

Sygn. akt KIO/UZP 93/10

**WYROK**  
**z dnia 9 marca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak

**Członkowie:** Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A., 00-695 Warszawa, ul. Nowogrodzka 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 00-580 Warszawa, al. Szucha 23** protestu z dnia 30 grudnia 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 00-580 Warszawa, al. Szucha 23 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 uiszczanego przez **Konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones,**

**Rehabilitaciones y Acabados S.A., 00-695 Warszawa, ul. Nowogrodzka 50.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 00-580 Warszawa, al. Szucha 23** na rzecz **Konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A., 00-695 Warszawa, ul. Nowogrodzka 50** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Konsorcjum: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., Construcciones, Rehabilitaciones y Acabados S.A., 00-695 Warszawa, ul. Nowogrodzka 50.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „remont pomieszczeń biurowych i ciągów korytarzowych w obiektach Ministerstwa Spraw Zagranicznych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2009 r.

W dniu 30 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PPHU w Branży Budowlanej „TOMWID” oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz 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 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i wnosząc o: unieważnienie kwestionowanych czynności, poprawienie omyłek w treści oferty Odwołującego się oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

Odwołujący się podnosi, iż brak podstaw do odrzucenia jego oferty, bowiem wszystkie popełnione przez niego błędy podlegają poprawieniu. I tak, w odniesieniu do poz.

10 kosztorysu ofertowego wskazuje, że słowem kluczowym w przypadku przedmiotowej nieścisłości, jak również w innych tego typu omyłkach pisarskich, jest słowo „analogia”, które oznacza, że należy dopasować wszelkie normatywy w pozycji wg własnego doświadczenia. Błędnie wpisana podstawa wyceny ma tu znaczenie znikome. Traktować to należy jako drobną pomyłkę popełnioną przy wpisywaniu pozycji do programu kosztorysowego. Co bardzo ważne, opis pozycji jest zgodny z wymaganiem Zamawiającego, a ponadto wartość pieniężna tejże pozycji wynosi 124,25 zł, co nie wpływa na ocenę oferty.

W odniesieniu do poz. 11 kosztorysu ofertowego Odwołujący się wyjaśnia, że pominięcie litery „W” traktować należy jako oczywistą drobną pomyłkę przy wpisywaniu pozycji do programu kosztorysowego. Zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej pliku w wersji elektronicznej, koniecznym więc było przepisanie wszystkich pozycji do programu kosztorysowego, co miało wpływ na wystąpienie w ofercie Odwołującego się tej drobnej omyłki pisarskiej, która nie może mieć wpływu na treść oferty. Odwołujący się zwraca uwagę, że opis pozycji jest taki sam, jak opis wymagany przez Zamawiającego, a wartość pieniężna wskazanej pozycji to 158,40 zł, co nie wpływa na ocenę oferty.

Jeśli idzie o poz. 3 kosztorysu ofertowego Odwołujący się zauważa, że Zamawiający nie zobligował oferentów w jakimkolwiek miejscu (ani w SIWZ, ani w odpowiedzi z dnia 4 listopada 2009 r.) do zmiany opisu wskazanej pozycji przedmiaru robót. Nie może więc być mowy o jakiegokolwiek niezgodności oferty z treścią SIWZ. Pozycja 3 kosztorysu ofertowego spełnia wymagania Zamawiającego, a podany w niej koszt robót uwzględnia wszelkie wymogi i uwagi przekazane przez Zamawiającego, tym bardziej, że jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego, szczegóły dotyczące zakresu prac związanych z naprawą powierzchni posadzki będzie można określić w trakcie lub po zakończeniu zrywania posadzki. Zdaniem Odwołującego się, nawet jeśliby uznać, że rzeczywiście Odwołujący się uchybił obowiązkowi uwzględnienia wyjaśnień, to ze względu na znikomy zakres uchybienia, Zamawiający winien jest zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do poz. 43 kosztorysu ofertowego Odwołujący się wyjaśnia, że podobnie jak w przypadku poz. 11, Odwołujący się w trakcie przepisywania wszystkich pozycji do programu kosztorysowego omyłkowo wskazał opis zawarty w pozycji 29 również w pozycji 43. Jednakże Wykonawca dokonał właściwego obmiaru wykonywanych prac (300 m<sup>2</sup>), a podaną przez niego cenę za wykonanie usługi należy uznać za właściwą dla zdejmowania i zawieszania zasłon i firan na jedno okno po praniu.

Odwołujący przywołuje również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, a wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Ponadto wskazuje, że utrwalony jest również pogląd, zgodnie z którym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie uzależnia możliwości poprawiania omyłek

w ofercie od rodzaju zamówienia. Zgodnie ze wskazanym przepisem omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto takie, które są możliwe do poprawienia przez zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy.

