

WYROK
z dnia 7 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez wykonawcę – Józefa Kryś prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL Józef Kryś w Krotoszynie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Sąd Rejonowy w Kępnie

przy udziale wykonawcy - Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST w Wołowie - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Józefa Kryś prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL Józef Kryś w Krotoszynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Józefa Kryś prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL Józef Kryś w Krotoszynie, tytułem wpisu od odwołania.

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 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 Kaliszu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Sąd Rejonowy w Kępnie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej jako: „Pzp” lub „ustawa”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane termomodernizacja budynku sądu obejmująca docieplenie obiektu wraz z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej oraz prace remontowe w zakresie instalacji elektrycznej, CO, wentylacyjno - nawiewnej i zagospodarowania posesji Sądu Rejonowego w Kępnie Al. Marcinkowskiego 10.

21 czerwca 2011 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Zachodnią Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST w Wołowie, Oddział w Poznaniu. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę złożoną przez Józefa Kryś prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL Józef Kryś, wskazując w uzasadnieniu, że zmiany w kosztorysie wykonawcy dokonane w stosunku do pozycji 7, 8, 12, 37, 45, 125 i 126 przedmiaru robót oraz kosztorysu ślepego stanowią zmiany o charakterze istotnymi.

Józef Kryś prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL Józef Kryś 27 czerwca 2011 r. wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Zachodnią Instytucję Gospodarki Budżetowej „PIAST” w Wołowie, Oddział Poznań, powtórzenie czynności badania i ceny ofert, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że złożona przez niego oferta jest zgodna z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że w załączonych do oferty kosztorysach ofertowych (w poz. 12 i 37) zostały uwzględnione treści wyjaśnień (pisma z dnia 26.05.2011 i 27.05.2011r). Odwołujący podniósł, że jednostki przedmiarowe w poz. 7 i 8 zostały przyjęte zgodnie z przedmiarem, a jedynym uchybieniem - oczywistą omyłką nieistotną - jest fakt, że wynikające z jednostek przedmiarowych „m²” nakładów w pozycji nakładów materiałowych nie zostały podane w „szt.”- co jednak w powiązaniu z przyjętym opisem i podaniem wymiarów pojedynczego okna wyraźnie pokazują przyjęcie do wyceny okna w rozbiciu na sztuki. W pozycji 125 jednostka przedmiarowa została przyjęta prawidłowo jako „szt”, natomiast jeden z nakładów materiałowych tj.-osprzęt elektryczny - zamiast jako „kpl” został przyjęty w „szt.”- co jest parametrem tożsamym i omyłką nieistotną.

Analogicznie należy traktować przyjęcie w pozycji 126 zamiast jednostki przedmiarowej „kpl” „szt”.

Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej PIAST w Poznaniu 29 czerwca 2011 r. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Odwołujący złożył pismo, w którym uzasadniając zarzuty odwołania odniósł się również do poszczególnych pozycji przedmiaru robót oraz kosztorysu ślepego stanowiących podstawę odrzucenia oferty, w tym również do pozycji 45, która nie była wskazana w odwołaniu.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień zamawiającego z 26 i 27 maja 2011 r., oferty odwołującego i przystępującego oraz Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 16 maja 2011r., pod pozycją 114282.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego godzi w jego interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz powoduje, że może on ponieść szkodę – naruszenia przepisów ustawy uniemożliwiają wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz uzyskanie przez niego zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo, że zarzuty odwołania znalazły potwierdzenia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferta podlega odrzuceniu w razie niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca nakładając na zamawiającego obowiązek poprawienia treści oferty nie uzależnił możliwości dokonania poprawy od charakteru wynagrodzenia. W żaden też sposób nie ograniczył powinności zamawiającego do jedynie do tych elementów oferty, które nie są przedmiotowo istotne.

Przeciwnie, zamawiający zobowiązany został do poprawienia wszelkich niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji zamówienia, w tym również jej *essentialia negotii* oferty, o ile fakt ich zaistnienia jest wynikiem omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany całości oferowanego świadczenia. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa, aby omyłka miała charakter istotny musi mieć znaczenie dla całości oferowanego świadczenia.

W myśl postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiar stanowi element opisu przedmiotu zamówienia.

W pozycjach 7 i 8 odpowiednio „montaż okien z tworzyw uchylne - piwnice 1.,5x0,5” i „montaż okien z tworzyw FIX-piwnice 1,25x0,5” odwołujący podał ogólną powierzchnię okien, podczas gdy przedmiary oraz kosztorys ślepy wskazywały jako jednostkę „sztuki”. Izba uznała, że zmiana jednostki przedmiarowej w poz. 7 i 8 kosztorysu ze sztuk na m² jest możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Opis przedmiaru zawiera dane dotyczące powierzchni okien i zamawiający na podstawie posiadanych danych jest w stanie obliczyć ilość oferowanych sztuk okien.

Oferta odwołującego nie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pozycji 12 - „montaż okien uchylnych jednodzielných z PCV z obróbką obsadzenia o pow. Ponad 1.0 m²”. Treść tej pozycji kosztorysu odwołującego odpowiada treści przedmiaru.

