

Sygn. akt KIO 780/10

WYROK
z dnia 18 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 maja 2010 r. przez **GRUPA 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Specjalistyczny Szpital im. dr Alfreda Sokołowskiego, ul. Sokołowskiego 4. 58-309 Wałbrzych,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Usługowo-Remontowy IDZIASZEK Sp. z o.o., ul. Jęczmienna 6, 63-040 Nowe Miasto** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **GRUPA 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **GRUPA 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 681 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **GRUPA 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** na rzecz **Specjalistycznego Szpitala im. dr Alfreda Sokołowskiego, ul. Sokołowskiego 4. 58-309 Wałbrzych** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, uiszczenia opłaty skarbowej oraz opłaty sądowej za odpis z KRS.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

.....

UZASADNIENIE

Specjalistyczny Szpital im. A. Sokołowskiego ul. Sokołowskiego 4 58-309 Wałbrzych zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. rozbudowa budynku B Specjalistycznego Szpitala im. A. Sokołowskiego w Wałbrzychu na potrzeby bloku operacyjnego i centralnej sterylizacji . Ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane zostało ogłoszone w dniu 08.04.200 roku. Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 uPzp O otrzymanie niniejszego ubiegało się trzech wykonawców.

W dniu 28 kwietnia 2010 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty Zakładu Usługowo – Remontowego „Idziaszek” sp. Z o.o. ul. Jęczmienna 6 63-040 Nowe Miasto nad Wartą. Oferta wykonawcy Grupa 3J SA ul. Żagańska 19 04-713 Warszawa zwany dalej „odwołującym „ została odrzucona. Powodem odrzucenia oferty zgodnie z informacją zamawiającego był fakt iż *„w kosztorysie ofertowym, w części budowlanej, w poz . 308-312 stwierdzono niezgodność z warunkami określonymi w SIWZ. Zamawiający wymagał przedstawienia kosztorysu szczegółowego z podaniem składników cenotwórczych . Fakt ,że w tych pozycjach Zamawiający jako podstawę kalkulacji podał analizę własną, to nie zwalnia to Wykonawcy do przedstawienia wartości poszczególnych składników. Ujęcie w pracach montażowych wyłącznie kosztu materiału . bez robocizny jest niezgodne z zasadami kosztorysowania. - w kosztorysie ofertowym, w części sanitarnej, w poz. 158 i 176 stwierdzono niezgodność z SIWZ polegającą na przyjęciu niewłaściwego obmiaru. W obu przypadkach powinno być 5 sztuk, a Wykonawca przyjął 6 sztuk.”*

Pismem z dnia 4 maja 2010 roku odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od w/ w decyzji zamawiającego, w który zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy poprzez jego zastosowanie i naruszenie art. 87 ust.2 pkt.3 u Pzp poprzez jego nie zastosowanie., oraz wniósł żądanie o *unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty , powtórzenie oceny ofert zgodnie z zasadami i sposobem określonym w SIWZ oraz wybór oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.* Ponadto w odwołaniu zarzucił zamawiającemu iż, podana przez Zamawiającego podstawa formalna odrzucenia oferty nie upoważniała go do zastosowania przepisu o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 2 tj. sytuacji w której istnieje nieusuwalna niezgodność treści oferty ze specyfikacją. Podkreślił , że pełna treść powyższego przepisu zastrzega warunek o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp. W zakresie spornej niezgodności w poz. 308-312 kosztorysu ofertowego tj. **ujęcia w przedmiarach tylko kosztów materiałów pomocniczych bez robocizny**, należy wskazać iż sam Zamawiający w poz. 308 do 312 zamieszczając w książce przedmiarów informację dotyczącą sporządzenia analizy własnej montażu kolumn pozostawił wykonawcy dowolność przy wycenie tej pozycji. Należy sądzić, że było to

spowodowane trudnością Zamawiającego przy przygotowaniu przedmiarów w zakresie wyceny samego montażu. Regułą bowiem jest iż dostawca kolumn w cenę dostawy ma wkalkulowany również montaż, wiąże się to m.in. z udzielaną gwarancją producenta obejmującą zarówno urządzenie jak i prawidłowy jego montaż. Odnośnie drugiego zarzutu będącego wg. Zamawiającego podstawą odrzucenia oferty Grupa 3J S.A. dotyczy poz. 158 i 176 kosztorysu ofertowego gdzie zamawiający stwierdza niezgodność ze SIWZ polegającą na przyjęciu niewłaściwego obmiaru. W obu przypadkach powinno być 5 sztuk , a Wykonawca przyjął 6 sztuk grzejników metalowych.

Również w tym zakresie Odwołujący uważa, że podana przez Zamawiającego podstawa formalna odrzucenia oferty nie upoważniała zamawiającego do zastosowania przepisu o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 2 tj. sytuacji w której istnieje nieusuwalna niezgodność treści oferty ze specyfikacją, gdyż w powyższym zakresie mamy do czynienia z niezgodnością z treścią SIWZ jednej pozycji kosztorysu ofertowego, mającej charakter omyłki, a więc niecelowego, działania wykonawcy, która to omyłka nie ma jednak charakteru zasadniczego i nadaje się do poprawienia, nie powodując istotnych zmian w treści oferty w tym przede wszystkim zmiany ceny oferty. Omyłka ta, pomimo iż prowadzi wprost do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ, powinna podlegać poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dniu 7 maja 2010 roku do toczącego się postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego, wykonawca którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza- Zakład Usługowo –Remontowy „Idziaszek” sp. z o.o. ul. Jęczmienna 6 63-040 Nowe Miasto nad Wartą..

Przystępujący podał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego odwołania i rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem czynności Zamawiającego przeprowadzone zostały poprawie i oferta Przystępującego jako zgodna z ustawą PZP, odpowiadająca treści SIWZ i nie podlegającą odrzuceniu, jest rzeczywiście najkorzystniejsza.

Podnosi, że odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych skutkujących bezpodstawnym (w jego ocenie) odrzuceniem jego oferty, w sytuacji gdy popełnione przez niego błędy są nieistotne bądź usuwalne.

W ocenie Przystępującego argumentacja Odwołującego jest całkowicie chybiona. Pominięcie w kosztorysach ofertowych w części budowlanej w pięciu pozycjach robocizny (w pozycjach montażowych podano wyłącznie koszt materiału) skutkowało słusznym uznaniem przez Zamawiającego, iż jest to niezgodne z zasadami kosztorysowania i ofertę Odwołującego należało odrzucić. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w przedmiarach robót w żaden sposób nie sugerował, iż tej pozycji nie należy wyceniać, a w SIWZ wskazał wprost, że oferta winna zawierać „*Kosztorysy szczegółowe łącznie z tabelą elementów scalonych w cenach brutto wraz z zestawieniem materiałów oraz składnikami cenotwórczymi (stawka robocizny, narzuty)*” – pkt. 12 tabeli dotyczącej zawartości oferty. Podaje, że pominięcie pozycji robocizny w kosztorysie stanowi błąd nieusuwalny. Odwołujący w 5 pozycjach kosztorysu ofertowego pominął całkowicie koszt robocizny. Brak ten jest błędem, którego nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, albowiem Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego dokonania wyceny pozycji kosztorysu ofertowego. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty (po upływie terminu do jej złożenia) przez wskazanie ceny jednostkowej. Oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą i stanowiło naruszenie art. 7 PZP poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść (wypaczało by całą istotę postępowania przetargowego). Nadto dodał, że w przedłożonym przez odwołującego kosztorysie ofertowym jest wiele błędów polegających na niepełnym wycenieniu wielu pozycji przedłożonego kosztorysu, czego zamawiający nie podniósł w odrzuceniu oferty, ale niewątpliwie taki fakt miał miejsce.

Pismem z dnia 14 maja 2010 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W przedmiotowym piśmie podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko o zasadności odrzucenia oferty odwołującego i podał, że w spornych pozycjach odwołujący się wskazał wyłącznie koszt materiału, bez robocizny, **Nie określił go również jako koszt równy 0,00 zł.** Przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się Zamawiający dokonał dokładnego zbadania treści art. 87 ustawy PZP pod kątem, czy ujawnione w treści oferty błędy mają charakter usuwalny czy też nie. Całokształt materiału oraz analiza orzecznictwa KIO skłoniła Zamawiającego do podjęcia decyzji o odrzuceniu tej oferty. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Nadto przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych omyłek w treści

oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W ocenie zamawiającego w niniejszej sprawie nie zaszła żadna z wyżej wymienionych przesłanek, Zdaniem Zamawiającego pominięcie w kosztorysie pozycji robocizny stanowi błąd nieusuwalny, Wstawienie przez Zamawiającego w tej pozycji jakiegokolwiek wartości stanowiłoby bowiem nieuprawnione ingerowanie Zamawiającego w treść oferty. Dodatkowo odnosząc się do sugestii odwołującego iż nie wpisanie w pozycji kosztorysu ofertowego jakiegokolwiek wartości należy uznać za wycenę tej pozycji jako 0,00 podaje, że taką interpretację Zamawiający mógłby uwzględnić tylko wówczas, gdyby odwołujący konsekwentnie we wszystkich rubrykach opartych na analizie własnej przyjmował taką wycenę. Tymczasem oferta np. w pozycjach 135 i 218 kosztorysu zawiera zapis 0,00 zł. Zamawiający miał zatem prawo przyjąć, iż Odwołujący się pominął tę pozycję, a to stanowi niezgodność oferty z SIWZ. Takie pominięcie nie stanowi omyłki usuwalnej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, a istotny brak oświadczenia Odwołującego się. Ponadto zamawiający wskazał na okoliczność iż w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny określonych w SIWZ, a Zamawiający przewiduje również ewentualne udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe lub uzupełniające, co w sytuacji braku wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu uniemożliwić może również rozliczenie wykonanych etapowo robót.

Po ustaleniu że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. i ponadto w uzupełnieniu materiału dowodowego podniosły następujące kwestie: **Odwołujący** - precyzuje, iż, zgodnie z odwołaniem, zgłasza zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz zaniechanie zastosowania art. 87 ust. 2 uPzp i wnosi o uwzględnienie odwołania, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i zobowiązanie Zamawiającego do ponownej oceny i wyboru oferty,

Jeśli chodzi o zarzut nie podania w kosztorysie ofertowym kosztu robocizny dotyczących poz. 308-312 kosztorysu to podnosi on fakt, iż Zamawiający nie sprecyzował, co oznacza „wycena na podstawie analizy własnej”. W związku z tym Odwołujący wycenił tę pozycję jako całość. według analizy własnej nie wyodrębniając stawki roboczogodziny.

Zamawiający – wniósł o oddalenie odwołania podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wskazał, że podstawą odrzucenia oferty był brak podania wartości poszczególnych składników cenotwórczych w poz 308-312 kosztorysu ofertowego. Zamawiający w żadnym punkcie kosztorysu ofertowego, który złożył wykonawca, nie wyłączył podawania w pełni składników cenotwórczych danej pozycji. Wskazuje, że Odwołujący w wielu pozycjach złożonej oferty dokonywał jej wyceny w oparciu o analizę własną i prawie w każdej z tych sytuacji podawał wszystkie składniki cenotwórcze, za wyjątkiem pozycji 308-312, która była przedmiotem odrzucenia oferty. Podaje, że podanie konkretnego składnika cenotwórczego

jest dla Zamawiającego bardzo istotne, gdyż przy rozbiciu kosztów danej pozycji na elementy składowe ceny mają możliwość monitorowania jakości montowanego sprzętu. Podaje, że w kwestii zawyżenia pozycji z 5 do 6 odnoszącej się do grzejników, to ten fakt nie miał zasadniczego znaczenia dla odrzucenia oferty Odwołującego, a był on tylko wskaźnikiem pogładowym niestaranności sporządzenia oferty przez Odwołującego.

Ponadto nadmienia, że gdyby przy prawidłowym sporządzeniu oferty i wykazaniu wszystkich kosztów, które Odwołujący winien był zawrzeć w ofercie, to mogłoby się okazać, że oferta złożona przez Odwołującego wcale nie byłaby najtańsza.

