

Sygn. akt KIO 779/10

**WYROK**  
**z dnia 18 maja 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Teodora Świąteckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Teodor Świątecki WODROL, ul. Wilczycka 14, 55-093 Kiełczów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta i Gminy Bardo, ul. Rynek 2, 57-256 Bardo**.

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Teodora Świąteckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Teodor Świątecki WODROL i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) - kwotę wpisu uiszczanego przez Teodora Świąteckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Teodor Świątecki WODROL, ul. Wilczycka 14, 55-093 Kiełczów.**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Świdnicy**.

.....

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Bardo - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa wodociągu w Laskówce, gmina Bardo.

26 kwietnia 2010 r., zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty złożonej przez Tadeusza Świąteckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WODROL Tadeusz Świątecki z siedzibą w Kiełczowie, natomiast 27 kwietnia 2010 r. powiadomił o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wymieniony wykonawca wniósł odwołanie w formie pisemnej, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 maja 2010 r. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 29 kwietnia 2010 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3; art. 89 ust. 1 pkt 7 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący wywiódł, że złożona przez niego oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, które można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a poprawa, dokonana przez zamawiającego na podstawie przywołanego przepisu, prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Podniósł, że oferowana cena ma charakter ryczałtowy, została obliczona na podstawie kalkulacji własnej, obejmuje cały przedmiot zamówienia zgodnie z projektem budowlanym i wykonawczym, zatem zamawiający nie jest uprawniony do jakiegokolwiek ingerencji w jej wysokość.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Izba stwierdziła, że nie występują przesłanki odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 Pzp i rozpoznała odwołanie na rozprawie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 marca 2010 r. pod numerem 65029, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „siwz” została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

W rozdziale III pkt 3.2 siwz zamawiający wyłączył z zamówienia zakres robót dotyczący przyłączy wodociągowych w granicach nieruchomości przyłączanych. Zamawiający stwierdził, że dotyczy to pozycji przedmiaru od nr 74 do nr 95.

W rozdziale VI pkt 6.3. ppkt 4) i 5) zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego oraz propozycji harmonogramu rzeczowo – finansowego.

Zamawiający w rozdziale 13 pkt 13.2 siwz zobowiązał wykonawców do przedstawienia w ofercie ceny ryczałtowej, stałej dla okresu realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną w kwocie 1.732.400 zł brutto. W załączonym kosztorysie ofertowym wycenił pozycje nr 74-95 przedmiaru na łączną kwotę 182.163,26 zł. Kwota ta została również wskazana w harmonogramie rzeczowo - finansowym jako koszt wykonania przyłączy wodociągowych (str. 51 oferty odwołującego).

Pismem z 20 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował o dokonaniu poprawienia omyłek w treści oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w ten sposób, że zmniejszył cenę jego oferty o kwotę 182.163,26 zł dotyczącą wykonania przyłączy wodociągowych, które nie zostały objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający poinformował, że cena oferty po dokonaniu poprawy wynosi 1.510. 160, 82 zł oraz wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na dokonaną poprawę w terminie 3 dni.

Odwołujący pismem z 22 kwietnia 2010 r. (*presentata* zamawiającego 23 kwietnia 2010 r.) wskazał, że zamawiający oczekuje wykonania przyłączy wodociągowych poza granicami nieruchomości przyłączanych, co przewiduje kalkulacja własna odwołującego. Oświadczył również, że ingerencja w wysokość ceny ryczałtowej ma zawsze charakter istotny. Zdaniem odwołującego cena ryczałtowa jest zawsze prawidłowa bez względu na sposób jej wyliczenia.

Izba ustaliła powyższe na podstawie protokołu postępowania, siwz, oferty odwołującego oraz powołanych pism.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania, w sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy. Jego oferta, w razie dokonania jej oceny przez zamawiającego, mogłaby być uznana za

najkorzystniejszą, zatem odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów narażają go na poniesienie szkody.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze: ziściła się przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba nie odrzuciła odwołania jako wniesionego z uchybieniem terminu – odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty, zachowując termin liczony od daty przesłania informacji zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp (z uwzględnieniem art. 115 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Jednak przy ocenie zarzutu odwołania nie można pominąć czynności wykonanych w postępowaniu przez zamawiającego wcześniej i mających znaczenie dla sprawy.

Pismo odwołującego z 22 kwietnia 2010 r. nie zawiera oświadczenia o wyrażeniu zgody na dokonaną poprawę, wyraża natomiast pogląd o niezasadności dokonania poprawienia oferty. Wskazać należy, że o ile w przypadku dokonania przez zamawiającego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca może wywodzić, w terminie przewidzianym na złożenie oświadczeń lub dokumentów, że wezwanie jest niezasadne, a brak wniesienia środka ochrony prawnej wobec czynności wezwania nie powoduje utraty możliwości skutecznego kwestionowania późniejszej czynności wykluczenia, o tyle, w przypadku dokonania przez zamawiającego poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wezwania do wyrażenia zgody na dokonane zmiany w treści oferty, wykonawca powinien, albo wyrazić zgodę na dokonanie poprawy, albo też, bezpośrednio po powzięciu informacji o poprawieniu oferty, zakwestionować wykonaną przez zamawiającego czynność. Ostatnia nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych zniósła art. 24 ust. 2 pkt 3 nakazujący wykluczenie wykonawcy, który nie złożył oświadczeń lub dokumentów, albo złożył oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy po zastosowaniu art. 26 ust. 3. *De lege lata* wykonawca podlega wykluczeniu nie z powodu niezłożenia oświadczeń lub dokumentów, ale wyłącznie wskutek nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem, o ile z dokumentów złożonych wcześniej wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to brak reakcji na wezwanie dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp lub nie wzruszeni go w postaci wniesienia odwołania, nie powoduje konieczności wykluczenia wykonawcy. Natomiast brak wyrażenia zgody na dokonanie poprawienia omyłek w treści oferty stanowi samoistną przesłankę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący nie zakwestionował przez wniesienie odwołania czynności poprawienia oferty.

