

Sygn. akt: KIO 236/12

WYROK
z dnia 15 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2012 r. przez **Firmę Handlowo Usługową „Projekt-Bud” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Muzeum Etnograficzne w Warszawie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, po uprzednim poprawieniu omyłek w treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Państwowe Muzeum Etnograficzne w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Firmę Handlowo Usługową „Projekt-Bud” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie** na rzecz **Firmy Handlowo Usługowej „Projekt-Bud” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Muzeum Etnograficzne w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Realizację drugiego etapu inwestycji pn. Zwiększenie dostępności do infrastruktury kultury poprzez modernizację budynku Państwowego Muzeum Etnograficznego w Warszawie ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2007-2013, Priorytet VI: Wykorzystanie walorów naturalnych i kulturowych dla rozwoju turystyki i rekreacji, Działanie 6.1 – Kultura oraz ze środków budżetu województwa mazowieckiego, polegającego na modernizacji części budynku wg projektu autorstwa An Archi Group s.c.*

W dniu 3 lutego 2012 r. wykonawca – Firma Handlowo Usługowa „Projekt-Bud” Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał poprawienia w jego ofercie omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji bezpodstawnie odrzucił ofertę. Wskazał, że w dniu 30 stycznia 2012 r. został poinformowany przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty, ze względu na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego błędy w kosztorysie ofertowym miały charakter omyłek podlegających poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako niemające charakteru istotnego.

Odwołujący oświadczył, że nie neguje, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, nie zgadza się jednak, że ta niezgodność była zamierzona. Podniósł, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie pozwala na automatyczne odrzucenie oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Świadczy o tym odesłanie do art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający stwierdzając niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, ma obowiązek ustalić, czy powstała niezgodność jest wynikiem omyłki podlegającej poprawieniu.

Odwołujący wskazał, że omyłki w kosztorysie powstały na skutek niedostrzeżenia przez pracownika przygotowującego ofertę, postanowień punktu 1 załącznika nr 1 do SIWZ, w którym zawarta jest informacja, że zakres robót związanych z wyposażeniem pomieszczeń Muzeum dla Dzieci i Hallu Informacyjnego nie obejmuje wyposażenia opisanego w załączniku nr 15 do SIWZ. Odwołujący naniósł pozycje określone w tym załączniku do kosztorysu.

Ponadto pracownik nie dostrzegł zmiany SIWZ z 30 grudnia 2011 r. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którą nie cały zakres robót określonych w przedmiarze robót „Instalacja centralnego ogrzewania”, jest przewidziany do wykonania. Zamawiający wskazał w zmianie do SIWZ, które pozycje kosztorysowe należy wykonać, natomiast pozostałe pozycje należało pominąć. Pracownik Odwołującego wpisał zatem do kosztorysu zbyt wiele pozycji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, które pozycje w kosztorysie są zbędne. Poprawienie omyłek winno być przeprowadzone poprzez wykreślenie zbędnych pozycji kosztorysowych i pomniejszenie ceny oferty Odwołującego o wartość wykreślonych robót. Odwołujący wyliczył, że wartość brutto zbędnych robót wynosi 51.886,56 zł, zatem cena oferty winna być pomniejszona o tę kwotę. Przy cenie brutto oferty Odwołującego (9.610.936,39 zł), powyższa omyłka stanowi 0,5% tej ceny. Po poprawieniu omyłek i uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawy, cena oferty Odwołującego wynosić będzie 9.559.049,83 zł. Stosunek ceny ofertowej do wartości zbędnych robót świadczy, zdaniem Odwołującego, o tym, że są to omyłki nieistotne.

Odwołujący podniósł ponadto, że w punkcie 1 formularza ofertowego złożył oświadczenie, że składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy. To oświadczenie dodatkowo potwierdza zamiar Odwołującego złożenia oferty o treści zgodnej z treścią SIWZ, zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, zaś zaistniałe niezgodności są wynikiem błędu podlegającego skorygowaniu przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W załączniku nr 1 do SIWZ *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*, Zamawiający zamieścił informację, że w zakresie wyposażenia pomieszczeń Muzeum dla Dzieci i Hallu Informacyjnego, przedmiot zamówienia obejmuje jedynie montaż w pomieszczeniu 0/6 stalowej ramy do wieszania dekoracji oraz wieszaka na folie w pomieszczeniu 0/4, nie

obejmuje zaś wyposażenia opisanego w *Projekcie wyposażenia Tom 1A (zad. 2)*, stanowiącym załącznik nr 15 do SIWZ.

W dniu 30 grudnia 2011 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień dotyczących treści SIWZ. W związku z odpowiedzią na pytanie 4 (dotyczące instalacji centralnego ogrzewania) Zamawiający zmienił treść specyfikacji, doprecyzowując, jakie prace dotyczące centralnego ogrzewania należy wykonać (poprzez wskazanie pozycji z przedmiaru robót).

W punkcie 13 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) ppkt 4, Zamawiający postanowił, że: *cena brutto podana przez wykonawcę w ofercie za realizację całego zamówienia jest ceną ryczałtową, o której mowa w art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, a wykonawca ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym wymagane jest od wykonawców bardzo szczegółowe zapoznanie się z dokumentacją załączoną do SIWZ (załączniki 1-17 do SIWZ). Z kolei w punkcie 13.3 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, że cena powinna wynikać z kalkulacji kosztorysowej, sporządzonej przez Wykonawcę metodą uproszczoną na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru. Jednostkowe ceny kosztorysowe stanowią informację pomocniczą na potrzeby kalkulacji robót zaniechanych i zamiennych. Kalkulacja kosztorysowa powinna być opracowana zgodnie z „Polskimi standardami kosztorysowania robót budowlanych” (Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych 2005) w formie kosztorysów częściowych.*

Zgodnie z punktem 14.1 SIWZ, jedynym kryterium oceny ofert była cena. W wyznaczonym terminie złożonych zostało pięć ofert, z których oferta Odwołującego była ofertą z najniższą ceną (9.610.936,39 zł).

