

WYROK
z dnia 1 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Izabela Nledziątek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bronisława Rupińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „IZOSAN”, ul. Moczadło 1b. 87-300 Brodnica** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Rogowo, Rogowo 51, 87-515 Rogowo** protestu z dnia 21 września 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Rogowo, Rogowo 51, 87-515 Rogowo i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bronisława Rupińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „IZOSAN”, ul. Moczadło 1b. 87-300 Brodnica,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Rogowo, Rogowo 51, 87-515 Rogowo** na rzecz **Bronisława Rupińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „IZOSAN”, ul. Moczadło 1b. 87-300 Brodnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- ~~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 **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bronisława Rupińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany „IZOSAN”, ul. Moczadło 1b. 87-300 Brodnica.**

U z a s a d n i e

Odwołujący – Bronisław Rupiński Zakład Ogólnobudowlany Izosan - uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą „Budowa drogi gminnej nr 120512C Rogowo - Nadróż od km 1+250 do km 2+360 w miejscowości Rogowo i Huta” zarzucił Zamawiającemu, którym jest Gmina Rogowo naruszenie art. 7 ust 1, 87 ust 2 pkt 3, 89 ust 1 pkt 2 oraz 6, 91 ust.1 oraz innych wymienionych w uzasadnieniu odwołania poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Wykonawcy PRD Sp. z o.o. w Lipnie.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności oceny ofert i w jej wyniku dokonania poprawienia nieistotnej omyłki w treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp i w jej wyniku powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 oraz 6 Pzp ze wskazaniem przez Zamawiającego, iż wykonawca w

załączonym do oferty Kosztorysie ofertowym nie dokonał prawidłowej wyceny poz. 11.2 przedmiaru robót.

Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Zamawiający nie precyzuje, jaka jest bezpośrednia podstawa odrzucenia. Jeśli uznać za nią brak wyceny jednej pozycji kosztorysu o marginalnym dla treści oferty znaczeniu, a dodatkowo nie wpływający na wynik postępowania, wskazuje na rażące naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez jego nie zastosowanie.

Odwołujący wskazał, że treść jego pisma z dnia 1.09.2009 r. wyjaśnia kwestię kalkulacji ceny oferty i wskazuje na konieczność poprawienia treści oferty Odwołującego, względnie, uznania, iż wycena tej pozycji ujęta jest w innych pozycjach bez konieczności odrębnej wyceny tej pozycji dla rozliczenia.

W przypadku dokonania poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego w sposób oczekiwany tj. albo poprzez zmianę opisu pozycji w ramach których ujęto przedmiotowe prace, jak wyżej, nie ma konieczności dokonywania odrębnej wyceny tych pozycji przez Zamawiającego albo poprzez dopisanie pozycji kosztorysowej wg wyjaśnień z 1 września br. Poprawka nie miałaby wpływu na kolejność ofert w postępowaniu oraz uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą-najtańszą. Różnica cenowa pomiędzy ofertami Odwołującego się i oferty wybranej wynosi 66.537,69 zł podczas gdy sporna pozycja to 509,18 zł.

Odwołujący wskazał przy tym na piśmiennictwo dot. stosowania art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, w tym treść uzasadnienia projektu nowelizacji ustawy i orzecznictwo KIO.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione. Wskazał, że 27 sierpnia 2009 r. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Lipnie wniosła o odrzucenie oferty Izosanu z uwagi na wadliwie sporządzony kosztorys ofertowy wskazując, iż pominięto w nim wycenę dwu pozycji, co spowodowało obniżenie ceny ofertowej, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W piśmie z dnia 1 września 2009 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w/w kwestii wskazując, iż "w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym została pominięta wycena pozycji: karczowanie drzew o średnicy 75 cm w ilości 3 sztuk, a po wycenie pozycja ta powinna stanowić wartość 519,18 zł., tj. 3szt. x 139,12 zł. netto = 417,36 zł. x 122% = 509,18 zł. Natomiast przełożenie linii teletechnicznych zostało skalkulowane łącznie z wartością materiału (...) i w związku z tym ta pozycja kosztorysu ofertowego nie uległa zmianie. Prosimy zatem o zwiększenie wartości naszej oferty o 509,18 zł."

Pismem z dnia 11 września 2009 r. Zamawiający zawiadomił Zakład Ogólnobudowlany Izosan o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy z uwagi na

zawarte w ofercie błędy co do obliczenia ceny oraz nie odpowiadanie przez treść oferty treści SWZ oraz o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. w Lipnie.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy odrzuca się ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste pomyłki pisarskie i rachunkowe omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Zamawiającego omyłką Odwołującego w postaci braku wskazania w ofercie pozycji karczowanie drzew o średnicy 75 cm w ilości 3 sztuk, jednocześnie brak jej wyceny stanowi istotną zmianę w treści oferty, która zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy musi skutkować odrzuceniem oferty. Powołał wyrok z dnia 28.04.2009 r. KIO (UZP KIO/UZP 476/09), iż zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy zasadą jest, iż nie jest dopuszczalne dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty zastrzeżeniem wyjątków określonych w ust. 2 w/w artykułu. Zatem okoliczności wskazane w ustępie 2, jako odstępstwo od zasady, należy interpretować ściśle. Nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę w treści oświadczenia wykonawcy (oferty), o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej, co oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji karczowanie drzewo średnicy 75 cm w ilości 3 sztuk, należy uznać jako niezgodność treści oferty z SIWZ, a nie w kategorii omyłki.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty (z wyjątkiem poprawiania omyłek pisarskich i rachunkowych oraz omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty). Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, że Odwołujący w kosztorysie ofertowym dokonał nieprawidłowej wyceny poz. 11.2 Przedmiaru robót, co jako błąd w ustaleniu ceny nie podlega regulacji art. 87 ust. 2 ustawy i musi zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy skutkować odrzuceniem oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty oraz po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

W rozpatrywanej sprawie bezsporne jest, iż Odwołujący się w kosztorysie ofertowym dotyczącym budowy drogi nie wskazał w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym pozycji dotyczącej karczowania drzew o średnicy 75 cm w ilości 3 sztuk, a konsekwencji nie dokonał jej wyceny. Niesporna jest również okoliczność, że zgodnie z treścią SIWZ cena w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową.

Sporna między stronami jest kwestia, czy stwierdzony w ofercie brak możliwy jest do poprawienia na zasadzie eliminacji omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ nie powodując istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania jej niezgodności z postanowieniami SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (essentialia negotii). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. W okolicznościach niniejszej sprawy, ewentualne poprawienie omyłek spowoduje, że dojdzie do poprawienia w jednej pozycji kosztorysu ofertowego pominiętej operacji karczowania drzew o określonych parametrach.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że zmiana taka nie stanowi istotnej zmiany treści oferty, nie ulega bowiem wątpliwości, że przedmiotowa zmiana nie jest znacząca; dotyczy jedynie jednej pozycji kosztorysu, a w istocie części tej pozycji. W ocenie składu orzekającego na ocenę nieistotności popełnionej omyłki ma również w niniejszej sprawie fakt, że jak wynika z postanowień SIWZ, cena w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową, co wskazuje na pomocniczy charakter złożonego kosztorysu ofertowego.

Istotny jest również fakt, że poprawienie omyłki nie będzie powodowało istotnej zmiany ilości robót, a ewentualna wartość pominiętej pozycji jest znikoma w stosunku do wysokości ceny ofertowej.

Powyższe okoliczności oznaczają zajście w niniejszej sprawie przesłanki poprawienia omyłek przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co wobec stanowczego sformułowania przepisu oznacza obowiązek poprawienia przez Zamawiającego omyłki na zasadach przewidzianych w tym przepisie.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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), kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła zamawiającego.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....