

Sygn. akt KIO/UZP 307/10

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Damiana Dratwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CONCEPT, Damian Dratwiński, ul. Torowa 1/6, 42-200 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut Medycyny Pracy i Zdrowia Środowiskowego, ul. Kościelna 13, 41-200 Sosnowiec** protestu z dnia 11 lutego 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Damiana Dratwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CONCEPT, Damian Dratwiński, ul. Torowa 1/6 42-200 Częstochowa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Damiana Dratwińskiego prowadzącego**

działalność gospodarczą pod nazwą CONCEPT, Damian Dratwiński, ul. Torowa 1/6 42-200 Częstochowa,

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Damiana Dratwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CONCEPT, Damian Dratwiński, ul. Torowa 1/6 42-200 Częstochowa.**

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

Zamawiający, Instytut Medycyny Pracy i Zdrowia Środowiskowego w Sosnowcu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp") – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie remontu kotłowni Instytutu Medycyny Pracy i Zdrowia Środowiskowego w Sosnowcu - Wymiana instalacji kotłowni i wymienników.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 08.01.2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 09.02.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Damiana Dratwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „CONCEPT Damian Dratwiński” (zwanego dalej „CONCEPT”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wskazano, iż wykonawca w poz. 141 kosztorysu ofertowego przyjął cenę zasobnika ciepła w wysokości 1425 zł, a następnie poprawił ją na 14250 zł, wyjaśniając, iż była to oczywista omyłka rachunkowa, co zdaniem zamawiającego jest kwalifikacją nieprawidłową.

W dniu 11.02.2010 r. CONCEPT wniósł protest wobec ww. czynności zamawiającego podnosząc jej niezgodność z prawem oraz domagając się wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz naruszenie art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W uzasadnieniu protestu wskazano, iż zamawiający dopuścił się subiektywnej oceny ofert oraz naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto zamawiający wypaczył czynność wyjaśnienia oferty – w świetle powołanego orzecznictwa uprzednie wyjaśnienie treści oferty przed jej odrzuceniem jest obowiązkiem zamawiającego, który w przedmiotowej sprawie błędnie ustalił i przyjął charakter omyłki w ofercie CONCEPT. Protestujący dowodził natomiast, iż w przedmiotowym przypadku w jego ofercie nie wystąpiła omyłka rachunkowa ale tzw. inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak stwierdzono w proteście, błąd polegający na niewłaściwej wycenie pozycji kosztorysowej, który wyraźnie wskazuje iż cena 1425 zł jest nierealna winien być poprawiony jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z siwz. Według protestującego wypełnione zostają wszystkie przesłanki warunkujące obligatoryjne zastosowanie ww. przepisu. Zmianie uległaby zaledwie jedna pozycja kosztorysu, co nie wpłynęłoby na końcowy wynik przetargu – oferta protestującego pozostałaby najkorzystniejsza.

W dniu 16.02.2010 r. zamawiający protest CONCEPT oddalił w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazano, iż zachodzi sprzeczność pomiędzy stanowiskiem wyrażonym w wyjaśnieniach, gdzie CONCEPT wnosił o poprawienie jego oferty jako zawierającej oczywistą omyłkę rachunkową, a protestem, gdzie wykonawca żądał poprawienia jego oferty jako zawierającą inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią siwz. W opinii zamawiającego niemożliwe jest poprawienie oferty protestującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp gdyż spowoduje to istotną zmianę treści oferty – dodanie jednego zera do kwoty 1425 zł spowoduje zmianę ceny, aż o 12 825 zł.

W dniu 18.02.2010 r. CONCEPT wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu podtrzymując jego zarzuty i żądania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W ofercie CONCEPT w poz. 141 d.2.3 7* kosztorysu ofertowego wyceniono zasobnik ciepła na kwotę 1425 zł i z uwzględnieniem takiej kwoty wyliczono całkowity koszt pozycji 141 i całej ceny ofertowej.

W dniu 03.02.2010 r. zamawiający wezwał składającego ofertę, Damiana Dratwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „CONCEPT Damian Dratwiński” do złożenia wyjaśnień w kwestii: „ceny zasobnika ciepła o pojemności 1000 dm³, poz. 141 KNR-W 2-15 0507-01”.

W dniu 04.02.2010 r., w odpowiedzi na powyższe, odwołujący wyjaśnił, iż cena przyjęta we wskazanej pozycji jest oczywistą omyłką kosztorysanta. Przyjęto cenę 1425 zł zamiast 14250 zł. W związku z powyższym wykonawca wniósł o poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej, która nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 184 ust. 1 Pzp odwołanie jest środkiem ochrony prawnej przysługującym od rozstrzygnięcia przez zamawiającego konkretnego protestu wykonawcy. W związku z powyższym zakres orzekania w przedmiocie objętym odwołaniem nie może zostać oderwany od zarzutów zawartych w proteście, a odwołujący nie może dowolnie tego zakresu rozszerzać i dochodzić potwierdzenia zarzutów, których w proteście nie sformułował.

