

**Sygn. akt KIO/UZP 634 /09**

**WYROK**

**z dnia 26 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Sylwester Kuchnio**

**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Marcina Koguta** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "REMKO" ul. Rzepichy 46, 30-240 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków** protestu z dnia **28 kwietnia 2009 r.**

~~przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX po stronie zamawiającego<sup>\*</sup>.~~

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Marcina Koguta prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "REMKO" ul. Rzepichy 46, 30-240 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Marcina Koguta prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "REMKO" ul. Rzepichy 46, 30-240 Kraków**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 214 zł 00 gr (słownie: dwieście czternaście złotych zero groszy) przez **Marcina Koguta prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "REMKO" ul. Rzepichy 46, 30-240 Kraków** na rzecz **Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Marcina Koguta prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane "REMKO" ul. Rzepichy 46, 30-240 Kraków**.

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

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowa pomieszczeń sal sekcyjnych w Katedrze Patomorfologii UJCM w budynku przy ul. Grzegórzeckiej 16 w Krakowie wraz z przebudową i rozbudową wewnętrznych instalacji w tym: wad-kan, c.o. i ciepła wentylacyjnego, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji elektrycznych i teletechnicznych, łącznie z dostawą i montażem wyposażenia technologicznego”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lutego 2009 roku pod pozycją 41541.

Dnia 27 kwietnia 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania, informując jednocześnie o odrzuceniu oferty złożonej przez Marcina Koguta prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo Budowlane REMKO (Odwołującego) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 28 kwietnia 2009 roku Odwołujący wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż treść oferty Odwołującego, jego zdaniem odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, jeśli Zamawiający będzie przestrzegał przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- ponowne dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wybór najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający jako przesłankę odrzucenia oferty podał niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że w kosztorysie ofertowym w branży elektrycznej Odwołujący nie wycenił robót związanych z wykonaniem zasilania rozdzielnic TBOŚ i TBGN.

Zdaniem Odwołującego Kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w punkcie 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj.:

*14. Opis sposobu obliczenia ceny.*

*1. Podstawę do obliczenia ceny ofertowej zamówienia stanowią dokumenty wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ, tj.:*

- wielobranżowa dokumentacja budowlano-wykonawcza,*
- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych,*
- wytyczne Zamawiającego,*
- przedmiary robót branżowych.*

*UWAGA: przedmiary, o których mowa wyżej nie stanowią podstawy do sporządzenia kosztorysu ofertowego poprzez ich wypełnienie. Należy je traktować jako materiał pomocniczy do opracowania własnego przedmiaru i wyceny.*

W kosztorysach branży elektrycznej nie było osobnej pozycji wykonania zasilania dla rozdzielnic TBOŚ i TBGN. Wartość wykonania WLZ dla tych rozdzielni została ujęta w cenie tablic TBOŚ i TBGN (kosztorys Instalacje wewnętrzne poz. 35 i 36). Przy tak skonstruowanych zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz umowy nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przez Zamawiającego pozycje zostały wycenione w kosztorysie ofertowym, wobec czego odrzucenie oferty nastąpiło bezpodstawnie.

Dnia 29 kwietnia 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 7 maja 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając, wskazał, iż zawarte w proteście uzasadnienie nie ma odzwierciedlenia w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty.

W poz. 14 pkt 13 ppkt. 1 s.i.w.z. Zamawiający informował, że przedmiary dołączone do s.i.w.z. „[...] należy traktować jako materiał pomocniczy do opracowania własnego przedmiaru i wyceny”. W dniu 26.03.2009 r. do Zamawiającego wpłynęło zapytanie

dotyczące zasilania objętej przetargiem rozdzielni TBGN. W piśmie z dnia 27 marca 2009 r. zamawiający udzielił odpowiedzi: „*W piwnicy budynku usytuowana jest rozdzielnia główna RGB, z której należy zasilić kablem 5xYKY 1x35 mm<sup>2</sup> o długości 50 m tablicę piętrową TBCN, zgodnie z projektem technicznym - Instalacje elektryczne i teletechniczne - w części opisowej na str. 3. Kabel od strony zasilania ułożyć w istniejącym korytku i w dalszej części układać go w rurze ochronnej pod tynkiem.*”

W poz. 14 pkt 3 ppkt 2 s.i.w.z. Zamawiający zapisał, że kosztorys ofertowy musi zawierać „*[...] wykaz wszystkich materiałów, urządzeń wyposażenia technologicznego, z podaniem dokładnych ich nazw, ilości oraz cen jednostkowych (z kosztami zakupu).*”

W kosztorysie ofertowym w branży elektrycznej (str. 126 i 127 oferty), zarówno w poz. 35 jak i w poz. 36 nie ma podanego jako materiału kabla 5xYKY 1x35 mm<sup>2</sup>. Również w „*Zestawieniu materiałów*” na str. 131 oferty nie ma wyszczególnionego wyżej wymienionego kabla.

