

Sygn. akt KIO/UZP 686/09

WYROK
z dnia 10 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dariusza Stadnika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BUDMONT, ul. Handlowa 6, 37-450 Stalowa Wola** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Radomyśl nad Sanem, ul. Rynek Duży 7, 37-455 Radomyśl nad Sanem** protestu z dnia 4 maja 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Radomyśl nad Sanem, ul. Rynek Duży 7, 37-455 Radomyśl nad Sanem i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dariusza Stadnika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BUDMONT, ul. Handlowa 6, 37-450 Stalowa Wola,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 014 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy czternaście złotych zero groszy) przez **Gminę Radomyśl nad Sanem, ul. Rynek Duży 7, 37-455 Radomyśl nad Sanem** na rzecz **Dariusza Stadnika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BUDMONT, ul. Handlowa 6, 37-450 Stalowa Wola** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dariusza Stadnika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BUDMONT, ul. Handlowa 6, 37-450 Stalowa Wola.**

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

Odwołujący F.H.U "BUDMONT" Dariusz Stadnik ul. Handlowa 6, 37-450 Stalowa Wola wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Radomyśl nad Sanem w trybie przetargu nieograniczonego na: Nadbudowa i przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania Domu Ludowego i Ośrodka Zdrowia w Rzeczycy Długiej-Etap II" w części oddalającej protest i dotyczącej odrzucenia oferty.

Rozstrzygnięciu-oddaleniu protestu zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1, 87 ust. 2 pkt 1i 3a i art.89ust.1pkt 2 a także art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych a także SIWZ, a ściśle jej pkt XIII ppkt 4,6,7 poprzez odrzucenie oferty a w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał na odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż Zamawiający uznał, że kosztorysy ofertowe stanowiące załącznik do oferty w zakresie wskazanym przez Zamawiającego nie odpowiadają przedmiarom robót.

Kwestionując tę czynność Zamawiającego Odwołujący stwierdził, że stwierdzone przez Zamawiającego uchybienia w kosztorysie ofertowym roboty budowlane w poz. 97 KNNR 2/604/1 , 157 KNR 2/1201/3,169 KNR 202/609/1, 170.202/603/9, 171.202/603/1 mają

charakter oczywistej omyłki. Jest to tzw. czeski błąd polegający na przestawieniu kolejności cyfr. W pozostałym zakresie są to równie nieistotne uchybienia mające charakter uchybień, o jakich mowa jest 87 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych gdyż w żaden sposób nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Wskazane przez Zamawiającego niezgodności kosztorysów z przedmiarami robót w świetle zapisów SIWZ nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty, gdyż Zamawiający w pkt XIII pkt 4 SIWZ stwierdził, że cena określona w formularzu oferty stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe, a w ppkt 6 pkt XIII Zamawiający określił, że przedmiary robót będące załącznikami do SIWZ są materiałem pomocniczymi i informacyjnym do sporządzenia wyceny.

Skoro Zamawiający ustalił, że przedmiary robót są jedynie materiałami pomocniczymi do sporządzenia wyceny to należy przyjąć, że ewentualne omyłki w kosztorysach ofertowych sporządzonych na podstawie tych przedmiarów nie mają decydującego znaczenia i nie powinny być podstawą do odrzucenia takiej oferty. Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie określił, jakie znaczenie przyznaje kosztorysom ofertowym zwłaszcza, że wyraźnie określił iż wynagrodzenie jakie wykonawca otrzyma jest wynagrodzeniem ryczałtowym. W takim przypadku należy przyjąć, że kosztorys ma jedynie znaczenie informacyjne, a skoro tak to zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 września 2008 r. ewentualne uchybienia w sporządzeniu kosztorysu nie mogą mieć wpływu na ważność oferty, bo obowiązującą ceną oferty jest wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wykonanie wszystkich robót określonych SIWZ. Zamawiający w pkt XIII ppkt 9 w pozycji uwaga wyraźnie dopuścił błędy w kosztorysie ofertowym wskazując, że w takim wypadku konsekwencje w postaci zmniejszenia konkurencyjności lub braku późniejszej możliwości skorygowania umowy.

Odwołujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego SIWZ nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty z powodu błędów w kosztorysie. Przeciwnie w pkt XIII pkt 1 Zamawiający wyraźnie stwierdził, że Wykonawca na własne ryzyko i odpowiedzialność ma zebrać informacje mające wpływ na wartość zamówienia, których nie ma w przedmiarach. Również w projekcie umowy w § 9 Zamawiający podkreślił ryczałtowy charakter wynagrodzenia wyraźnie wskazując, że wynagrodzenie to jest stałe i niezmienne do końca realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że składając ofertę już w formularzu ofertowym zobowiązał się do wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową i warunkami określonym w SIWZ za określone w niej wynagrodzenie.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący stwierdził, że stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu nie znajduje oparcia w ustawie, a powoływane w tym. rozstrzygnięciu wyroki KIO odnoszą się do innych stanów faktycznych. W postępowaniach tych mowa jest o wynagrodzeniu kosztorysowym, stanowisko

Odwołującego zaś oparte jest na linii orzeczniczej Zespołów Arbitrów jak i KIO. W ślad za wyrokami podanymi w proteście Odwołujący powołuje się na stanowisko Izby zawarte w wyrokach KIO/UZP/173/09, 179/09, 193/09.

Co do znaczenia stwierdzonych w kosztorysie ofertowym omyłek zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien zgodnie z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych zażądać wyjaśnień co do kwestionowanych punktów kosztorysów ofertowych a następnie je poprawić, gdyż ich charakter jest tego rodzaju, o jakim mowa w art. 87 ust.2 pkt 3. Odrzucenie oferty bez tego postępowania wyjaśniającego i bez dokonania poprawy takich omyłek narusza w sposób rażący art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia z dnia 29 sierpnia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 847/08; KIO/UZP 851/08) treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego a treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. W przypadku zakwestionowanej oferty o takiej niezgodności nie ma mowy.

Odwołujący stwierdził, że spośród ofert nie podlegających odrzuceniu jego oferta najkorzystniejszą w świetle kryteriów wyboru przyjętych w SIWZ, a cena zaoferowana jest ceną niższą niż cena zaoferowana przez Firmę Usługową "PROARS". Oznacza to, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 91 Prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze wskazane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i

1. Unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
2. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
4. Dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych i postanowieniami SIWZ.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu.

Oddalając protest w części dotyczącej zarzutów na czynność odrzucenia oferty Odwołującego uznał je za niezasadne stwierdzając, że miał podstawy do odrzucenia oferty i nie miał podstaw do przeprowadzenia postępowania sprawdzającego określonego w art. 87

ust.1 Pzp oraz dokonania poprawy omyłek o których mowa w art. 87 ust.2 pkt. 1 i 3 Pzp w odniesieniu do oferty tego wykonawcy.

Uzasadniając to stanowisko Zamawiający stwierdził, że żądania Protestującego dotyczące unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty są niezasadne. Zarzut Protestującego, że jakoby Zamawiający nie określił w żadnym punkcie SIWZ jakie znaczenie nadaje kosztorysom ofertowym, a w związku z tym pomyłki w kosztorysie są zdaniem Protestującego nieistotnym uchybieniem, posiadającym charakter oczywistej omyłki -jest bezpodstawny. Zamawiający w części XIII SIWZ, zatytułowanej: Opis sposobu obliczania ceny, w pkt.8 i 9, zawarł wymóg dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych oraz określił sposób ich sporządzenia, a także pouczył, że Wykonawca winien niezwłocznie poinformować pisemnie Zamawiającego o zauważeniu

wszelkich braków i nieścisłości w przedmiarach robót, specyfikacjach technicznych i dokumentacji projektowej w celu wprowadzenia korekty do kosztorysów, w przeciwnym razie oferta może stać się nie konkurencyjna. Ponadto w części XI pkt 11 SIWZ Zamawiający określił jakie dokumenty składają się na ofertę. Kosztorysy ofertowe wraz z zestawieniem kosztorysów wymienione są w ppkt 2, tuż po formularzu oferty. Z powyższych zapisów SIWZ wynika niezbicie, że kosztorysy stanowią integralną część oferty i dotyczą w sposób bezpośredni ceny oferty i sposobu jej obliczania. W związku z tym twierdzenie Protestującego, jakoby kosztorysy ofertowe miały charakter pomocniczy i wtórny jest niezasadne.