W dniu 30 stycznia 2012 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty (złożonej przez Klimar-Serwis Grzegorz Jajszczak, z ceną 10.198.465,15 zł). Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu trzech ofert, w tym oferty Odwołującego.

Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ, wskazując, że:

- *Wykonawca w kosztorysie branży budowlanej uwzględnił prace w Muzeum dla Dzieci, mimo że w załączniku nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, w pkt ad 1 Wyposażenie pomieszczeń Muzeum dla Dzieci i Hallu Informacyjnego Zamawiający informuje, że „zadanie sprowadza się jedynie do montażu w pomieszczeniu 0/6 stalowej ramy do wieszania dekoracji oraz wieszaka na folie (...)” (Kosztorys budowlany, str. 3-7, poz. 9-41, nadproża, roboty rozbiórkowe, tynki, okładziny, instalowanie drzwi, itp.)*

- Wykonawca uwzględnił w ofercie grzejniki, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, co w odpowiedzi na zapytanie zostało wyjaśnione przez Zamawiającego poprzez zmianę SIWZ w treści załącznika nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia na str. 7 dnia 30 grudnia 2011 r. (Kosztorys „Sanitarny CO” – str. 3 poz. 12-17 – grzejniki, str. 12 poz. 84-90 – grzejniki, str. 15 poz. 96-114 – orurowanie i armatura, str. 17 poz. 121-128 – grzejniki, str. 20 poz. 136-146 – orurowanie i armatura, str. 21 poz. 149-150 – grzejniki, str. 24 poz. 155-172 – orurowanie i armatura, str. 26 poz. 180-191 – grzejniki, str. 30 poz. 213-215 – grzejniki, str. 63 poz. 401-405 – grzejniki).

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Fakt wycenienia w kosztorysie ofertowym zbędnych robót jest między stronami bezsporny. Odwołujący nie kwestionuje wskazanych przez Zamawiającego – jako zbędne – pozycji kosztorysu. Zamawiający z kolei przyznaje, że błędy w ofercie Odwołującego wynikają z omyłki przy sporządzaniu kosztorysu. Istotą sporu jest możliwość poprawienia tej omyłki.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który zobowiązuje zamawiającego do poprawienia takich niezgodności z treścią SIWZ, które po pierwsze mają charakter omyłki, a po drugie – nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sprawie pierwsza z przywołanych wyżej przesłanek została spełniona, co strony zgodnie przyznały. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby była druga z tych przesłanek, tj. kwestia istotności omyłek dla treści oferty.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają wytycznych, w jaki sposób oceniać istotność zmian w treści oferty. Kwestię tę należy analizować z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy oraz celu przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, którym jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert merytorycznie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Zdaniem Izby poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie spowoduje jej istotnych zmian.

Z pełnej treści oferty wynika, że zamiarem wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający oparł się na jednym z elementów tej oferty – kosztorysie ofertowym, który zgodnie z SIWZ ma jedynie charakter pomocniczy.

Ponadto, Zamawiający nie stwierdził takich niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, które dotyczyłyby tego, co wykonawca zobowiązany będzie wykonać w przypadku uzyskania zamówienia. Jediną wadą tej oferty, zgodnie z informacją o wyniku postępowania, było dokonanie wyceny robót, które nie będą wykonywane.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że ze względu na ryczałtowy charakter ceny, niedopuszczalne było jej poprawienie. Po pierwsze brak jest podstaw do generalnego wniosku, iż przyjęcie w postępowaniu ceny ryczałtowej wyklucza możliwość poprawiania omyłek w ofertach. Zdaniem Izby możliwość ta oceniana powinna być *ad casum*, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Ponadto, takie stanowisko Zamawiającego wskazuje, że wyciąga on dwa przeciwstawne wnioski z postanowień specyfikacji dotyczących sposobu obliczenia ceny. Z jednej strony omyłki w kosztorysie traktuje jako podstawę odrzucenia oferty, z drugiej – powołuje się na ryczałtowy charakter ceny i wynikającą z tego faktu niedopuszczalność jej zmiany.

Istotny dla rozstrzygnięcia sprawy jest również fakt, że Zamawiający miał wszelkie dane potrzebne do skorygowania oferty bez ingerencji wykonawcy: wiedział, które pozycje w kosztorysie są zbędne i znał ich wartość. Mógł zatem dokonać odpowiedniej korekty kosztorysu oraz skorygować cenę oferty tak, aby wynikała, zgodnie z punktem 13.3 SIWZ, z kalkulacji kosztorysowej.

Przy ocenie istotności omyłki należy odwołać się również do wartości zbędnych pozycji kosztorysu, która według obliczeń Odwołującego wynosi 51.886,56 zł, co stanowi zaledwie 0,5% ceny ofertowej. Zamawiający na rozprawie podniósł, iż według jego obliczeń wartość ta jest wyższa i wynosi 77.806 zł. Zdaniem Izby, nawet ta wartość niepotrzebnie wycenionych robót jest znikoma w stosunku do całego przedmiotu zamówienia (0,8% ceny ofertowej).

Podsumowując, omyłka w ofercie Odwołującego podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zatem czynność odrzucenia tej oferty stanowiła naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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: