

WYROK
z dnia 19 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2013 r. przez wykonawcę **P..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ALMA P..... S....., ul. Łukasiewiczza 3, 19-300 Ełk** w postępowaniu prowadzonym przez **Prokuraturę Okręgową w Olsztynie, ul. Dąbrowskiego 12, 10-959 Olsztyn,**

przy udziale wykonawcy **PRIBO-EPB Sp. z o.o., ul. Łukasiewiczza 6, 19-300 Ełk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża PRIBO-EPB Sp. z o.o., ul. Łukasiewiczza 6, 19-300 Ełk i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez P..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ALMA P..... S....., ul. Łukasiewiczza 3, 19-300 Ełk tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od PRIBO-EPB Sp. z o.o., ul. Łukasiewiczza 6, 19-300 Ełk na rzecz P..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ALMA P..... S....., ul. Łukasiewiczza 3, 19-300 Ełk kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Prokuratura Okręgowa w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest termomodernizacja i przebudowa budynków dla potrzeb siedziby Prokuratury Rejonowej w Ełku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 395194-2013.

W dniu 5 listopada 2013 roku odwołujący – P..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ALMA P..... S..... wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego, zarzucając zamawiającemu: zaniechanie czynności poprawienia omyłki polegającej na niezgodności ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz odrzucenie oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego z dnia 31 października 2013 roku o odrzuceniu swojej oferty i wskazał, że pozycja 31 przedmiaru robót z branży sanitarno - instalacyjnej co: Izolacja rurociągów śr. 16 mm otulinami Thermaflex FRZ - jednowarstwowymi gr. 20mm (N), ilość 100 m została ujęta w branży sanitarno - instalacyjnej co w dziale: roboty montażowe - rury, malowanie pod pozycją 733, zamiast w dziale roboty montażowe - izolacja rurociągów. Odnośnie poz. 332: węzeł cieplny, podniósł, że opis pozycji: siłownik typ 3222 Dn 15 KVS=0,4m³/h winien brzmieć typ 3222 Dn 15 KVS=0,63m³/h, podany przez odwołującego opis pozycji jest omyłką, którą zamawiający mógł poprawić bez konsultacji z odwołującym lub zwrócić się z zapytaniem do odwołującego, bowiem zmiana opisu typu siłownika nie ma wpływu na cenę jaką podał odwołujący w kosztorysie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonania poprawek omyłek w ofercie i zawiadomienia odwołującego o tym fakcie oraz wniósł o dokonanie czynności badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2013 roku poinformował, że uwzględnia w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca - PRIBO-EPB Sp. z o.o. wniósł przed otwarciem posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp

Okoliczności faktyczne, wynikające z przedmiaru robót oraz oferty odwołującego nie są między stronami sporne.

Zdaniem Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podstawy do odrzucenia oferty nie może stanowić ujęcie w innym, niż to wskazane w przedmiarze robót, miejscu w kosztorysie ofertowym danej pozycji kosztorysowej. Ujęcie pozycji 31 branży sanitarno – instalacyjnej co: Izolacja rurociągów śr. 16 mm otulinami Thermaflex FRZ - jednowarstwowymi gr. 20mm (N) w ilości 100 m w kosztorysie ofertowym w branży sanitarno - instalacyjnej co w dziale: roboty montażowe - rury, malowanie pod pozycją 733, zamiast w dziale roboty montażowe - izolacja rurociągów, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Pozycja ta niewątpliwie została ujęta i wyceniona a wskazanie jej w innym, niż w przedmiarze miejscu może świadczyć jedynie o naruszeniu formy a nie treści i nie skutkuje odrzuceniem oferty.

W zakresie opisu pozycji 332 dział: węzeł cieplny i podania w opisie zamiast parametru „KVS=0,63m³/h” parametru „KVS=0,4 m³/h”, w ocenie Izby, zamawiający był zobowiązany do dokonania poprawienia oferty odwołującego się na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawa winna dotyczyć zmiany opisu pozycji kosztorysowych przez wprowadzenie zamiast „zawory zaporowe stalowe dla ciśnień 2,5 MPa15 mm – montaż zaworu regulacyjnego z siłownikiem typ 3222 Dn 15 KVS =0,4 m³/h”, opisu: „zawory zaporowe stalowe dla ciśnień 2,5 MPa15 mm – montaż zaworu regulacyjnego z siłownikiem typ 3222 Dn 15 KVS =0,63 m³/h”.

Izba wskazuje, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z siwz i wymaganiami zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. Sygn. akt XII Ga 429/09). Wprowadzając przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamiarem ustawodawcy było

umożliwienie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom, którzy złożyli oferty zawierające omyłki, których poprawa nie wpływa w istotny sposób na zmianę treści oferty. Przepis ten obliguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią siwz, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zadaniem Izby w rozpatrywanym stanie faktycznym zaistniały obie przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy wskazują, że mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią siwz, która ma charakter niezamierzonego, niecelowego działania wykonawcy. Powstała omyłka jest następstwem niezamierzonego błędu osoby sporządzającej kosztorys ofertowy i wynika z powielenia opisu pozycji kosztorysowej znajdującej się poniżej tj. poz. 333. O niezamierzonym działaniu wykonawcy świadczy dodatkowo to, że pozostałe elementy przedmiotu zamówienia, niezbędne dla instalacji całego wężła cieplnego odpowiadają wymaganiom zamawiającego a cena zaworu KVS =0,63 m³/h w porównaniu z ceną zaworu KVS=0,4m³/h jest identyczna (jak wskazywał odwołujący, składając do akt sprawy oświadczenie dystrybutora Polamp Sp. z o.o) lub różnica w cenie obu zaworów jest niewielka i wynosi ok. 400 zł (jak wskazywał przystępujący, składając do akt sprawy ofertę cenową dystrybutora Bims Plus Sp. z o.o. Sp.k). Po drugie: poprawienie omawianej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawie będzie podlegać opis jednej z kilkuset pozycji kosztorysowych, a dokonana poprawa w stosunku do całego świadczenia wykonawcy nie ma istotnego znaczenia, w szczególności, że oba zawory są w tej samej cenie, co wynika, ze złożonego do akt sprawy oświadczenia dystrybutora Polamp Sp. z o.o. Zatem dokonana przez zamawiającego poprawa nie wpłynie na całkowitą cenę oferty. Podkreślić należy, że pozostałe elementy przedmiotu zamówienia są zgodne z wymaganiami zamawiającego, a zatem nie dojdzie do sytuacji na którą wskazywał przystępujący, że zastosowanie innego, niż wymagany przez zamawiającego KV zaworu wynika z dążenia odwołującego do obniżenia parametrów instalacji i kosztów oferty. Izba podziela także pogląd prezentowany przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sytuacji spełnienia przesłanej określonych w tym przepisie, dopuszczalne jest dokonywanie poprawy omyłek, nawet gdy poprawa ta dotyczy elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*), w tym przypadku przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Izba uznała za zasadne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert z zastosowaniem dyspozycji przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: