

Sygn. akt: KIO 1711/11

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę SPORTPROJEKT Sp. z o.o., 71-468 Szczecin, ul. Sosnowa 6a w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sępole, 11-210 Sępole, ul. 22 lipca 7

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SPORTPROJEKT Sp. z o.o., unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje zamawiającemu w toku ponownej oceny ofert poprawienie omyłki w treści oferty wykonawcy SPORTPROJEKT Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez wykreślenie w kosztorysie ofertowym wycenionych pozycji 35, 36, 37 i 38 i uwzględnienie konsekwencji rachunkowych takiego poprawienia dla ceny oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Sępole, 11-210 Sępole, ul. 22 lipca 7 i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SPORTPROJEKT Sp. z o.o., 71-468 Szczecin, ul. Sosnowa 6a tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Gminy Sępole, 11-210 Sępole, ul. 22 lipca 7 na rzecz wykonawcy SPORTPROJEKT Sp. z o.o., 71-468 Szczecin, ul. Sosnowa 6a, kwotę **13.600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Sępopol na *modernizację boiska wielofunkcyjnego w Sępopolu*, wobec czynności odrzucenia oferty Sportprojekt Sp. z o.o. i unieważnienia postępowania, wykonawca ten wniósł w dniu 10 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1711/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 sierpnia 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania przekazanej faksem w dniu 5 sierpnia 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nieprzekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu postawiony został zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, będących wynikiem uznania oferty odwołującego za niezgodną z treścią siwz, co skutkowało jej odrzuceniem i unieważnieniem postępowania, a także zaniechania poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonania prawidłowej oceny i badania ofert, w tym poprawienia innych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W uzasadnieniu naruszenia przepisów ustawy, odwołujący odniósł się do podstawy prawnej odrzucenia jego oferty wskazanej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podnosząc, iż niezgodność, o której mowa w przepisie, musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący wskazał na obowiązek zamawiającego wyjaśnienia wszelkich wątpliwości na etapie prowadzonego postępowania, tak aby nie budziło wątpliwości, że oferta podlega odrzuceniu, co w sytuacji opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wymaga ustalenia, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu. W zawiadomieniu zamawiający uzasadniał obowiązek odrzucenia oferty odwołującego tym, iż oferta nie uwzględniała modyfikacji siwz, w której usunięto z przedmiotu zamówienia „wymianę słupów i opraw oświetleniowych”. W ocenie odwołującego, zamawiający był zobowiązany do poprawienia kosztorysu poprzez usunięcie poz. 35-38, która to zmiana ma charakter nieistotny. Bez wątplenia oferta odwołującego uwzględnia cały zmodyfikowany

zakres robót objętych przedmiotem zamówienia, jednakże omyłkowo przy sumowaniu wartości poszczególnych pozycji kosztorysu nie usunął uwzględnionych na etapie sporządzania oferty modyfikacji siwz. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego o nieusuwalnym charakterze omyłki i odmienności zakresu świadczenia od wskazanego w siwz. Skoro zamawiający dysponuje wszelkimi danymi do poprawienia kosztorysu bez żadnej ingerencji wykonawcy, winien tą omyłkę potraktować jako nieistotną zwłaszcza, iż wartość tych pozycji w stosunku do wartości całej oferty jest niewielka i wynosi zaledwie 11.277,08 zł. (ok. 3,1%). Wobec zakresu przedmiotu zamówienia, obejmującego roboty budowlane o znacznym rozmiarze oraz znacznej ilości pozycji do wyceny, poprawienie przez zamawiającego niezgodności oferty (w zakresie poz. 35-38 poprzez ich wykreślenie) ze specyfikacją, należy traktować jako mało istotne, zarówno w aspekcie przedmiotowym jak i w aspekcie kosztowym. Niewielki udział wartościowy 4 pozycji w cenie oferty ogółem oraz ich znaczenie dla całości inwestycji, sprzeciwiają się możliwości uznania wskazanych omyłek za mającą przesądzający wpływ na cenę oferty oraz istotną jej treść. Konsekwencją usunięcia pozycji z kosztorysu będzie obniżenie łącznej ceny oferty o kwotę 11.277,08 zł. W efekcie zamawiający otrzyma dokładnie taki przedmiot zamówienia jaki oczekiwał i nie zapłaci za coś co nie było nim objęte.

Z tych też powodów, odwołujący uznał czynność odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji również czynność unieważnienia postępowania, za bezpodstawne, uzasadniające powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do przywrócenia jego oferty do postępowania i tym samym umożliwienia jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności oceny oferty odwołującego uznanej przez zamawiającego za niezgodną z treścią siwz, co skutkowało jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl., a w dalszej konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PrZamPubl.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, zamawiający wskazywał na stwierdzoną niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikającą z braku uwzględnienia dokonanej w dniu 21.07.2011 r. modyfikacji zakresu robót, z których usunięto „Wymianę słupów i opraw oświetleniowych”.

