

Sygn. akt: KIO/UZP 628/08

WYROK
z dnia 07 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Izabela Niedziałek**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: P.P.H. REMBUD Sp. z o.o., P.P.H.U. ERBET Sp. z o.o., 33-300 Nowy Sącz, ul. Piotra Skargi 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 30-901 Kraków, ul. Mogilska 85** protestu z dnia 9 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wybranej oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 30-901 Kraków, ul. Mogilska 85 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: P.P.H. REMBUD Sp. z o.o., P.P.H.U. ERBET Sp. z o.o., 33-300 Nowy Sącz, ul. Piotra Skargi 7,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 30-901**

Kraków, ul. Mogilska 85 na rzecz **Konsorcjum: P.P.H. REMBUD Sp. z o.o., P.P.H.U. ERBET Sp. z o.o., 33-300 Nowy Sącz, ul. Piotra Skargi 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy)
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: P.P.H. REMBUD Sp. z o.o., P.P.H.U. ERBET Sp. z o.o., 33-300 Nowy Sącz, ul. Piotra Skargi 7.**

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

Zamawiający – Regionalny Zarząd Infrastruktury w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku warsztatowego wraz z infrastrukturą techniczną, budową dróg dojazdowych i placów postojowych w kompleksie wojskowym Kraków – Rząska”.

W dniu 3.06.2008r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – Przedsiębiorstwa Produkcyjno Budowlanego AZBUD sp. j. Ponadto dokonał czynności odrzucenia ofert :

- Wikar sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlano – Transportowe,
- Konsorcjum – P.P.H. „Rembud” sp. z o.o. (lider), P.P.H.U. ERBET sp. z o.o., -
zwane dalej Konsorcjum Rembud,
- F.H.U. ATRAM mgr inż. Wojciech Chowan,
- Zakład Budowlano – Montażowy GRIMBUD sp. z o.o.,
- SKANSKA S.A.

wskazując, że zawierają niezgodności z treściami przedmiarów.

W dniu 6.06.2008r. protest złożyła Skanska S.A. – domagała się unieważnienia czynności wyboru oferty Azbud, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Azbud. Wskazano na niezgodności oferty Azbud w poz. 11 d.1, 20 d.1, 24 d.2, 41 d.2, 54 d.2, 18 d.1, 20 d.1, 28 d.1, 30 d.1, 56 d.2, 76 d.3, 97 d.3, 3.1.10, 5.1.5, 5.1.43, 2.11, 50.

W dniu 9.06.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu przez Skanska S.A. złożył Wikar sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlano – Transportowe. Wniesiono o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o ponowną ocenę ofert oraz o odrzucenie oferty Azbud.

W dniu 9.06.2008r. Konsorcjum Rembud zwane również protestującym lub odwołującym złożyło do Zamawiającego pismo zatytułowane „Protest” w którym wskazano, że składa się protest na czynność Zamawiającego dotyczącą odrzucenia oferty Konsorcjum Rembud oraz, że przystępuje się do udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu złożonego przez Skanska S.A. i przyłącza się do zarzutów zawartych w ww. proteście. W uzasadnieniu merytorycznym wskazano na niesłuszność odrzucenia oferty Rembud, powołano się na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23.02.2007r. sygn. akt X Ga 23/07/ZA. Wskazano, że podanie większej ilości obmiarowej nie w przedmiarze nie stanowi tak istotnego uchybienia, które dyskwalifikowałoby tą ofertę jako niezgodną z SIWZ. Wskazano, że protestujący jest w stanie poprawić tą ofertę po wezwaniu. Wskazano ponadto, że odrzucenie oferty jedynie z przyczyny podanej w uzasadnieniu stanowi nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego co jest niedopuszczalne w świetle art. 5 kodeksu cywilnego.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestów w terminach o których mowa w art. 183 ust. 1 i 2 ustawy Pzp co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy uznaje się za oddalenie protestów.

W dniu 24.06.2008r. Konsorcjum Rembud wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia ww. protestu z dnia 6.06.2008r. złożonego przez Skanska S.A. oraz własnego protestu z dnia 9.06.2008r. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1-7, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 5 kodeksu cywilnego poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Konsorcjum Rembud oraz bezprawny wybór oferty Azbud pomimo, że powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W argumentacji wskazano na fakt przyłączenia się do postępowania protestacyjnego Skanska S.A. i poruszono następujące wady oferty Azbud - zastosowanie innego materiału niż wskazano w SIWZ, inny rozmiar krawężnika – 20x35 zamiast 15x30, inne podstawy wyceny, brak pozycji dot. Przewodów instalacji (poz. 5.1.5 kosztorysu elektrycznego) oraz inny sposób zamocowania kabla do poz. 5.1.43.

Następnie wskazano na bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego i powtórzono argumentację zawartą w swoim proteście. Ponownie wskazano na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23.02.2008r. W ocenie odwołującego za niezgodną z SIWZ można uznać taką ofertę, która nie obejmuje swym zakresem całego przedmiotu zamówienia

opisanego w SIWZ. Przyjęte w § 10 projektu umowy wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy co powoduje, że ostateczne rozliczenie nastąpi po dokonaniu obmiaru robót, na podstawie cen jednostkowych przyjętych w ofercie a nie ilości robót z przedmiarów. Ponownie odwołujący wskazał, że jest w stanie poprawić uchybienie po otrzymaniu wezwania. Na koniec – tak jak w proteście wskazano na to, że odrzucenie oferty jedynie z przyczyny podanej w uzasadnieniu stanowi nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego co jest niedopuszczalne w świetle art. 5 kodeksu cywilnego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy postępowania postanowiła uwzględnić odwołanie.