Z orzeczenia KIO z dnia 19.06. 2008 r, wynika, że skoro Zamawiający w SIWZ określił, że kosztorysy ofertowe powinny być opracowane na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych i przedmiarów robót załączonych przez Zamawiającego, to kosztorysy te powinny zawierać między innymi wszystkie pozycje przedmiaru robót wraz z obmiarami i ilościami przedmiarowych prac. W świetle powyższej tezy nie ma też zasadniczego znaczenia kwestia charakteru wynagrodzenia, bowiem wymóg Zamawiającego odnośnie kosztorysów ofertowych został zawarty w treści SIWZ, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, a także w części określającej załączniki do oferty, a jej treść nie została oprotestowana w tym zakresie.

Ponadto orzeczenie KIO z 11.08. 2008 r. stanowi, że wszystkie niezgodności występujące w treści oferty w stosunku do treści SIWZ, dotyczące ilości, jednostek miar, niezależnie czy ilość ta była wyższa czy niższa niż oczekiwana przez Zamawiającego, powodują niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i skutkują odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust1 pkt 2 Pzp. Potwierdza to również wyrok KIO z 24.04. 2008 r., a mianowicie: treść kosztorysu stanowiącego część treści oferty musi odpowiadać treści specyfikacji, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy. Z orzeczenia KIO z dnia 31.10. 2008 r. wynika, że kosztorys ofertowy nie jest dokumentem przedmiotowym w postaci

opisu, który ma potwierdzać, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Kosztorys ofertowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów. Kwestia ta podlega ocenie pod kątem art.89 ust.1pkt 2.Pzp.

Z powyżej przytoczonego orzecznictwa KIO wynika również zdaniem Zamawiającego, że bezzasadny jest zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego poprawiania omyłek, o których mowa w art. 87 ust.2 pkt 1 i 3 Pzp w odniesieniu do oferty Odwołującego.

Skoro bowiem wskazane powyżej błędy w kosztorysach, stanowiących integralną część oferty skutkują odrzuceniem oferty to Zamawiający nie może dokonać ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący niesłusznie określa zmniejszenia obmiarów w sześciu pozycjach kosztorysu ofertowego budowlanego oraz zwiększenie obmiaru w jednej pozycji kosztorysu ofertowego budowlanego oraz zwiększenie ilości w jednej pozycji kosztorysu ofertowego instalacje sanitarne, stanowiących załącznik do jego oferty, jako oczywiste omyłki i nieistotne uchybienia.

Bezpodstawny jest również zdaniem Zamawiającego zarzut Protestującego dotyczący zaniechania przeprowadzenia postępowania sprawdzającego określonego w art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający uznał, bowiem, że w przypadku oferty Protestującego nie było takiej konieczności

Zgodnie z wyrokiem KIO z 14.02. 2009 r. przepis wymienionego powyżej artykułu Pzp umożliwia Zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty. Należy jednak podkreślić, że jest to uprawnienie, a nie jego obowiązek. Wykonawca nie może zatem domagać się od Zamawiającego, aby ten zażądał stosownych wyjaśnień. Nie można w związku z tym postawić skutecznego zarzutu w formie protestu na nieskorzystanie przez Zamawiającego z przysługującego mu prawa.