Zamawiający odniósł się do znajomości rynku i uznał, że jej wycena nie uwzględnia udzielonych przez niego wyjaśnień. Izba poddała ocenie pytanie oraz wyjaśnienia zamawiającego z 27 maja 2011r.. Na pytanie, czy będą to okna produkowane na specjalne zamówienie, zamawiający wskazał, że oczekuje stolarki okiennej PCV w kolorze ciemnego brązu - orzech od strony zewnętrznej oraz białej po stronie wewnętrznej, której wymiar odpowiada ogólnie stosowanemu typoszeregowi stolarki. W związku z powyższym, niezależnie od braku podstaw do kwestionowania treści oferty, stanowisko zamawiającego o nietypowości zamówienia oraz braku możliwości jej realizacji przez odwołującego nie ma oparcia w dokumentacji postępowania. Stwierdzić też należy, że samo kwestionowanie ceny pojedynczej pozycji kosztorysowej nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeśli oferowane świadczenie odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W pozycji 37 przedmiaru „okładziny ścian i pilastrów zewn.” zamawiający w rubryce nakłady ustalił, że ilość wynosi 72,1856 kg. Odpowiednia pozycja kosztorysu odwołującego jest zgodna z tym wymaganiem.

Izba uznała, że wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego 26 maja 2011r. nie dają podstawy do uznania, że prawidłowa ilość stali niezbędnej do wykonania tej pozycji wynosi ok. 296,2 kg. Zamawiający wyjaśnił, że w rozwiązaniu projektowym przyjęto kamień

elewacyjny w formie boniówki z piaskowca o wym. min. 25x35 cm lub większej w kolorze brunatno-rudo-brązowym) i grubości jak dla kamienia łupanego tj. 2-4 cm. Wskazał, że do wyceny należy przyjąć technologię mocowania przedmiotowego kamienia elewacyjnego poprzez klejenie do warstwy izolacyjnej i pośrednio do muru poprzez kotwy. Izba uznała, że nawet w razie przyjęcia, że ilość stali została w ofercie odwołującego zaniżona, co ma znaczenie dla ceny jego oferty, nie powoduje konieczności odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Zamawiający, na którym spoczywa ciężar dowodu (ze swoich twierdzeń wywodzi bowiem skutek w postaci odrzucenia oferty odwołującego) nie wskazał na istotność omyłki tak w aspekcie przedmiotowym, jak i kosztowym w stosunku do całości oferowanego świadczenia. Sam wzrost ceny pojedynczej pozycji kosztorysowej, nawet jeśli jest znaczący, nie wyklucza możliwości poprawienia ilości niezbędnej stali oraz uwzględnieniu dokonanej poprawy w cenie, jeśli skutkiem dokonanej poprawy nie jest istotny wzrost ceny całej oferty.

Konkludując tę część rozważań dodać można jedynie, że wskazywany na rozprawie brak programu kosztorysowego nie może stać się okolicznością zwalniającą zamawiającego z wykonania obowiązku poprawienia stwierdzonych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - powinności nałożonej przepisem ustawy. Niezależnie od tego, że w ocenie Izby, poprawienie oferty odwołującego jest możliwe bez udziału programu kosztorysowego, wskazać trzeba, iż obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, by czynność badania i oceny ofert, do której odnosi się art. 87 ust. 2 Pzp, mogła zostać prawidłowo wykonana.

Izba uznała również, że wskazanie w pozycji 125 „montaż urządzenia regulującego przepływ i temperatury na instalacji c.o.” jednego z nakładów materiałowych tj.-osprzęt u elektrycznego – zamiast w „kpl” w „szt” oraz w pozycji 126 „uruchomienie i regulacja urządzeń” zamiast jednostki przedmiarowej „kpl” w „szt” stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Poprawienie podanych jednostek miar nie stanowi merytorycznej zmiany treści specyfikacji, którą byłaby zmiana, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Wszystkie pozycje kosztorysowe w ofercie były opisane podstawą wyceny z określeniem jednostek, w jakich wyrażana jest dana pozycja kosztorysowa - omyłka dotyczy takiego elementu oferty, którego treść była z góry narzucona przez zamawiającego i stanowi błąd pisarski mający cechy przypadkowego przeoczenia. Świadczy o tym również pozostawienie bez zmian wymaganej kosztorysem ofertowym ilości jednostek.

Omyłki takie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zamawiający naruszył zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba nie nakazała jednak poprawienia stwierdzonych omyłek, gdyż wykonanie tej czynności pozostaje bez znaczenia dla wyniku postępowania.

Izba zważyła, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując jako podstawy faktyczne swojej decyzji pozycje 7, 8, 12, 37, 45, 125 i 126 przedmiaru robót oraz kosztorysu ślepego.

Odwołujący wskazał kwestionowaną czynność zamawiającego odrzucenie złożonej przez siebie oferty i stanowiący jej następstwo wybór najkorzystniejszej oferty, jednak naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wywodził jedynie w odniesieniu do pozycji 7, 8, 12, 37, 125 i 126 przedmiaru robót oraz kosztorysu ślepego. Uzasadnienie odwołania nie zawiera zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu wadliwego uznania przez zamawiającego odrzucenia oferty z powodu niezgodności pozycje 45 kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót oraz kosztorysem ślepym,.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Niedopuszczalne jest rozszerzanie zakresu rozpoznania odwołania na etapie rozprawy. Zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz okoliczności faktyczne i prawne wskazywane jako uzasadnienie wad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie odwołującego zakwestionowania we wniesionym odwołaniu czynności zamawiającego w odniesieniu do pozycji 45 przedmiaru i kosztorysu ślepego powoduje, że czynność odrzucenia oferty odwołującego jest skuteczna.

W konsekwencji potwierdzenie zarzutów odwołania wobec pozostałych pozycji nie spowoduje przywrócenia odwołującego do udziału w postępowaniu i nie ma wpływu na wynik postępowania. Wpływ naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego na wynik postępowania jest niezbędną przesłanką uwzględnienia odwołania wskazaną w art. 192 ust. 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w sentencji. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:.....