Na wstępie należało wskazać, że nie potwierdził się zarzut Odwołującego odnośnie konieczności przywrócenia do postępowania jego oferty. Odnośnie tego, czy błąd polegający na wpisaniu ilości prętów stalowych okrągłych żebrowanych 0,989 tony zamiast 0,898 tony w pozycji 107 kosztorysu spowodował powstanie oczywistej omyłki pisarskiej – należy wskazać na to, że jej poprawienie nie może prowadzić do zmiany treści oświadczenia woli. Trzeba tutaj wskazać zarówno na ustaloną linię orzecznictwa jak również doktryny. Opinie wynikające z analizy doktryny „za oczywistą omyłką nie może być uznana taka zmiana w tekście oferty, która prowadzi do zmiany jej treści” (J. Pieróg, Komentarz do ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Ch Beck, Warszawa, 2004). Opinia P. Graneckiego -„... poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści oferty, lecz jedynie w znaczeniu technicznym (np. poprawienie „o” na „a”). Ważnym jest, aby w wyniku tej czynności nie zmieniła się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy.” (P. Granecki, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, CH Beck, Warszawa 2007). W. Dzierżanowski wskazuje, że „w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane natomiast wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli.” (W. Dzierżanowski, komentarz do art. 87 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Lex). Obok poglądów doktryny należy wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z którego wynikało, że „Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny.” (SO w Warszawie, V Ca 1514/02) . Orzeczenie to jest wydane w stosunku do art. 44 ustawy z dnia 10 czerwca 1994r. o zamówieniach publicznych. Obecne brzmienie odpowiadającego temu przepisowi art. 87 ustawy Prawo Zamówień Publicznych zawiera co prawda zastrzeżenie dopuszczające ewentualną zmianę treści w ofercie ale jak wynika ze stanowiska doktryny chodzi tutaj wyłącznie o zmiany mające charakter „techniczny” a za taką zmianę nie może zostać uznana zmiana ceny w ofercie. Odwołujący nie potrafił na rozprawie wskazać podstaw prawnych na

jakich Zamawiający miałby dokonać poprawy jego oferty i w związku z tym wycofał żądanie poprawienia jego oferty, co podziela argumentację KIO.

Odnosnie zarzutów dotyczących oferty Azbud – należało wskazać, że argumentacja Zamawiającego o możliwości uwzględnienia odrębności wynikających z pozycji 11 d.1, 20 d.1, 24 d.2, 41 d.2, 54 d.2, 18 d.1, 20 d.1, 28 d.1, 30 d.1, 56 d.2, 76 d.3, 97 d.3, 3.1.10, 5.1.5, 5.1.43, 2.11, 50 tej oferty jako nie skutkujących koniecznością jej odrzucenia nie znalazła potwierdzenia w zapisach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W szczególności należy wskazać, że następujące zapisy SIWZ: w części I, str. 4 – „Wszelkie zmiany w pozycjach przedmiaru mogą być dokonane wyłącznie za zgodą zamawiającego” oraz zapis 1.8 załącznika nr 5 do SIWZ – „Wymagane jest, aby opis pozycji kosztorysu ofertowego był identyczny jak w przedmiarze zamawiającego” jednoznacznie wskazują na konieczność zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarami. Przykładowe różnice – w szczególności poz. 20 d. 1 – nawierzchnie z kostki rzędowej o wys. 14 cm na podsypce cementowo – piaskowej w ofercie Azbud zamiast nawierzchni z kostki betonowej na podsypce cementowo – piaskowej/80% materiału rozbiórki, używanie innego określenia kostki w poz. 24 d.2 (zamiast betonowej użyto kamiennej), poz. 54 d.2 – zamiast deskowania bloków oporowych – deskowanie ław fundamentowych, poz. 18.1 – nie uwzględniono wywozu gruzu – wpisano samą ziemię – w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowią wystarczającą podstawę do stwierdzenia niezgodności z treścią SIWZ. Należałoby wskazać na art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych który wyznacza granice prowadzenia wyjaśnień i dokonywania poprawek w złożonych ofertach. Na jego podstawie zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Oczywista omyłka pisarska i omyłka rachunkowa w obliczeniu ceny są w wyczerpujący sposób opisywane przez doktrynę i były wielokrotnie przedmiotem orzeczeń sądowych, Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej. Należy ponadto podkreślić, że Zamawiający nie może w wyniku wyjaśnień dokonywać jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Należy wskazać, że konstrukcja oceny ofert przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie nie znalazła odniesienia w zapisach SIWZ. Zasada równego traktowania wykonawców wymaga zapewnienia im równej informacji o zasadach oceny ofert, aby mogli przy przygotowaniu ofert zwrócić największą uwagę na istotne elementy. Zamawiający powinien był opisać, że kosztorysy ofertowe składane w ofertach będą stanowiły materiał pomocniczy a różnice w opisach pozycji kosztorysowych nie będą stanowiły podstawy do odrzucenia ofert. Zamawiający tego nie uczynił a zapisy SIWZ – w szczególności z pkt 1.8 załącznika nr 5 jednoznacznie wskazywały na odmienne podejście Zamawiającego.

Dlatego należało uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny wybranej oferty przy uwzględnieniu zastosowania właściwych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*