

Sygn. akt KIO/UZP 214/08

KIO/UZP 240/08

WYROK

z dnia 25 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez wspólnie ubiegających się o zamówienie

Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 156a, 26-200 Końskie i Bożena Tchórz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą BINSTAL Bożena Tchórz ul. Konstytucji 3 Maja 38, 97-200 Tomaszów Mazowiecki

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Gminę Pawłów, Pawłów 56a, 27-225 Pawłów

protestów z dnia 22 i 29 lutego 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania, unieważnia czynność poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie złożonej przez PIS INSBUD Sp. z o.o., unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez PIS INSBUD Sp. z o.o.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Pawłów, Pawłów 56a, 27-225 Pawłów i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 156a, 26-200 Końskie i Bożenę Tchórz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BINSTAL ul. Konstytucji 3 Maja 38, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** w tym:

A. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie. dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 214/08,

B. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie. dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 240/08,

2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Pawłów, Pawłów 56a, 27-225 Pawłów** na rzecz wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwa Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 156a, 26-200 Końskie i Bożeny Tchórz prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą BINSTAL ul. Konstytucji 3 Maja 38, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wspólnie ubiegających się o zamówienie **Przedsiębiorstwa Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji HYDROMEL Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 156a, 26-200 Końskie i Bożeny Tchórz prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą BINSTAL ul. Konstytucji 3 Maja 38, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** w tym:
 - A. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 214/08,
 - B. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 240/08.

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

Gmina Pawłów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Tarczek, Świątomarz, Brzezcie w Gminie Pawłów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21.12.2007 r. pod numerem 256929-2007. Wartość zamówienia oszacowano na 11.554.463,12 zł.

Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była najniższa cena. Do upływu terminu składania ofert złożono 9 ofert, z których ofertą z najniższą ceną była oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych INSBUD Sp. z o.o., ofertą z kolejno najniższą ceną była oferta Odwołującego.

18 lutego 2008 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o poprawieniu przez Zamawiającego w tekście oferty złożonej przez PIS

INSBUD Sp. z o.o. omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Zamawiający poprawił poz. 20, 78, 160, 227, 326, 554, 560, 623 i 751 kosztorysu ofertowego powołując się na art. 87 ust. 2 oraz art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając, zgodnie z brzmieniem powyższych przepisów, iż INSBUD Sp. z o.o. prawidłowo podała cenę końcową, która była ceną ryczałtową, bez względu na sposób jej obliczenia.

18 lutego 2008 r. PIS INSBUD Sp. z o.o. wyraziła zgodę na poprawienie tych omyłek.

Odwołujący nie zgodził się z tą czynnością Zamawiającego i 22 lutego 2008 r. wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie mające miejsce w trakcie oceny ofert i polegające na uczynieniu własnym działaniem z oferty PIS INSBUD Sp. z o.o. oferty nieporównywalnej z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu,
2. naruszenie art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne i pozbawione podstaw zastosowanie tego przepisu wobec oferty złożonej przez PIS INSBUD Sp. z o.o. w sytuacji braku w ofercie omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, które mogłyby być zgodnie z tym przepisem poprawione

i w związku z powyższym wniósł o unieważnienie czynności dokonanej w trybie art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niemającej zastosowania do błędów zaistniałych w ofercie PIS INSBUD Sp. z o.o. i dokonanie oceny ofert na ofertach porównywalnych.

Odwołujący uzasadnił swój protest tym, iż warunkiem poprawienia omyłek rachunkowych jest stwierdzenie, że one rzeczywiście zaistniały i to przy obliczeniu ceny, a więc w prowadzeniu rachunków na liczbach. Tymczasem poprawione przez Zamawiającego nieprawidłowości w pozycjach kosztorysowych nie polegają na omyłkach w równaniach matematycznych, lecz w opisie elementów przedmiotu zamówienia (niewłaściwe ilości robót nieuwzględniające wymaganych krotkości, niewłaściwe urządzenie – agregat, niewłaściwa ilość pompowni), czyli na błędnym przyjęciu przez PIS INSBUD

Sp. z o.o. zakresu przedmiotu zamówienia, który będzie podlegał realizacji. Naprawienie tych błędów w ofercie nie może się odbyć przez poprawienie omyłki rachunkowej, bo nie zmieni to złożonego przez PIS INSBUD Sp. z o.o. oświadczenia, iż w zaoferowanej cenie dostarczy i zamontuje agregat niespełniający warunków oraz wykona roboty w ilościach odmiennych od założonych przez Zamawiającego.

