KNNR 5 0101-05, w ilości 1.040 m i ceną jednostkową 3,27 zł. Tymczasem w opisie pozycji 107 d.5 przedmiaru znajduje się opis: „Rury winidurowe RVKLn 23 (wzmocnione) z pilotem układane na betonie” w ilości 1.040 m, KNNR 5 0101-05.

Z przedstawionych przez Zamawiającego podczas rozprawy wyjaśnień i pism Spółdzielni Pracy Inwestprojekt Świętokrzyski (twórcy dokumentacji projektowej) oraz Ośrodka Wdrożeń Ekonomiczno – Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA Sp. z o.o (wydawcy katalogów Sekocenbud) wynika, iż użyty w opisie pozycji symbol RVKLn oznacza rurę (elektroinstalacyjną) winidurową karbowaną lekką (do słabych naprężeń mechanicznych) niepalną, a z samego tego określenia nie można wnioskować o fakcie wyposażenia rury w „pilota” – dlatego w opisie poz. 105 – 107 zostało wprowadzone dodatkowe określenie „z pilotem”. Ustaleniu temu nie zaprzeczył Odwołujący, zatem skład orzekający Izby uznał ten fakt za bezsprzeczny.

Odwołujący w odwołaniu i podczas rozprawy podniósł, iż do wyceny spornej pozycji zastosował rury ICTA 3422 produkowane przez Legrand, zawierające „pilota”, natomiast przyznał, iż informacji tej nie zawarto ani w kosztorysie, ani w innym miejscu oferty.

Również argument dotyczący jednakowych cen jednostkowych nie rozwiązuje sporu - zbieżne ceny w poz. 96 – 107 – 115 i 95 – 106 mogą świadczyć, iż zaoferowano te same rury, lecz nie muszą – nie ma przeszkód, by za różne rury zaoferować tę samą cenę, również opis poz. 95, 96 i 115 nie zawiera informacji, że rury te oferowane są z pilotem, nawet jeśli zastosowanie takowych Odwołujący przewidział.

W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał, iż z opisu pozycji 107 d.5 kosztorysu ofertowego nie wynika, jakie rury – z pilotem, czy bez pilota, zaoferował Odwołujący. Jednak, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, z opisu tego nie wynika również, iż Odwołujący zaoferował rury bez pilota. Pozostaje więc niejasność, czy oferta Odwołującego jest w tej pozycji zgodna, czy też niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Jednak tę wątpliwość można usunąć w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.

poprzez wyjaśnienie treści oferty. Zdaniem składu orzekającego Izby w tej sytuacji, w stosunku do udzielonych wyjaśnień, nie tyle można by mówić o zmianie, co o ustaleniu treści oferty.

Natomiast, zdaniem składu orzekającego Izby w takiej sytuacji – dwóch możliwych interpretacji – Zamawiający nie powinien przyjmować z góry rozwiązania (interpretacji) niekorzystnego dla Odwołującego.

Jednocześnie, zdaniem składu orzekającego Izby, powyższego braku w opisie nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, do której poprawienia Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przyjętym powszechnie poglądem przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć *widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części* (tak np. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Tomasza Czajkowskiego wyd. UZP Warszawa 2007 str. 299). Podobnie w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” wyd. III – oczywista omyłka pisarska to *omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r. (II SA 863/00) odnoszącym się co prawda do pojęcia "błąd pisarski" z art. 113 k.p.a., możliwym jednak do zastosowania przy definiowaniu omyłki pisarskiej, "błąd pisarski – to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów".*

W kwestionowanej pozycji kosztorysu opuszczono wyraz „z pilotem” nie mniej jednak, jak sam przepis wyraźnie wskazuje i jak przyjęto w orzecznictwie i piśmiennictwie *warunkiem poprawienia omyłek pisarskich jest ich oczywistość („oczywista” znaczy bezsporna, niebudząca wątpliwości)* [„Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Tomasza Czajkowskiego wyd. UZP Warszawa 2007 str. 299] – natomiast w niniejszym przypadku nie ma tej oczywistości, a określenie, czy rury są z „pilotem”, czy też nie, zmienia

jedną z cech oferowanych rur (o której istnieniu nie przesądza reszta opisu). Natomiast o oczywistości omyłki można by mówić, gdyby pozostała część opisu jednoznacznie na tę cechę wskazywała, czyli np. zastosowany symbol rury.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając zwrot wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....