Powyższe wprost wynika z art. 190 ust. 3 ustawy, w świetle którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów nie objętych protestem – żadnych okoliczności poza skutkującymi ograniczeniem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej nie bierze pod uwagę z urzędu. Tym samym protestujący określając zakres zarzutów protestu, niejako przesądza i warunkuje zakres rozpatrywania odwołania, którego przedmiotem jest rozstrzygnięcie danego protestu.

W przedmiotowym proteście dotyczącym czynności oceny i odrzucenia oferty protestującego sformułowano właściwie jeden zarzut – nieprawidłowego odrzucenia oferty bez uprzedniego poprawienia jej treści, obligatoryjnego skorygowania omyłki, której w ofercie wykonawca się

dopuszcili. Zarzut tego typu formalnie wyrażał się we wskazaniu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (pozostałe zarzuty naruszenia przepisów wskazanych w proteście należy uznać za wtórne bądź służebne w stosunku do zarzutu głównego, tj. stanowiące przyczynę bądź skutek zasadniczego zaniechania poprawienia oferty i związanego z tym zaniechaniem jej odrzucenia). Protestujący w żaden konkretny sposób nie kwestionował i nie podnosił w proteście, iż jego oferta jest w pełni prawidłowa w kształcie, w którym została złożona i jako taka winna zostać przyjęta i oceniona bez jakichkolwiek zmian w jej treści – nie zachodziła wobec niej żadna z przesłanek odrzucenia oferty. Jak wskazano – uznawał nieprawidłowość ceny w swojej ofercie zawartej i żądał jej poprawienia jako innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Modyfikacji ww. zarzutu, w sposób formalnie wyrażony jako wskazanie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, odwołujący dokonał dopiero w trakcie rozprawy, gdzie wskazał, iż oferta jego została odrzucona nieprawidłowo z uwagi na fakt, iż nie zawiera żadnych niezgodności z treścią siwz, jak i żadnych błędów w obliczeniu ceny i stwierdził, iż z zarzutów sformułowanych w proteście i odwołaniu się wycofuje, poprawienia oferty się już nie domaga, ale jest gotowy wykonać zamówienie za cenę w ofercie wskazaną. Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał również, iż w proteście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie postawił.

W związku z powyższym, związana dyspozycją art. 190 ust. 3 Pzp zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 pozostawiła nierozpatrzoną. Natomiast odnosząc się do zarzutów sformułowanych w proteście, Izba stwierdza, iż zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp. Regulowane w art. 87 ust. 1 ustawy żądanie wyjaśnień treści oferty będące generalnie uprawnieniem zamawiającego, należy uznać za obligatoryjne jedynie w sytuacji gdy treść oferty jest niejasna i jako taka może prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy. W przedmiotowym przypadku żadne wątpliwości, co do treści oferty wykonawcy nie zachodziły, w szczególności zbędne było wyjaśnianie charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz, gdyż takowa nie wystąpiła. Podanie zaniżonej w stosunku do wartości rynkowej ceny za element objęty przedmiotem zamówienia, w sytuacji gdy siwz nie podaje jakichkolwiek limitów cenowych czy wytycznych, które dana kwota mogłaby naruszyć, może co najwyżej stanowić asumpt do podjęcia ustaleń czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, w żadnym razie nie uprawnia do przyjęcia, że treść oferty jest niezgodna z siwz. Tym samym w takiej sytuacji nie może mieć zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który odnosi się jedynie do omyłek polegających na niezgodności treści oferty z siwz.

Reasumując: skoro brak w danym przypadku niezgodności treści oferty z treścią siwz, nie znajduje zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który wyraźnie stanowi, iż zamawiający

poprawia w ofercie inne omyłki **polegające na niezgodności** oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast jak już wskazano, zarzut naruszenia art. 7 podniesiony w proteście i odwołaniu jako odnoszący się do ogólnych zasad, według których winien procesować zamawiający, nie nadaje się do rozpatrzenia bez potwierdzenia i odniesienia zarzutów głównych, tj. dotyczących sposobu oceny i podstaw odrzucenia oferty, poprzez które nieprawidłowe zastosowanie mogłoby dojść do naruszenia zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Nie uwzględniono kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego w związku z brakiem złożenia przed zamknięciem rozprawy stosownego rachunku do akt sprawy – zgodnie 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 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....