

Sygn. akt: KIO 186/11

**WYROK**  
**z dnia 11 lutego 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RESBUD S.A., Al. Gen. L. Okulickiego 18, 35-206 Rzeszów** od czynności zamawiającego, którym jest **Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola**

przy udziale wykonawcy **Firmy Budowlanej REM-BUD-I Bronisław Drąg spółka jawna, Al. Jana Pawła II 60B, 37-450 Stalowa Wola**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **RESBUD S.A., Al. Gen. L. Okulickiego 18, 35-206 Rzeszów** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiące równowartość kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez **RESBUD S.A., Al. Gen. L. Okulickiego 18, 35-206 Rzeszów** oraz nakazuje dokonać wpłaty kwoty 3 617 zł 90 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych dziewięćdziesiąt groszy) przez **RESBUD S.A., Al. Gen. L. Okulickiego 18, 35-206 Rzeszów**, na rzecz **Gminy Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

**Przewodniczący:**

.....

## *Uzasadnienie*

I. Gmina Stalowa Wola (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku socjalno-dydaktycznego dla potrzeb Oddziału Politechniki Rzeszowskiej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 24 września 2010 r., poz. 2010/S 186-283637 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 31 stycznia 2011 r. RESBUD S.A. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż treść oferty złożonej przez Firmę Budowlaną REM-BUD-I Bronisław Drąg spółka jawna odpowiada treści SIWZ, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Budowlaną REM-BUD-I spółka jawna i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, kosztorys ofertowy załączony do oferty złożonej przez Firmę Budowlaną REM-BUD-I Bronisław Drąg spółka jawna jest niezgodny z przedmiarami robót w zakresie instalacji elektrycznych wewnętrznych, a to z trzech powodów.

Po pierwsze Odwołujący wskazuje, iż Firma Budowlana REM-BUD-I Bronisław Drąg spółka jawna nie ujęła w przedmiotowym kosztorysie aneksu na instalacje elektryczne AD 14 Oświetlenie zewnętrzne, a mianowicie nie uwzględniono w załączonym do oferty kosztorysie dwóch pozycji, nr 10 KNR 5-10 0303/01 Układanie w wykopie rur ochronnych z PCV

o średnicy do 75 mm (42,400 m) oraz nr 11 KNR 5-10ul 1600/04 Uszczelnianie rury przepustu (7,000 rur). Powyższe wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem stanowi podstawę do odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Po drugie kosztorys ofertowy z branży elektrycznej Wykonawcy zawiera inne ilości niż wymagane w przedmiarze robót przez Zamawiającego. Dotyczy to pozycji 109, 110, 211 i 217. W pierwszym i drugim przypadku zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego zawartymi w piśmie z dnia 12.10.2010r. należało zmienić ilość z 17 szt. na 1 szt. W poz. 211 Zamawiający w piśmie z tego samego dnia wymagał, aby Wykonawcy zmienili ilość na 80, natomiast w ofercie Wykonawcy - Firmy Budowlanej REM-BUD-I Bronisław Drąg spółka jawna - pozostało 76 szt. Podobnie w poz. 217 tego kosztorysu nie zmieniono ilości na 19 i pozostawiono 15. Zamawiający wymagał również wykreślenia z przedmiaru rozdz. 1.8 (poz. 106,107,108) oraz poz. 210, a także poz. od 291 do 325 w rozdziale 5 „Oświetlenie wewnętrzne” i wycenić cały rozdział zgodnie z udostępnionym przez niego aneksem, czego Wykonawca nie uczynił (pismo z dnia 12.10.2010r. i 20.10.2010r.).

Po trzecie w złożonej ofercie, a dokładnie w kosztorysie ofertowym z branży elektrycznej Wykonawca dokonał zmiany w kosztorysie ofertowym numerów KNR w stosunku do numerów KNR wskazanych w przedmiarach robót. Zmiany te dotyczą pozycji 8, 175, 191, 205, 220, 228, 242 i 253. Zmiana katalogu KNR została również dokonana w kosztorysie elektrycznym teletechnicznym - poz. 92 (winno być KNR 5-08ul 0800/04, jest - KNR -W 5-08/114/04. Wykonawca nie jest uprawniony do określenia normatywów, na podstawie których dojdzie do wyliczenia należnego mu wynagrodzenia, a zmiany numerów KNR powodują w tym zakresie niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Oznacza to, iż numery KNR muszą być tożsame z tymi wskazanymi przez Zamawiającego w przedmiarach, zaś ich zmiana powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Firma Budowlana REM-BUD-I Bronisław Drąg spółka jawna, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Izba nie brała pod uwagę nowych zarzutów, podnoszonych przez Odwołującego na rozprawie,

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień

publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego została odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

