

Sygn. akt: KIO/UZP 1266/09

WYROK
z dnia 7 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata

Andrzej Niwicki

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Grabowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, 60-681 Poznań, Os. Bolesława Chrobrego paw. 110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Wrzesiński, 62-300 Września, ul. Fryderyka Chopina 10** protestu z dnia 10 sierpnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności: wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Powiat Wrzesiński, 62-300 Września, ul. Fryderyka Chopina 10 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jacka Grabowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, 60-681 Poznań, Os. Bolesława Chrobrego paw. 110.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Powiat Wrzesiński, 62-300 Września, ul. Fryderyka Chopina 10** na rzecz **Jacka Grabowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, 60-681 Poznań, Os. Bolesława Chrobrego paw. 110** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Jacka Grabowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, 60-681 Poznań, Os. Bolesława Chrobrego paw. 110.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „docieplenie 3 budynków wraz z salą gimnastyczną Zespołu Szkół Technicznych i Ogólnokształcących we Wrześni w ramach realizacji przedsięwzięcia pt. „Odnawialne źródła energii i termomodernizacja wybranych budynków Powiatu Wrzesińskiego.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, w dniu 6 lipca 2009 r., pod nr 224800-2009.

W dniu 10 sierpnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 87 ust. 2, art. 92, art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy o finansach publicznych i wnosząc o wezwanie Odwołującego się do uzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji również czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący się przyznaje, iż przez nieuwagę nie dołączył do oferty przedmiotowego zaświadczenia, jednakże nie dyskwalifikuje go to z postępowania, bowiem składając ofertę ważną, niepodlegającą odrzuceniu, przysługuje mu uprawnienie do uzupełnienia wskazanego dokumentu, zaś na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania Odwołującego się w tym przedmiocie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie stanowiska Zamawiającego, iż treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Odwołujący się wyjaśnia, że zakwestionowane przez Zamawiającego pozycje kosztorysu ofertowego zawierają opisy i jednostki zgodne z dokumentacją projektową Zamawiającego. Zaoferowany został cały zakres wymaganych robót oraz poprawnie wyceniony, zgodnie z wymogami postanowień SIWZ. Dodatkowo, Odwołujący się wskazuje, iż charakter ryczałtowy wynagrodzenia za zamówienie, wynikający ze wzoru umowy, nie daje podstaw, nawet w przypadku stwierdzenia omyłek, do odrzucenia oferty. Jeśli zaś, Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości powinien skorzystać z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać Odwołującego się do wyjaśnień. W omawianym przypadku, zdaniem Odwołującego się, mamy do czynienia z alternatywnym sposobem opisu pozycji przedmiarowej. Jednocześnie Odwołujący się stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki, w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko, zdaniem Odwołującego się, potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 19 sierpnia 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający stanął na stanowisku, iż błąd popełniony w kosztorysie ofertowym w poz. 4 części I i III zamówienia oraz w poz. 20 części II zamówienia nie wyczerpuje znamion art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca zaoferował materiał niezgodny z przedmiarem, stanowiącym integralną część SIWZ, którego Zamawiający może uznać jako alternatywnie opisaną pozycję przedmiarową. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, gdyż mimo ich uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oferta podlega odrzuceniu z powodu wskazanych błędów w kosztorysach ofertowych.

W dniu 24 sierpnia 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty naruszenia przepisów: art. 7, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz żądania zgłoszone w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż zgodnie z pkt XVI ppkt 4 SIWZ do oferty należało dołączyć kosztorys ofertowy. Sporządzony przez Odwołującego się kosztorys, dotyczący zarówno części I, II i III, wykazywał szereg niezgodności, w zakresie opisu pozycji kosztorysowych z przedmiarem robót, załączonym do SIWZ. Informację o rodzaju niezgodności, braku wymaganego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz o unieważnieniu postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający zawarł w pismach z dnia 4 sierpnia 2009 r. Jednocześnie Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, co podtrzymał również na rozprawie, iż błędy zawarte w poz. 4 kosztorysu ofertowego, dotyczące części I i III oraz poz. 20, odnoszącej się do części II zamówienia nie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazane błędy dotyczą rodzaju zaoferowanego materiału. Niezgodność polega na ujęciu w kosztorysie blachy z cynku, podczas gdy Zamawiający wymagał blachy tytanowo-cynkowej. Powyższe powoduje, że przedmiot robót w spornych pozycjach kosztorysu nie odpowiada temu, który wynika z przedmiaru.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Istota sporu między stronami sprowadza się do określenia charakteru wskazanych omyłek. Sposób zakwalifikowania omyłki, determinuje bowiem dalsze działania Zamawiającego. Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym). W niniejszym stanie faktycznym, błąd w opisie pozycji kosztorysowej nie jest zauważalny przez każdego, nie musi być nawet dostrzeżony przez profesjonalistę (bez analizy projektu budowlanego i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót), można sobie bowiem wyobrazić użycie materiałów zaproponowanych przez wykonawcę. Stąd też uznać należy, że bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje 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 niezgodności z 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, określił 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 rodzaju zastosowanej blachy. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że przedmiotowa zmiana nie stanowi istotnej zmiany treści oferty, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie jest znacząca. Zmiana przedmiotu świadczenia w odniesieniu do jednego z materiałów użytych do realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu okoliczności, iż zmianie podlegałyby 3 pozycje wobec około 200, nie powoduje, iż w sposób istotny, a więc zasadniczy, zmienia się treść oferty. Istotny jest również fakt, że poprawienie omyłek nie będzie powodowało, ani zmiany ilości robót, ani też ich ceny. O istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.

Niezależnie od powyższych rozważań, warto również zwrócić uwagę, że gdyby przyjąć koncepcję, iż o istotności zmian decyduje ich zakres w odniesieniu do ceny (jako elementu istotnego treści oferty), to okoliczność powyższa pozostanie bez wpływu na prezentowany przez Izbę pogląd. W niniejszym stanie faktycznym cena usługi została skalkulowana na poziomie 824.346,89 zł netto, zaś wartość pozycji, które miałyby być skorygowane wynosi 586,83 zł netto. Argument ten jest o tyle istotny, iż co prawda w badanej sprawie nie dojdzie do poprawienia ceny, to jednak powyższe pokazuje wielkość obszaru, w obrębie którego nastąpi ingerencja w treść oferty (poniżej 1%).

W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Błędne stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się

przyczyną odrzucenia oferty, która to czynność w konsekwencji również obarczona jest błędem, a to z kolei przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego omyłek powoduje, że również czynność wykluczenia Odwołującego się z postępowania obarczona jest wadą, a zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znajduje uzasadnienie. Zamawiający, wobec złożenia przez Odwołującego się ważnej oferty, powinien był bowiem wezwać go, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakującego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków.

Odmienne od Zamawiającego rozstrzygnięcie przez Izbę w przedmiocie omyłek powoduje, że brak podstaw do unieważnienia postępowania, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego się jest bowiem ofertą ważną, niepodlegającą odrzuceniu a ocenie. W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Odrzucenie bowiem prawidłowej oferty stanowi przejaw złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Natomiast rację należy przyznać Zamawiającemu, iż wobec jednoznaczności treści złożonej przez Odwołującego się oferty, żądanie jakichkolwiek wyjaśnień było bezprzedmiotowe. Prowadziłoby jedynie do potwierdzenia faktu popełnienia omyłki. Stąd, zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie odrzucił bowiem oferty Odwołującego się z tego powodu, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 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. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

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 w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*