

Sygn. akt: KIO/UZP 232/09

WYROK

z dnia 10 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Izabela Kuciak
	Emil Kuriata
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno – Handlowe BUDOWLANI Sp. z o.o., Bytom, ul. Dworska 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Statystyczny, Katowice, ul. Owocowa 3** protestu z dnia 12 lutego 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie powtórnej oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Statystyczny, Katowice, ul. Owocowa 3** 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 uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno – Handlowe BUDOWLANI Sp. z o.o., Bytom, ul. Dworska 2,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Statystyczny, Katowice, ul. Owocowa 3** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno – Handlowego BUDOWLANI Sp. z o.o., Bytom, ul. Dworska 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- 3) 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 **Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno – Handlowego BUDOWLANI Sp. z o.o., Bytom, ul. Dworska 2.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Urząd Statystyczny w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę hali komputerowej na pomieszczenie biurowe. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 grudnia 2008 r. pod numerem 349043-2008.

W dniu 11 lutego 2009 r. (pismem z dnia 9 lutego 2009 r.) Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy DIWAL J. Cytacki, L. Królicki Sp. jawna oraz o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno – Handlowego BUDOWLANI Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp z uwagi na to, że „w ofercie podano ceny z trzema znakami po przecinku”.

Wobec powyższej czynności Zamawiającego protest wniósł w dniu 13 lutego 2009 r. (pismem z dnia 12 lutego 2009 r.) Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno – Handlowe BUDOWLANI Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 2 pkt 5, art. 7, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 179 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że zgodnie z definicją najkorzystniejszej oferty zawartą w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, za ofertę taką uznaje się, w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena, ofertę z najniższą ceną. Protestujący zwrócił uwagę na treść pkt 15 i 15.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Protestujący podniósł również brak w informacji o wynikach oceny ofert zasadniczych elementów, tj. uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania streszczenia oceny i porównania złożonych ofert zawierającego punktację przyznaną poszczególnym Wykonawcom w każdym z kryteriów oceny ofert oraz łącznej punktacji, uzasadnienia faktycznego i prawnego, a także pouczenia o przysługujących Wykonawcom środkach ochrony prawnej.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że w ofercie Protestującego podano ceny z trzema znakami po przecinku Protestujący przywołał treść pkt 14.9, 15.2 i 15.3 Specyfikacji. Wskazał, iż w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości odnośnie treści oferty powinien wezwać Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów.

Protestujący podniósł także, że istotą nowelizacji ustawy Pzp było umożliwienie poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pt 3 ustawy Pzp omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Przedstawił także porównanie ceny zaoferowanej do ceny, która

powinna być wskazana w ofercie (po jej poprawieniu) wykazując, że zmieniona cena byłaby niższa od zaoferowanej o 103, 75 zł.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty jako nie odpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, unieważnienie czynności ogłoszenia wyników postępowania i czynności wyboru oferty DIWAL J. Cytacki, L. Królicki Sp. jawna jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert przy ewentualnym wezwaniu Wykonawców do uzupełnienia dokumentów oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 20 lutego 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, iż dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert. Podkreślił, iż wybrana oferta jest ofertą z ceną najniższą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, zatem przeprowadzona ocena została dokonana zgodnie z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Zauważył, iż ogłosił wyniki postępowania zgodnie z art. 92 ustawy Pzp przekazując wszystkim uczestnikom postępowania stosowne zawiadomienie wraz z załącznikami, tj. drukiem ZP-12a i ZP-21. Podkreślił, iż w treści informacji o wynikach postępowania podał dane Wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu, Wykonawców, których oferty zostały odrzucone wraz z uzasadnieniem prawnym i merytorycznym, a ponadto informację o przysługujących Wykonawcom środkach ochrony prawnej.

Zamawiający nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że zgodnie z pkt 14.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Wykonawca miał obowiązek podać wszystkie ceny, również jednostkowe, z dokładnością do setnych części złotego. Stwierdził, że zaoferowane ceny nie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to do negocjacji ceny, co jest niedopuszczalne w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołał również ustawę z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r., Nr 97, poz. 1050) oraz ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005 r. Nr 1, poz. 2). Podkreślił też, że kosztorys ofertowy nie został wymieniony w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp jako dokument podlegający uzupełnieniu.

Stwierdził także, że stosując do wszystkich ofert złożonych w postępowaniu jednolite kryteria oceny oraz kierując się zasadami określonymi w ustawie Pzp i Specyfikacji nie naruszył art. 7 ustawy Pzp.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Wykonawca Przedsiębiorstwo

Usługowo – Produkcyjno – Handlowe BUDOWLANI Sp. z o.o., który wniósł w dniu 24 lutego 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, naruszenie art. 2 pkt 5, art. 7, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 179 ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności ogłoszenia wyników postępowania i czynności wyboru oferty DIWAL J. Cytacki, L. Królicki Sp. jawna jako najkorzystniejszej, unieważnienia wyników postępowania, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu poprawienia w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ustawy Pzp oczywistych omyłek i ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2 412 113,07 zł, co stanowi równowartość 622 143,63 euro.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 9 Wykonawców. Dwóch z nich zostało wykluczonych z udziału w postępowaniu, cztery ze złożonych ofert zostały odrzucone (DRUK ZP-2/PN,NBO,ZOC).