Wynagrodzenie za wykonanie zamówienia było wynagrodzeniem kosztorysowym (§ 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ), kosztorys ofertowy należało wykonać zgodnie ze szczegółowymi wytycznymi opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ (rozdział 16 SIWZ). Rzeczywiście w kosztorysie załączonym do oferty Przystępującego wystąpiły niezgodności z przedmiarami, dokładnie opisane przez Odwołującego w odwołaniu: nieujęcie dwóch pozycji, nadmiarowa wycena pozycji, które miały być wykreślone, błędne ilości sztuk, nieścisłości w opisach pozycji KNR. Powyższe okoliczności nie były sporne – dostrzegł je Zamawiający na etapie oceny ofert, uznał niezgodności za omyłki możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, co zresztą uczynił, i dokonał zawiadomienia o dokonaniu poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w piśmie z dnia 17 stycznia 2011 r.

Odwołujący w ogóle nie zakwestionował sposobu poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Przystępującego – jedynie wskazywał na niezgodność treści oferty Przystępującego (kosztorysu ofertowego) z treścią SIWZ (załączonymi do niej przedmiarami). Podnosił, że akceptacja takiej oferty przez Zamawiającego była naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący całkowicie w swoich wywodach pominął nie tylko sposób poprawienia omyłek, ale i okoliczność, że taka czynność miała miejsce, mimo że czynność ta nastąpiła przed wyborem oferty najkorzystniejszej, co stanowiło podstawę odwołania.

W ocenie składu orzekającego, aby Odwołujący mógł w takiej sytuacji skutecznie podnosić zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią oferty powinien podważyć czynność Zamawiającego polegającą na poprawie omyłek. Bowiem Zamawiający w dniu 17 stycznia 2011 r. doprowadził do zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ – dokonując poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Tymczasem Odwołujący w ogóle tej czynności nie kwestionował.

Słusznie Zamawiający zwrócił uwagę na rozprawie, że poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych jest obowiązkiem, a nie prawem Zamawiającego. Izba bada odwołanie tylko w zakresie zarzutów w nim podniesionych, zatem istnieje wątpliwość, czy Izba mogła oceniać w ramach rozpatrywania odwołania czynność, która nie była nim objęta – czynność polegającą na poprawie omyłek. Jednak Izba oceniając podnoszone przez Odwołującego zarzuty niezgodności treści oferty Przystępującego

z treścią SIWZ nie mogła pominąć faktu, że miała miejsce nieobjęta odwołaniem czynność poprawienia niezgodności (omyłek). Sam fakt wystąpienia niezgodności był niesporny, Zamawiający dokonał poprawienia oferty w zakresie kosztorysu ofertowego, a nieścisłości co do nomenklatury i oznaczeń w KNR-ach, wynikające z zastosowania innego programu do kosztorysowania uznał za mniemające żadnego wpływu na ocenę oferty, a tym bardziej na zakres oferowanego przez Przystępującego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiający postąpił prawidłowo, dokonując takiej oceny ofert. W analogiczny sposób Zamawiający dokonał poprawy omyłek w innych ofertach, dokonane omyłki miały wpływ na cenę, lecz nieznaczny, i dokonane poprawki nie wpłynęły na ostateczny ranking ofert. Wobec powyższego nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, opisanej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby nie doszło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ po dokonaniu poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (której to czynności Odwołujący zasadniczo nie zakwestionował) nie było podstaw do jego zastosowania. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nieścisłości co do nomenklatury i oznaczeń w KNR-ach nie miały wpływu na zakres zaoferowanego przez Przystępującego przedmiotu zamówienia, a omyłki co do ilości sztuk można było poprawić, powiększając bądź pomniejszając ilość sztuk zgodnie ze zmianami dokonanymi w SIWZ, podobnie – wykreślając nadmiarowo wycenione pozycje i odejmując ich wartość od wartości oferty. Ustalono, że wartość ofert kształtowała się na poziomie 20 milionów złotych, a wartość dwóch pominiętych pozycji była na poziomie 500-1500 zł (na podstawie porównania wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, zgodnie z wyliczeniami Przystępującego, których Odwołujący nie zakwestionował); Przystępujący wycenił dwie brakujące pozycje na kwotę ok. 700 zł, a więc na poziomie porównywalnym z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia, opisane wyżej omyłki nie miały istotnego wpływu na treść oferty.

Reasumując, opisane przez Odwołującego niezgodności pomiędzy kosztorysem ofertowym Przystępującego, a przedmiarami załączonymi do SIWZ po zmianach rzeczywiście miały miejsce, jednak Zamawiający postąpił prawidłowo, dokonując ich poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

Zasądzono na rzecz Zamawiającego, zgodnie z jego wnioskiem, koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 200 zł, oraz koszty dojazdu w wysokości 417 zł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....