Odwołujący się zwrócił również uwagę na cel wprowadzenia przez ustawodawcę art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca, przyjmując tę regulację, miał przede wszystkim na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Wskazano przy tym, że jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Pogląd ten zyskał również aprobatę zarówno doktryny, jak i Krajowej Izby Odwoławczej.

Dodatkowo, Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający powinien prowadzić postępowanie w celu osiągnięcia określonych efektów w postaci uzyskania najkorzystniejszej oferty od wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu i którego oferta jest zgodna z jego oczekiwaniami i wymogami prawa. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której Zamawiający na skutek podejmowanych w toku postępowania, błędnych i naruszających przepisy prawa decyzji, doprowadza do wyeliminowania najlepszego Wykonawcy i na skutek tego wybiera ofertę o niemalże 20.000,00 PLN droższą.

Odwołujący się zwraca również uwagę, że Zamawiający na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r., nr 249, poz. 2104 ze zm.), zwanej dalej Ustawą o finansach, należy do sektora finansów publicznych. Oznacza to, że zamówienie finansowane jest ze środków publicznych, a zgodnie z art. 36 ust. 3 pkt 1 Ustawy o finansach, wydatki publiczne powinny być prowadzone w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Nie ulega wątpliwości, że są to podstawowe zasady gospodarowania środkami publicznymi, realizacji których służyć ma instrument w postaci regulacji dotyczących zamówień publicznych. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego się, zachowanie Zamawiającego stoi także w sprzeczności z podstawowymi zasadami ustanowionymi w Ustawie o finansach.

Pismem z dnia 8 stycznia 2010 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający stanął na stanowisku, iż zarzuty podniesione w proteście nie zasługują one na uwzględnienie, gdyż:

- w pozycji 10 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął KNR niezgodny z przedmiarem robót;
- w pozycji 11 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął błędny KNR, dotyczący zabezpieczenia podłóg trocinami, zamiast folią, jak tego wymagał Zamawiający. Również nakłady materiałów i robocizny przyjęto niezgodnie z KNR z przedmiaru robót, czego,

zdaniem Zamawiającego, na pewno nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, w związku z czym powyższy błąd kwalifikuje ofertę wykonawcy do odrzucenia;

- w pozycji 3 nie uwzględniono wyjaśnień Zamawiającego z dnia 4 listopada 2009 r., gdzie należało przyjąć 25% powierzchni posadzki do naprawienia. Zamawiający podnosi, iż wszelkie wyjaśnienia przekazane wykonawcom przez Zamawiającego, są wiążące i wykonawca ma obowiązek się do nich zastosować;

- w pozycji 43 kosztorysu nie wyceniono zdejmowania i zawieszania firan na jedno okno po praniu. Powoływanie się w tym przypadku na fakt, iż wykonawca wpisał do kosztorysu ofertowego błędne dane, gdyż Zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej plików w programie NORMA (gdyż nie miał takiego obowiązku), a jedynie w PDF, są zdaniem Zamawiającego, bezzasadne. Zamawiający podnosi, iż nawet jeżeli „podciągnąwszy” powyższe jako oczywistą omyłkę pisarską, to zauważyć należy, iż omyłek pisarskich, o których mowa w art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp nie poprawia się, jeżeli oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu, co ma miejsce w niniejszym przypadku.

W dniu 13 stycznia 2010 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, a dodatkowo podniósł zarzut naruszenia art. 183 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący się ponosi, iż Zamawiający ograniczył się jedynie do opisu uchybienia Odwołującego się w zakresie przygotowania kosztorysu ofertowego oraz lakonicznego wskazania, iż uchybienie w powyższym zakresie nie może zostać zakwalifikowane jako oczywista omyłka pisarska.

Na podstawie dokumentacji postępowania Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

- a) w pozycji 10 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął KNNR (KNNR 2 1205-07 analogia) inny niż ten, wynikający z przedmiaru robót (KNNR 2 1205-07 analogia);
- b) w pozycji 11 kosztorysu ofertowego Odwołujący się przyjął KNR 4-01 1216-01, zamiast KNR W 4-01 1216-01, który wynika z przedmiaru robót;
- c) w pozycji 3 kosztorysu ofertowego znajduje się następujący opis: „zerwanie posadzek z tworzyw sztucznych, obmiar 980 m<sup>2</sup> ; opis ten odpowiada opisowi z przedmiaru robót;
- d) w pozycji 43 kosztorysu ofertowego znajduje się następujący opis: „wnoszenie i wynoszenie mebli i wyposażenia z pokoi biurowych wyjmowanie z szaf i biurek i pakowanie w kartony, obmiar 300 m<sup>2</sup> , koszt jednostkowy 3,60, kalkulacja własna”; zaś w przedmiarze robót opis ten jest następujący: „zdejmowanie i zawieszanie zasłon i firan na jedno okno po praniu, obmiar 300 m<sup>2</sup> , koszt jednostkowy 70,01, kalkulacja własna”.