Powyższe błędy w ofercie PIS INSBUD Sp. z o.o. są błędami w ustaleniu przedmiotu zamówienia, które ma wpływ na cenę, a nie błędnie dokonana czynnością obliczenia ceny nadająca się do poprawienia, a więc taka, która opierałaby się na poprawnych założeniach, a jedynie polegałaby na błędzie rachunkowym tkwiącym w jednostkach cenowych.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu, co, zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznaje się za jego oddalenie. W związku z tym 7 marca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 10 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 214/08) w którym podtrzymał swoje zarzuty i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności dokonanej w trybie art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niemającej zastosowania do błędów w ofercie PIS INSBUD Sp. z o.o. i dokonanie oceny ofert na ofertach porównywalnych.

Jednocześnie 22 lutego 2008 r. Odwołujący otrzymał faksem informację o wyborze oferty złożonej przez PIS INSBUD Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, na którą to czynność Zamawiającego 29 lutego 2008 r. wniósł protest.

Wybór ten, zdaniem Odwołującego, został dokonany przedwcześnie, tj. przed upływem 7 dni, w ciągu których poinformowani o poprawieniu omyłek rachunkowych uczestnicy postępowania mogli wnosić protest – bowiem dopiero pewność co do niewzruszalności tej czynności przez pozostałych wykonawców uprawnić mogła Zamawiającego do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Poza tym Odwołujący stwierdził, iż wybrana oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający wadliwie dokonał poprawienia omyłek rachunkowych (argumentacja z protestu i odwołania o sygn. akt KIO/UZP 214/08). Taki wybór dokonany przez Zamawiającego jest, zdaniem Odwołującego, naruszeniem zasady równego traktowania uczestników postępowania, gdyż dotyczy oferty nieporównywalnej z innymi złożonymi w postępowaniu z powodu zaferowania innego niż żądany przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – zasady równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty nieporównywalnej z pozostałymi złożonymi w postępowaniu ofertami oraz dokonanie poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w okolicznościach, w których nie został ostatecznie rozstrzygnięty protest złożony 22 lutego 2008 r. a także art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne usankcjonowanie zaferowania przez PIS INSBUD Sp. z o.o. odmiennego przedmiotu zamówienia,
 2. nieodrzućenie oferty złożonej przez PIS INSBUD Sp. z o.o. pomimo istnienia przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 3. dokonanie wyboru oferty PIS INSBUD Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, którą Zamawiający uznał za niepodlegającą odrzuceniu po bezpodstawnym poprawieniu omyłek rachunkowych w sposób sprzeczny z art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych
- i wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórna ocenę ofert ze skutkiem odrzucenia oferty złożonej przez PIS INSBUD Sp. z o.o.

Zamawiający nie rozstrzygnął powyższego protestu, co, zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych uznaje się za jego oddalenie. W związku z tym 13 marca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 17 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 240/08), w którym podtrzymał swoje zarzuty i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnej oceny ofert na ofertach porównywalnych i wybór oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma prawo i obowiązek poprawić omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny. Sposób poprawienia tych omyłek został określony w art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego ust. 2 pkt 3 określa sposób poprawienia omyłek rachunkowych w przypadku ceny ryczałtowej. Zgodnie z lit. a) punktu 3. uznaje się, iż prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, jednak, jak wskazuje sama nazwa, powinna ona dotyczyć obliczenia ceny, czyli w przypadku przedmiotowego kosztorysu, kolumny 6. („Cena jednostkowa”) i 7. („Wartość”). Tymczasem zamawiający dokonał zmian w kolumnie 3. („Opis pozycji kosztorysowych”) i 4. („Ilość”) korygując błędne zapisy wykonawcy i dostosowując je do zapisów przedmiaru (opisu przedmiotu zamówienia). Zmiana taka ingeruje w zakres i ilość zaoferowanych robót oraz urządzeń i nie może być dokonana na podstawie art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ustawa nie zezwala Zamawiającemu na poprawianie treści oferty niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia (analogicznie jak omyłek w obliczeniu ceny), lecz zobowiązuje go do odrzucenia takiej oferty – jak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, iż nie potwierdził się zarzut dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przedwcześnie, tj. wcześniej niż na 7 dni od poinformowania wykonawców o poprawieniu omyłek rachunkowych. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada

na Zamawiającego obowiązku 7-dniowego „vacatio” po każdej dokonanej czynności i przed podjęciem kolejnej czynności w postępowaniu, jak to ma miejsce w przypadku określonym w art. 94 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei 7-dniowy termin związany z poprawieniem omyłek rachunkowych, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy wyłącznie czasu, który Zamawiający musi zagwarantować wykonawcy, w którego ofercie omyłki poprawiono, przed odrzuceniem oferty tego wykonawcy i jest to czas przeznaczony na jego ustosunkowanie się do dokonanych przez Zamawiającego poprawek, a nie terminu na wnoszenie protestów przez innych wykonawców, niezadowolonych z decyzji Zamawiającego, których dokonanie kolejnych czynności przez Zamawiającego nie pozbawia możliwości wniesienia protestu na czynności wcześniejsze.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....