W świetle przedstawionych w powyższym uzasadnieniu faktów i orzecznictwa Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt I i 3, art. 89 ust. I pkt 2, art. 91 jak również Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nieuzasadniony jest również zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 uzp, bowiem zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji została zachowana. Na podstawie błędów w kosztorysach ofertowych zostały odrzucone oprócz oferty Protestującego również 3 inne oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy zważyła i ustaliła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że Odwołujący ma interes prawny, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż ewentualne uwzględnienie podniesionych zarzutów, daje mu możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w prowadzonym postępowaniu.

Oceniając zarzuty protestu i odwołania skład orzekający stwierdził, co następuje. Oferta Odwołującego została odrzucona z powodu niezgodności z treścią SIWZ z uwagi na niżej wykazane różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ:

1/ w kosztorysie ofertowym – roboty budowlane stanowiącym załącznik do oferty:

a/ w poz. 97. Knur 2/604/1 – ilość: jest 300,12 m² winno być zgodnie z przedmiarem – 300,21 m²,

b/ w poz. 116. KNR 23/2611/2 – ilość: jest 249, 57 m² winno być 43,19 m²,

c/ w poz. 117. KNR 202/2009 – ilość: jest 42,19 m² winno być 51,64 m²,

d/ w poz. 157 KNR 2/1201/3 – ilość: jest 7,48 m³ winni być 7,84 m³,

e/ w pozycjach: 169. KNR 202/609/1 – ilość jest: 49,24 m² winno być 49,42 m²,

170. 202/603/9 – ilość jest: 49,24 m² winno być 49,42 m²,

171. 202/603/1 – ilość jest 49,24 m² winno być 49,42 m²

2/ w kosztorysie ofertowym – instalacje sanitarne: w poz. 7.3 KNR 215/311/3 – ilość jest 2 szt. winno być zgodnie z przedmiarem: 1 szt.

Jednocześnie strony potwierdziły na rozprawie, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie została pominięta żadna pozycja przedmiaru robót, co prowadzi do wniosku, w świetle deklarowanego w ofercie wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową i warunkami określonymi w SIWZ, że Odwołujący zapewnia realizację całego przedmiotu zamówienia.

Kolejnym ustaleniem prowadzonego postępowania dowodowego jest stwierdzenie na podstawie treści SIWZ, że cena oferty składanej w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ceną ryczałtową, jakkolwiek Zamawiający wymagał dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych. Potwierdza to również dokonany w cz. XIII SIWZ opis sposobu obliczenia ceny oferty, gdzie wskazano m.in., że cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zadania, w tym również nie ujęte w dokumentacji projektowej i przedmiarach, a niezbędne do wykonania zadania. Zamawiający przewidywał również w tej części SIWZ ewentualne braki i nieścisłości w dokumentacji projektowej, o zaistnieniu których zwracał się do wykonawców pod rygorem uznania, że oferta może stać się nie konkurencyjna.

Analizując wskazane wyżej różnice między treścią kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego a przedmiarami robót skład orzekający Izby stwierdza, że popełnione

omyłki nie mogą być uznane za oczywiste omyłki pisarskie podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie mają one również charakteru oczywistych omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Natomiast, w ocenie Izby, Odwołujący popełnił w ofercie omyłki, o których stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 tj. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Izba stwierdza, że dopuszczalne jest na podstawie tego przepisu dokonywanie poprawek również w kosztorysach ofertowych pod warunkiem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty.

Realną możliwość dokonania poprawienia takich omyłek potwierdza przy tym fakt, że Zamawiający ustalił w wyniku analizy oferty Odwołującego, iż po ich dokonaniu tj. uwzględnieniu wszystkich wielkości wymaganych postanowieniami SIWZ, cena oferty Odwołującego po poprawieniu byłaby niższa o około 1100 zł. Tym samym zaoferowana cena w ofercie nie narusza zasady uczciwej konkurencji w tym znaczeniu, że nie została zaniżona w celu wyeliminowania konkurencyjnych wykonawców.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia nakazano Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego wskazując na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu zastosowania obowiązkowej procedury poprawienia omyłek popełnionych w ofercie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

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 **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*