Obecnie czynność poprawienia ceny oferty nie może już zostać wzruszona i odwołujący nie może obecnie uchylić się od następstw wynikających z dokonanej czynności.

Polemika z prawidłowością poprawienia oferty jest równoznaczna z brakiem zgody. Skoro odwołujący, poinformowany o dokonaniu przez zamawiającego poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie wyraził zgody na dokonanie takiej poprawy, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty odwołującego – wykonania obligatoryjnej czynności wynikającej z przepisów prawa.

Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Po drugie: ewentualne podzielenie poglądu odwołującego, że dokonane przez zamawiającego zmiany w treści oferty wykraczają poza granice wynikające z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, nie może przynieść skutku w postaci uznania za wadliwą czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie Izby uznanie, że uchybienia względem wymagań zamawiającego określonych w siwz, których dopuścił się w ofercie odwołujący, nie podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, prowadzić może jedynie do zmiany podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty.

Przywołany przepis stanowi, że zamawiający poprawia w treści oferty omyłki inne, niż wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Sanacja oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp może nastąpić zatem w odniesieniu do uchybień o charakterze omyłki, pod warunkiem, że ich znaczenie dla treści oferty nie ma istotnego znaczenia.

Wobec nie stawienia się odwołującego na rozprawę, nie było możliwe dokonanie ustaleń w zakresie przyczyn ujęcia w ofercie odwołującego i dokonania wyceny robót, które zamawiający wyłączył z opisu przedmiotu zamówienia. Izba ocenia jednak, że mogło to nastąpić wskutek omyłki wynikającej z przeoczenia.

*Lege non distinguente* art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahe pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 1 marca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 18/10 *niepubl*).

Ryczałtowy charakter oczekiwanego wynagrodzenia nie przemawia przeciwko możliwości ingerencji zamawiającego w wysokość ceny oferty, w razie zaistnienia ustawowo określonych przesłanek.

Tytułem uwagi wstępnej stwierdzić należy, że do umowy o roboty budowlane stosuje się na zasadzie analogii zasady wynagrodzenia uregulowane w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczące umowy o dzieło - wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym lub kosztorysowym

zawarte w art. 629 i 632 § 2 k.c.( *vide*: Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r. sygn. akt III CZP 41/09, *LEX nr 479317*)

Art. 632. § 1 k.c. stanowi, że jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wskazać należy, że wprawdzie istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest jego niezmiennosc, to jednak dotyczy ona okresu obowiązywania umowy. Dopuszczalna jest zatem zmiana wysokości wynagrodzenia ryczałtowego przed datą zawarcia umowy. Na podkreślenie zasługuje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustawodawca przewidział wprost możliwość zmiany ceny oferty. Następuje ona nie tylko z powodu poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych z mocy art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zmiana wysokości ceny oferty następuje częstokroć wskutek tego, że w wyniku dokonania przez zamawiającego poprawienia treści oferty co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia następuje konieczność korekty ceny, tak by odzwierciedlała ona dokonane poprawki.

Podkreślić należy, że dla możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp charakter wynagrodzenia jest pozbawiony jakiegokolwiek doniosłości.

Tak też zamawiający wykonał czynność poprawienia oferty odwołującego, gdyż najpierw uznał, że zaoferowane zostało świadczenie nadmierne – roboty budowlane nie wymagane w siwz, a następnie uznając, że można dokonać oceny oferty z pominięciem owych prac, zamawiający dokonał stosownej korekty w zakresie ceny.

Stanowisko odwołującego zdaje się sprowadzać do oczekiwania, aby zamawiający ograniczył zakres oferowanych przez niego robót i w tym zakresie dokonał zmiany treści oferty, pozostawiając jednakże cenę na niezmiennym poziomie.

Żądanie takie, jak wskazano wyżej jest nieuzasadnione. Powołać w tym miejscu należy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Innymi słowy, o ile omyłki zawarte w ofercie mają charakter istotny, to zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę (*arg. a contrario*).

W okolicznościach sporu brak jest podstaw do stwierdzenia, że omyłki popełnione przez odwołującego polegające na zaoferowaniu i wycenieniu prac nie objętych przedmiotem zamówienia były nieistotne dla treści oferty. O ich znaczeniu świadczyć może rozmiar prac – wykonanie ponad 1.000 m przyłączy oraz ich udział w ogólnej wartości przedmiotu zamówienia, o której świadczy różnica w wysokości ceny oferty odwołującego przed dokonaniem poprawienia (w wysokości 1.732.400 zł), oraz po poprawieniu (1.510.160, 82 zł.) W ocenie Izby różnica jest znacząca – powoduje zmianę ceny oferty o blisko 13%. W konsekwencji zachowanie wysokości ceny ofertowej byłoby możliwe jedynie w razie

dokonania ponownego obliczenia ceny prawidłowo zaoferowanych pozycji kosztorysu, co na gruncie obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Jeśli zatem oferta odwołującego nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to niedopuszczalna jest również zmiana wysokości ceny oferty. A skoro oferta nie zawiera oczywistych omyłek rachunkowych (odwołujący nie wskazał na ich zaistnienie), a jej cena nie została obliczona właściwie, w odniesieniu do zgodnego z siwz przedmiotu zamówienia, to zawiera błąd w obliczeniu ceny oferty polegający na uwzględnieniu wynagrodzenia za prace, które nie będą wykonywane.

W konsekwencji stwierdzić należy, że oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

.....