Przystępujący; poparł stanowisko zamawiającego i wskazał, że oferta odwołującego przy ujęciu w ofercie wszystkich wymaganych składników kosztów, wcale nie byłaby ofertą najtańszą. Jako przykład podał, że gdyby poz. 308 -312 zawierała nie tylko koszt materiałów pomocniczych ale również koszt materiałów i robocizny, to zamiast podanej wartości 22 680 zł, powinna oscylować około 220 340 zł, gdyż taki rząd wielkości ceny podali za te pozycje pozostali oferenci, a oferta odwołującego była tańsza od oferty wybranej tylko o kwotę około 98 tys. złotych.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego się zawiera najniższą cenę. Cena zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartych w ogłoszeniu i siwz stanowiła jedyne kryterium oceny ofert, zatem potwierdzenie zarzutów odwołania stwarza Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Odwołujący opiera swoje odwołanie na zarzucie naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust.2 pkt. 3 uPzp który brzmi – "zamawiający poprawia w ofercie **inne omyłki** polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty". Przepis ten budzi wątpliwości interpretacyjne, gdyż trudno jest jednoznacznie określić na czym mogą polegać nieistotne zmiany w treści umowy nie będąc równocześnie oczywistymi omyłkami pisarskimi i oczywistymi omyłkami rachunkowymi, gdyż te jako wymienione przez ustawodawcę w osobne pozycje nie mogą być tożsame z „innymi omyłkami”. Jednakże wspólną cechą jest określenie, iż jest to również „omyłka” jakiej dopuścił się wykonawca w składanej ofercie. Będzie to niedokładność spowodowana niezawinionym błędem osoby lub urzędnika technicznego, np. programu komputerowego. Omyłką w tym znaczeniu nie będzie celowe, chociażby wynikające z niewiedzy działanie człowieka. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Ich poprawa winna mieć charakter czysto techniczny a nie wynikający z nowego oświadczenia woli składającego ofertę. Wobec takiej analizy znaczenia pojęcia „inna

omyłka” Izba stanęła na stanowisku iż działanie odwołującego polegające na celowym nieujęciu w poz.308-312 kosztorysu ofertowego kosztu robocizny jest błędem co do faktu, odwołującego, spowodowanym przyjęciem nieuzasadnionego stanowiska iż, cyt. „regulą jest iż dostawca kolumn w cenę dostawy ma w kalkulowany również montaż, wiąże się to m.in. z udzielaną gwarancją producenta obejmującą zarówno urządzenie jak i prawidłowy jego montaż .Dlatego też Odwołujący dokonujących wyceny tych pozycji przedmiarowych wskazał w swoim kosztorysie ofertowym jedynie wycenę materiałów pomocniczych”

Nie jest dopuszczalne, w ocenie Izby, uznanie za omyłkę w treści oferty będącej oświadczeniem woli wykonawcy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest poprawianie wszystkich braków i błędów oferty, lecz umożliwienie zamawiającemu poprawienie niektórych omyłek w treści oferty, niepowodujących istotnych zmian w jej treści. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy, a ten w niniejszej sprawie przyznał, że pominął całą omawianą pozycję w kosztorysie. Brak wskazania ceny robocizny, niezależnie od wielkości jej wpływu na wartość oferty, nie jest omyłką lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust.2 pkt 3 uPzp. Również analiza różnicy w wartości pozycji kosztorysu odwołującego w poz. 308-312 ,do wartości tych pozycji w pozostałych złożonych ofertach wskazuje ,że ingerencja zamawiającego powodowałaby istotną zmianę w treści oferty, gdyż wskutek podania przez odwołującego w w/w pozycjach tylko kosztu materiałów pomocniczych, wartość tych pozycji kosztorysu odwołującego wynosi około 1/10 wartości tych pozycji w innych ofertach.

W zakresie braku poprawienia przez zamawiającego poz.308-312 kosztorysu ofertowego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył postanowień art.87 ust.2 pkt.3 uPzp.co skutkuje oddaleniem odwołania.

W zakresie braku poprawienia przez zamawiającego omyłki w kosztorysie ofertowym w części sanitarnej w poz. 158 i 176 dotyczącej omyłkowego przyjęcia przez odwołującego kosztu montażu 6 zamiast 5 sztuk grzejników stalowych , Izba stanęła na stanowisku iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, omyłka w tym zakresie, była możliwa do poprawienia gdyż nie wymagała pozyskiwania w tym celu dodatkowych informacji od wykonawcy, z uwagi na to, że w ofercie wskazano ceny jednostkowe tych elementów, a zatem możliwe jest uzyskanie właściwego kosztu 5 sztuk grzejników w drodze prostego działania arytmetycznego.

Stanowisko Izby uzasadnia również fakt ,że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił wprost wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu

zamówienia jako kosztorysowe. Brak wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu może nie tylko utrudnić, ale wręcz uniemożliwić prawidłowe rozliczenie wykonanych robót.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna pojęcia – jak w prawie cywilnym – częściowego uwzględnienia odwołania, wobec tego oddalenie chociaż jednego zarzutu żądania wskazanego w odwołaniu skutkuje oddaleniem całego odwołania.

Tym samym wobec braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 uPzp oferta odwołującego została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 u Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 u Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. oraz zgodnie z przepisem § 5 pkt. 1 i 2 i § 3 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238)

.....

