

WYROK

z dnia 11 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Przedsiębiorstwo Budowlane PARTNER Spółka z o.o.

22-105 Okszów, Srebrzyszcze 29 B

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gminę Chełm działającą poprzez Bibliotekę Publiczną Gminy Chełm w Okszowie ul. Chełmska 35 22-105 Okszów

protestu z dnia 29 września 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciążyć Gminę Chełm działającą poprzez Bibliotekę Publiczną Gminy Chełm w Okszowie ul. Chełmska 35, 22-105 Okszów i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane PARTNER Spółka z o.o. 22-105 Okszów, Srebrzyszcze 29 B**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Chełm działającą poprzez Bibliotekę Publiczną Gminy Chełm w Okszowie ul. Chełmska 35 22-105 Okszów** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego PARTNER Spółka z o. o. 22-105 Okszów, Srebrzyszcze 29 B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **Przedsiębiorstwa Budowlanego PARTNER Spółka z o.o. 22-105 Okszów Srebrzyszcze 29 B**.

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Multimedialne Centrum Informacyjno – Dydaktyczne Gminy Chełm w Janowie – przebudowa obiektu świetlicy wiejskiej, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 20 sierpnia 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 286888. Zgodnie z punktem 2. protokołu postępowania (druk ZP-1) Zamawiający określił wartość zamówienia na 739.909,46 złotych, a więc wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 września 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Perfekt Sp. z o.o. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na zmianę ilości robót w poz. 24 kosztorysu 1c, w której wyceniono 1 zamiast 2 sztuk grzejników stalowych dwupłytowych o wys. 600 mm i długości do 1000 mm stwierdzając jednocześnie, iż zgodnie z punktem 6.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał złożenia kosztorysu ofertowego sporządzonego ściśle wg załączonych przedmiarów robót. Rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami miały być traktowane jako błąd i podstawa odrzucenia oferty, gdyż brak pozycji kosztorysu wpływa na całość oferty, która jest nieporównywalna z innymi ofertami. Powołał się na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dodając, iż oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji. Stwierdzone w ofertach wykonawców wady nie stanowią omyłki, lecz celowe działanie – „poprawienie” przedmiaru robót, a więc niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której nie da się poprawić.

Na tę czynność 29 września 2009 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 5 października 2009 r. podtrzymując swoje stanowisko, wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty i wskazując, iż zaistniały błąd nie jest ani omyłką pisarską, ani omyłką rachunkową, lecz polega na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i poprawienie go powodowałoby istotną zmianę treści oferty.

Od tego rozstrzygnięcia 8 października 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie poprawił innej omyłki, która stanowiła, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie wpisał 2 szt. grzejników i nie zmienił wartości tej pozycji kosztorysu, co nie powoduje

istotnych zmian w treści oferty oraz nie zawiadomił o tym wykonawcy, że jego oferta została poprawiona,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 87 ust. 2 pkt.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ odrzucił jego ofertę nie dokonując poprawienia „innej omyłki” w ofercie, tj. w pozycji nr 24 kosztorysu 1c, co było, zgodnie z przepisem ustawy Prawo zamówień publicznych, jego obowiązkiem, a nie prawem

i w związku z tym zażądał: unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy PERFECT Sp. z o.o., unieważnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem naszej oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie odrzuconych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, iż podany w informacji o odrzuceniu jego oferty opis dotyczący art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do oczywistej omyłki rachunkowej, tj. punktu 2. tego przepisu, a nie do innych omyłek, o których jest mowa w punkcie 3. Natomiast Zamawiający ma obowiązek poprawić inne omyłki, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, jak to ma miejsce w niniejszym przypadku, bo po poprawieniu zaistniałej omyłki, tj. z 1 na 2 szt. grzejników w pozycji nr 24 kosztorysu 1c, cena oferty wzrosłaby o 668,60 zł netto + podatek VAT 22 %, czyli o 815,69 zł brutto, co nie jest istotne przy cenie oferty 640 107,76 zł brutto, bo stanowi tylko 0,13 % ceny ofertowej. Wpisanie 1 szt zamiast 2 szt grzejników może być także poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oczywista pomyłka rachunkowa, którą można poprawić bez udziału wykonawcy, ponieważ charakter omyłki i okoliczności jej popełnienia wskazują, że racjonalnie działający wykonawca złożyłby ofertę o odmiennej (poprawnej) treści, można uznać, że omyłka ma charakter oczywisty