Ranking wszystkich złożonych w postępowaniu ofert pod względem zaoferowanych cen przedstawia się następująco:

1. Exeles Sp. z o.o. – 1 328 629,26 zł,
2. PUT TOP SERWIS – 1 569 026,96 zł,
3. PUPH BUDOWLANI Sp. z o.o. – 1 606 564,53 zł,
4. KOMBUD Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. – 1 680 396,72 zł,
5. DIWAL J. Cytacki, L. Królicki Sp. jawna – 1 717 229,07 zł,
6. PPH STYL MARK Marek Brysiak – 1 760 335,11 zł,
7. ELTRANS INSTALACJE Sp. z o.o. – 1 891 312,53 zł,
8. MEDREWEX Sp. z o.o. – 1 906 604,24 zł,
9. Spółdzielnia Rzemieślnicza „Wielobranżowi” – 2 074 000,00 zł.

Jak określił Zamawiający w pkt 14.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, cenę oferty należało podać w złotych polskich. Z kolei z treści pkt 14.9 Specyfikacji wynika, iż cenę należy podać z dokładnością do setnych części złotego (do jednego grosza).

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia ma charakter kosztorysowy, o czym mówi § 5 ust. 3 Wzoru umowy (Załącznik nr 5 do Specyfikacji). Zgodnie z § 6 ust. 1 Wzoru umowy rozliczenie za wykonanie robót nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego za faktycznie zrealizowane elementy robót.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadza się przede wszystkim do ewentualnej możliwości poprawienia cen jednostkowych wskazanych przez Odwołującego w kosztorysie, określonych do trzech miejsc po przecinku. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, iż cena w Rzeczypospolitej Polskiej może być wyrażona w złotych i groszach, co z uwagi na treść art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r. Nr 84, poz. 386), który stwierdza, iż złoty dzieli się na 100 groszy, prowadzi do wniosku, iż zaoferowana przez wykonawców cena, bez względu na to czy jest ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia czy też ceną jednostkową, powinna być określona do dwóch miejsc po przecinku. W tym miejscu należy jednak zwrócić uwagę na wprowadzony ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058) art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją ww. przepisu, Zamawiający zobowiązany jest poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Kluczowym zatem dla uznania czy ww. regulacja znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie jest ustalenie czy określenie przez Odwołującego części cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym do trzech miejsc po przecinku może zostać zakwalifikowane do jednej z opisanych powyżej kategorii omyłek. Niewątpliwie nie sposób stwierdzić, iż opisane powyżej działanie Odwołującego stanowi oczywistą omyłkę pisarską bądź oczywistą omyłkę rachunkową. Jednakże, w ocenie Izby,

stanowi ono omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (m.in. z pkt 14.5 i 14.9 Specyfikacji). Samodzielne poprawienie przez Zamawiającego ww. omyłki jest możliwe za pomocą powszechnie znanych działań arytmetycznych, bez konieczności prowadzenia pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jakichkolwiek negocjacji. Zdaniem Izby, ww. działanie nie stoi na przeszkodzie rozliczeniu zamówienia na podstawie wynagrodzenia kosztorysowego. Jednocześnie Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku Izby z dnia 26 listopada 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1277/08), w którym skład orzekający stwierdził, iż „sam fakt, iż omyłka dotyczy ceny – czyli istotnego elementu oferty – nie powoduje, że ma ona charakter istotny w stosunku do całej oferty”. Powyższa interpretacja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest spójna z uzasadnieniem do nowelizacji wprowadzającej tę regulację prawną, gdzie stwierdzono, iż „proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego”. Izba nie uwzględniła dowodów złożonych przez Zamawiającego na rozprawie w postaci publikacji o tytułach „Przedmiar i obmiar robót jako podstawa ustalania wynagrodzenia za roboty budowlane – cz. I”, „Ceny jednostkowe robót budowlanych”, fragmentu Biuletynu cen robót budowlanych inwestycyjnych za I kwartał 2009 r., rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. z 2001 r., Nr 80, poz. 867) oraz tabeli wykazującej cenę brutto zaoferowaną przez Odwołującego w zależności od sposobu obliczania, gdyż nie stanowiąc dokumentu, nie mogą stanowić dowodu w sprawie.

Jednocześnie analizując treści informacji o wynikach postępowania przekazanej Wykonawcom w dniu 11 lutego 2009 r. Izba stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zawarł w ww. informacji zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, podając nazwę, siedzibę i adres wykonawcy, uzasadnienie dokonanego wyboru, nazwy, siedziby i adresy wykonawców, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia, a także wskazał wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu podając uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia. Pismo z dnia 11 lutego 2009 r. zawiera również pouczenie o przysługujących środkach ochrony prawnej. Do informacji tej Zamawiający załączył druk ZP-12a i ZP-21. Izba nie znalazła zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 92 oraz art. 179 ustawy Pzp.

Z uwagi na zakwalifikowanie niezgodności treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Izba jako omyłki podlegającej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie ma podstaw do uzupełnienia kosztorysu ofertowego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę spośród ofert ważnych.

Za bezpodstawny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła nierównego traktowania Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Również Odwołujący, zobowiązany na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93), nie wykazał takiego naruszenia.

Mając na uwadze, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....