Protestujący wskazał, że koszt zasilania zawarty jest w cenie pozycji nr 35 i 36 kosztorysu instalacje wewnętrzne. Według posiadanej przez Zamawiającego wiedzy, koszt zakupu i montażu kabla kształtuje się w kwocie ok. 3 500,00 zł. W kosztorysie ofertowym wymieniona poz. nr 35 skalkulowana została na kwotę 3 500,00 zł natomiast poz. 36 została skalkulowana na kwotę 6 000,00 zł.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający stwierdził, że za podane w kosztorysie ofertowym kwoty nie można wykonać dostawy i montażu kabla oraz, dostawy i montażu tablic.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 11 maja 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- ponowne dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając wskazał, iż zdaniem Odwołującego się nie wyszczególnienie w zestawieniu materiałów 50 mb kabla stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Do poprawienia tego typu omyłki obliguje Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania - pismo z dnia 27 marca 2009 r., treścią oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała te zarzuty za bezzasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, że co prawda Odwołujący się w proteście literalnie nie wymienił naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to jednakże wskazując na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w którym znajduje się odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3 pozwala Odwołującemu się na podnoszenie zarzutów naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 na etapie odwołania.

Skład orzekający Izby biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy w sprawie stwierdził, co następuje:

- Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poz. 14 pkt 13 ppkt. 1 informował, że przedmiary dołączone do s.i.w.z. „[...] należy traktować jako materiał pomocniczy do opracowania własnego przedmiaru i wyceny”,
- Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w poz. 14 pkt 3 ppkt 2 informował, że kosztorys ofertowy musi zawierać „[...] wykaz wszystkich materiałów, urządzeń wyposażenia technologicznego, z podaniem dokładnych ich nazw, ilości oraz cen jednostkowych (z kosztami zakupu).”
- Zamawiający pismem z dnia 27 marca 2009 r. udzielił odpowiedzi: „W piwnicy budynku usytuowana jest rozdzielnia główna RGB, z której należy zasilić kablem 5xYKY 1x35 mm<sup>2</sup>

*o długości 50 m tablicę piętrową TBCN, zgodnie z projektem technicznym - Instalacje elektryczne i teletechniczne - w części opisowej na str. 3. Kabel od strony zasilania ułożyć w istniejącym korytku i w dalszej części układać go w rurze ochronnej pod tynkiem.”.*

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący się w ofercie, we wskazanych przez siebie pozycjach 35 i 36 (strony 126 i 127 oferty) oraz w tabeli zestawienie materiałów (strona 131 oferty) nie uwzględnił 50 mb kabla, który miał połączyć rozdzielnię główną RGB, położoną w piwnicy z tablicą piętrową TBGN. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nakazywała wykonawcom sporządzenie kosztorysu ofertowego zawierającego wykaz wszystkich materiałów, urządzeń wyposażenia technologicznego, z podaniem ich nazw, ilości oraz cen jednostkowych (z kosztami zakupu). Dlatego też prawidłowym działaniem Zamawiającego była czynność odrzucenia oferty Odwołującego się z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe potwierdza również stanowisko Odwołującego się zaprezentowane zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie potwierdzające fakt niewyszczególnienia w zestawieniu materiałów 50 mb kabla – potwierdzające fakt sprzeczności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący się, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie wywodził o konieczności zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazywał na fakt, iż omyłka, do której się przyznaje, dotyczyła niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże jest to omyłka, jego zdaniem niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Izby, Odwołujący się wadliwie interpretuje powyższy przepis. Interpretacja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na możliwość jego zastosowania, gdy poprawione w ofercie omyłki nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący się nie wycenił i jednocześnie nie podał wartości 50 mb kabla. Zamawiający nie posiadając takich informacji nie jest w stanie dokonać „poprawy w ofercie innej omyłki”. Zamawiający nie może również żądać wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zdaniem Izby czynność ta prowadziłaby do prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie wyceny brakujących 50 mb kabla, co powodowałoby do rażącego naruszenia przepisów ustawy – zwłaszcza przepisu art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stawiając Odwołującego się w uprzywilejowanej pozycji, pozwalającej na

kształtowanie treści oferty, zwłaszcza jej ceny, po czynności otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Na podstawie w/w 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 i jednocześnie czynności te nie ingerują w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powodują konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczą jej istotnych postanowień.

Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Zamawiający nie posiadał wszystkich niezbędnych danych do dokonania poprawy kosztorysu, w związku z czym musiałby w sposób istotny ingerować w treść oferty, co stanowi, że powyższe uchybienie (niedokonanie wyceny 50 mb kabla) stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawy nie można dokonać na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty dojazdu pełnomocników Zamawiającego w wysokości 214,00 zł, na podstawie zestawienia kosztów i kserokopii biletów złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*