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron oraz Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż stan faktyczny sprawy wynikający z dokumentacji postępowania jest zgodny ze stanem wskazanym w stanowiskach Stron wyrażonych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu i nie jest sporny między Stronami. Strony zgodnie przyznały, iż zaistniała rozbieżność w pozycji 24. kosztorysu 1c dotyczącego robót instalacyjnych wewnętrznych (wod.-kan., c.o., gaz) pomiędzy przedmiarem i kosztorysem ofertowym, polegająca na braku uwzględnienia w kosztorysie jednego grzejnika. Nie budzi więc wątpliwości, iż treść kosztorysu 1c jest niezgodna z treścią przedmiaru, a tym samym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a spór polega na możliwości poprawienia przez Zamawiającego tej pomyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, iż błędu tego nie można zakwalifikować jako omyłki rachunkowej, gdyż nie został on popełniony w obliczeniach matematycznych, lecz w opisie pozycji – kolumna dotycząca ilości materiałów. Nie można go uznać też za oczywistą omyłkę pisarską, ponieważ nie jest to jedynie zamiana cyfry „2” na „1”, ale przyjęcie tej ilości ma swoje konsekwencje w obliczeniach wartości tej pozycji.

Izba stwierdziła jednak, iż błąd ten jest usuwalny w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby oczywiste jest, iż wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, zdaje

sobie sprawę, iż oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu, a zatem umyślne działanie polegające na przygotowaniu oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ponosząc wysiłek i koszty sporządzenia tej oferty – jest nielogiczne i bezcelowe. Zwłaszcza w przypadku niezaoferowania wystarczającej ilości odpowiednich materiałów do wykonania robót budowlanych. Zatem wskazana nieprawidłowość w ofercie (kosztorysie) można uznać za omyłkę wykonawców.

Jakkolwiek oczywiste jest, iż dla prawidłowego wykonania zaoferowanych robót niezbędne jest wykonanie wszystkich pozycji i w ilości wyszczególnionej w przedmiarze i kosztorysie ofertowym, jednak sam „udział” tego jednego pominiętego grzejnika w całości robót nie jest znaczący – jest to tylko jeden spośród wielu elementów kosztorysu, którego wartość w stosunku do całości robót również jest znikoma.

Ponieważ przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter ocenny, zrozumiałe jest, iż na temat „istotności” różnego rodzaju omyłek mogą być odmienne opinie. Zdaniem Izby w niniejszym przypadku poprawienie omyłki w postaci wpisania prawidłowej ilości grzejników nie spowoduje istotnej zmiany w treści ofert, nawet jeśli w rezultacie ich dokonania, zmianie ulegnie cena oferty. Cena oferty stanowi bowiem zasadniczą część – essentialia negotii przyszłej umowy, ale jednocześnie nie zawsze jej zmiana, zwłaszcza w niewielkich granicach, ma szczególne lub istotne znaczenie dla stron tej umowy. Przykładem tego jest już choćby samo wynagrodzenie kosztorysowe, gdzie ustalone wynagrodzenie jest tylko wstępną wyceną, która ulegnie zmianie podczas realizacji umowy. W zwykłych stosunkach rynkowych również strony często zgadzają się na zmianę ceny wyjściowej w pewnych granicach, by osiągnąć zamierzony efekt. Zatem sama konieczność skorygowania ceny oferty nie przesądza jeszcze o istotności proponowanej zmiany.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego i orzekła 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, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122) przyznając Odwołującemu zwrot kosztów w wysokości 4.462 zł poniesionych na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych oraz 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedstawionym rachunkiem.

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, 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 Lublinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....