Pismem z dnia 4 listopada 2009 r. Zamawiający, w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, dokonał wyjaśnienia SIWZ. I tak na pytanie nr 2 ppkt a, które brzmi: „w przedmiarze robót jest zerwanie posadzek z tworzyw sztucznych i ponowny montaż nowych wykładzin. Czy posadzka po zerwaniu wykładziny dywanowej nie wymagać będzie żadnych napraw?“, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Posadzka po zerwaniu wykładziny dywanowej wymagać będzie napraw. Należy przyjąć 25% powierzchni posadzki do naprawienia. Szczegóły będzie można określić w trakcie zrywania posadzki lub po jej zakończeniu.” Zamawiający w przedmiotowym piśmie zastrzegł również, iż „przedstawione informacje są wiążące.”

W tych okolicznościach, biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Istota sporu między stronami sprowadza się do określenia charakteru wskazanych omyłek. Sposób zakwalifikowania omyłki, determinuje bowiem dalsze działania Zamawiającego. Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym). W niniejszym stanie faktycznym, błąd w oznaczeniu KNNR w poz. 10 i KNR w poz. 11 kosztorysu ofertowego (str. 12 i 13 oferty) nie jest zauważalny przez każdego, nie musi być nawet dostrzeżony przez profesjonalistę bez analizy przedmiaru robót. Stąd też uznać należy, że bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian

w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznaje za dopuszczalne poniższe zmiany w zakresie przedmiotu zamówienia, z powodów o których była mowa wyżej. Zwrócić należy uwagę, iż poprawienie omyłek spowoduje, że dojdzie do usunięcia niezgodności pomiędzy treścią opisu pozycji kosztorysowej a podstawą tego opisu wynikającą z KNNR bądź KNR, jeśli chodzi o poz. 10 i 11 kosztorysu ofertowego. W konsekwencji doprowadzi to również do zgodności normatywów robocizny i materiałów (poz. 11 kosztorysu ofertowego). W odniesieniu do poz. 3 kosztorysu ofertowego również zostanie zmieniony jej opis, która to zmiana nie wpłynie na cenę oferty. Wedle bowiem wyjaśnień Odwołującego się, przedmiot tych prac został uwzględniony w kalkulacji ceny, nie został natomiast skorygowany opis tej pozycji, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego. Jeśli idzie zaś o ostatnią omyłkę, to nie ulega wątpliwości, iż w poz. 43 znalazł się opis przypisany do poz. 29. Jednakże na podstawie wyceny tej pozycji brak podstaw do stwierdzenia, że wycenie podlegała ta właśnie błędnie opisana usługa (nie występuje tożsamość cen). Zatem przyjąć należy, iż przy uwzględnieniu okoliczności, że podstawą wyceny przedmiotowej usługi jest kalkulacja własna, błędnie opisano przedmiotową pozycję.

W tych okolicznościach, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że przedmiotowe zmiany nie stanowią istotnej zmiany treści oferty, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie są znaczące. Zmiana przedmiotu świadczenia w odniesieniu do czterech pozycji kosztorysu ofertowego spośród około 200, nie powoduje, iż w sposób istotny, a więc zasadniczy, zmienia się treść oferty. Istotny jest również fakt, że zmiany dotyczą robót, które nie mają charakteru wiodącego w realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu ich charakteru i zakresu (cena). W opinii Izby, o istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, które było wynikiem popełnionych błędów.

Niezależnie od powyższych rozważań, warto również zwrócić uwagę, że gdyby przyjąć koncepcję, iż o istotności zmian decyduje ich zakres w odniesieniu do ceny (jako elementu istotnego treści oferty), to okoliczność powyższa pozostanie bez wpływu na prezentowany przez Izbę pogląd. W niniejszym stanie faktycznym cena robót została

skalkulowana na poziomie 249.759,56 zł netto, zaś wartość pozycji, które miałyby być skorygowane nie przekracza 2 000 zł netto. Argument ten jest o tyle istotny, iż co prawda w badanej sprawie nie dojdzie do poprawienia ceny, to jednak powyższe pokazuje wielkość obszaru, w obrębie którego nastąpi ingerencja w treść oferty (poniżej 1%).

W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Błędne stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się przyczyną odrzucenia oferty, która to czynność w konsekwencji również obarczona jest błędem, a to z kolei przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Odrzucenie bowiem prawidłowej oferty stanowi przejaw złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zaś, zarzut naruszenia przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, bowiem w ocenie Izby, Zamawiający zadośćuczynił obowiązkowi wynikającemu z tego przepisu poprzez wypełnienie dyspozycji zawartej we wskazanej normie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 zm.).



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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....