Mając na uwadze stanowiska stron, treść oferty oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia, a także złożone na rozprawie pisma, Izba uznała, iż zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl, który znajdował zastosowanie do stanowiącej podstawę odrzucenia, niezgodności oferty z treścią siwz.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż w sprawie nie było sporu co do istnienia stwierdzonej przez zamawiającego niezgodności oferty z treścią siwz i wynikającej z uwzględnienia w kosztorysie ofertowym wyceny usuniętych modyfikacją do siwz, czterech pozycji dotyczących zakresu prac związanych z wymianą słupów i opraw oświetleniowych (poz. 35-38). Różnica stanowisk wynikała z odmiennej oceny dotyczącej możliwości zastosowania do tego rodzaju niezgodności normy zawartej w art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy PrZamPubl, która stanowi wytyczną do poprawienia przez zamawiającego innej od oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wskazywał na nieistotne znaczenie omyłki, której poprawienie pozostaje bez wpływu na zakres świadczenia w pełni odpowiadający przedmiotowi zamówienia, jej marginalny wpływ na wartość oferty i możliwość jej samodzielnego poprawienia przez zamawiającego. Zamawiający natomiast prezentował stanowisko, w którym uznawał za niedopuszczalne uznanie, jako nieistotnej omyłki polegającej na rozszerzeniu zakresu prac w stosunku do objętego przedmiotem zamówienia, mającego wpływ na cenę oferty.

W ocenie Izby, w okolicznościach dotyczących badanej sprawy, znajdowało zastosowanie odesłanie w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a zamawiający był zobowiązany do poprawienia w ofercie odwołującego się omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby obie przesłanki poprawienia omyłki, wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zostały spełnione. Wystąpienie omyłki w treści oferty było niesporne, a w ocenie Izby,

przy braku ustawowego katalogu innych niż pisarskie, czy rachunkowe, omyłek mieszczących się w dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, decydującym dla powstania po stronie zamawiającego obowiązku ich poprawienia, było ustalenie „istotności” wpływu omyłek na treść oferty. Ponieważ w badanej sprawie omyłki dotyczyły pozycji, które zamawiający wykreślił z zakresu przedmiotowego zamówienia, Izba uznała, iż pozostawały one bez znaczenia dla pozostałej treści oferty, której zgodność z siwz nie była kwestionowana. Wykreślenie z kosztorysu ofertowego wycenionych pozycji dotyczących usuniętego z siwz w drodze modyfikacji zakresu prac, w żaden sposób nie wpłynęłoby na pozostały zakres świadczenia i jego wycenę, szczegółowo przedstawioną w kosztorysie ofertowym. Poprawienie omyłki nie wymagało ingerencji we właściwą treść oferty, dotyczącą przedmiotu zamówienia, a zatem nie miało uzasadnienia twierdzenie zamawiającego, iż poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany treści oświadczenia woli. Konsekwencje rachunkowe wykreślenia czterech pozycji kosztorysowych (35, 36, 37 i 38) nie miałyby również istotnego wpływu na cenę oferty, poprzez jej znaczne zwiększenie, a wręcz przeciwnie, skutkowałyby jej obniżeniem. Izba uznała, iż wycena pozycji nie objętych ostatecznie zakresem przedmiotu zamówienia, nie dotyczy zakresu świadczenia stanowiącego odpowiedź na zapotrzebowanie zamawiającego, a zatem nie mogła prowadzić do stwierdzenia, iż oferta jest niezgodna z treścią siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. Ewentualne omyłki w tej części oferty pozostają bez wpływu na prawidłowość właściwego zakresu świadczenia i jego wycenę. W wyniku poprawienia omyłki poprzez wykreślenie pozycji kosztorysowych, dojdzie do ustalenia właściwej ceny oferty za roboty objęte zamówieniem publicznym, bez jakiegokolwiek ingerencji w treść oferty, zawierającej wycenę poszczególnych pozycji kosztorysowych. Pomniejszenie ceny brutto oferty stanowić będzie jedynie konsekwencją rachunkową pomniejszenia wartości kosztorysowej o wykreślone pozycje.

W tych okolicznościach faktycznych Izba uznała, iż zamawiający był zobowiązany do poprawienia omyłki wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl, który dokonał wyceny pozycji nie objętych przedmiotem zamówienia, co pozostawało bez wpływu na pozostałą treść oferty. Uznanie przez Izbę, iż zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, skutkowało również uznaniem dalszej czynności zamawiającego - unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PrZamPubl, jako bezpodstawnej.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Uwzględniając odwołanie Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania zamawiającego. Izba zasądziła na rzecz odwołującego koszty poniesione przez stronę z tytułu wpisu od odwołania podlegającego zaliczeniu w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika ograniczając jego wysokość wskazaną w rachunku do maksymalnej kwoty określonej w rozporządzeniu (§ 3 pkt 2 lit a).

Przewodniczący: