

Sygn. akt: KIO 1409/10

WYROK
z dnia 21 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 6 lipca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Watex Sp. z o.o., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1 oraz Instal-Bud Sp. z o.o., 38-500 Sanok, ul. Lwowska 15** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Rymanów, 38-480 Rymanów, ul. Mitkowskiego 14a,**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Rymanów, 38-480 Rymanów, ul. Mitkowskiego 14a** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:**

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Watex Sp. z o.o., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1 oraz Instal-Bud Sp. z o.o., 38-500 Sanok, ul. Lwowska 15 tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Rymanów, 38-480 Rymanów, ul. Mitkowskiego 14a** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Watex Sp. z o.o., 35-210 Rzeszów, ul. Baczyńskiego 1 oraz Instal-Bud Sp. z o.o., 38-500 Sanok, ul. Lwowska 15** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krośnie**.

Skład orzekający Izby:

.....

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

Zamawiający – Gmina Rymanów – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Rozwój Gminy Rymanów poprzez przebudowę ogólnodostępnej, wielofunkcyjnej hali sportowej w Sieniawie.*

W dniu 6 lipca 2010 r. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WATEX Sp. z o.o. w Rzeszowie i INSTAL-BUD Sp. z o.o. w Sanoku, wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający odrzucił jego ofertę z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz wybrał ofertę DROZBUD Zakład Remontowo-Budowlany, pomimo iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie uznał, że treść jego oferty jest sprzeczna z SIWZ. Odwołujący przyznał, że w kosztorysie ofertowym zaoferował wykonanie parapetów wewnętrznych z aglomarmuru zamiast z PCV oraz wykonanie parapetów zewnętrznych z granitu zamiast ocynkowanych z blachy powlekanej, jednakże podniósł, że niezgodności treści oferty z SIWZ są nieistotne, bowiem stanowią marginalną część przedmiotu zamówienia, a wynikają przede wszystkim z wprowadzonych przez Zamawiającego zmian w kosztorysie stanowiącym załącznik do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w ofercie omyłek, które wprawdzie polegają na niezgodności oferty z treścią SIWZ, lecz nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Odwołującego z powyższego przepisu wynika, iż Zamawiający winien poprawić ofertę wykonawcy, która odbiega od treści SIWZ w każdym wypadku, w którym rozbieżność nie dotyczy istotnych elementów tejże oferty, w szczególności stanowiących kryteria oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że z oświadczeń zawartych w formularzu ofertowym wynika, iż zaoferował on wykonanie zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami SIWZ, w tym z projektem wykonawczym oraz przedmiarem robót, natomiast przy wypełnianiu kosztorysu doszło do omyłki w zakresie materiałów, z jakich wykonać należy parapety, omyłka ta nie miała jednak wpływu na treść i cenę istotnych elementów oferty, a poprzez parafowanie wzoru umowy Odwołujący zobowiązał się do realizacji zamówienia na warunkach zgodnych

z wymogami SIWZ. O tym, iż powyższa omyłka nie miała charakteru istotnego świadczy – w ocenie Odwołującego – również fakt, iż w żadnym stopniu nie wpływała ona ani na ceny jednostkowe w tych pozycjach kosztorysu ani na cenę całkowitą oferty.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien poprawić rozbieżność zaistniałą w treści kosztorysu ofertowego, a dopiero gdyby Odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na dokonanie poprawki, Zamawiający mógłby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego w jego ofercie nie zaistniała niezgodność z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ale inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, wobec tego odrzucenie oferty Odwołujących było bezpodstawne i nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł również zarzut, że oferta wybrana przez Zamawiającego (DROZBUD) nie jest ofertą najkorzystniejszą. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał czynności poprawienia treści oferty DROZBUD poprzez wykreślenie dziewiętnastu pozycji kosztorysu branży budowlanej. W konsekwencji Zamawiający dokonał również zmiany ceny całkowitej tej oferty, obniżając ją o 96.488,82 zł brutto. Tymczasem omyłki polegające w ocenie Zamawiającego na podwójnej wycenie w różnych kosztorysach tych samym pozycji, nie miały charakteru oczywistej omyłki rachunkowej, nie mogły więc podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, iż Zamawiający był uprawniony do wykreślenia podwójnie wycenionych pozycji kosztorysu na podstawie art. 87 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, to nie powinno to w żadnym stopniu wpłynąć na cenę całkowitą wskazaną przez DROZBUD w formularzu ofertowym, ponieważ zgodnie z sekcją 5 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli podać w ofercie cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia, a więc cenę niezależną od kosztorysu, który ma jedynie charakter pomocniczy.

W odniesieniu do oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy DROZBUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. Wykonawca ten nie wykazał, zdaniem Odwołującego, spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w sekcji 13 pkt 4 SIWZ. Zgodnie z tym warunkiem, wykonawcy winni byli wykazać się należytych wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert, robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tymczasem DROZBUD wskazał wykonanie czterech robót budowlanych, które swoją wartością nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia, tj. są o znacznie niższej wartości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. przeprowadzenia powtórnej oceny ofert oraz poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołujących z treścią SIWZ,
3. wykluczenia wykonawcy „DROZBUD” Zakład – Remontowo Budowlany z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp,
4. dokonania wyboru oferty Odwołujących jako oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty Odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Pkt 5 Opis sposobu obliczenia ceny oraz określenie finansowania zamówienia) Zamawiający postanowił, że: Wykonawca oblicza cenę oferty na podstawie przedmiaru robót i dodaje wartość podatku VAT. Wykonawca poda cenę oferty brutto, w tym stawkę podatku od towarów i usług dla przedmiotu zamówienia. Cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem ewentualnych dodatkowych prac niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w kosztorysach ofertowych (...). Wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w drodze przetargu nie podlega zmianom do końca okresu realizacji robót (...). Przedmiar robót dołączony do SIWZ jest dokumentem, na podstawie którego Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy metodą uproszczoną.

W załączonym do SIWZ przedmiarze robót, w części *Stolarka okienna i drzwiowa* Zamawiający nie przewidział pozycji odnoszących się do wykonania parapetów. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie, w niniejszym postępowaniu wykorzystany został przedmiar robót opracowany dla wcześniej prowadzonego postępowania (dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia), które zostało unieważnione. Zamawiający nie zmienił przedmiaru robót, a wymagania dotyczące wykonania parapetów zamieścił w dokumencie pn. *Uwagi do przedmiaru robót*, w którym zawarł m.in. następującą informację: *Branża budowlana: Parapety wewnętrzne w ilości 48 szt. o łącznej długości 84,90 m, PCV szer. 35 cm. Parapety zewnętrzne 48 szt. o łącznej*

długości 84,90 m, ocynkowane z blachy powlekanej szer. 20 cm. Powyższy dokument został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego i przekazany wykonawcom wraz SIWZ.

Odwołujący w kosztorysie ofertowym, w poz. 177 d.9 (KNR 2-02-0129-02) zamieścił następujący opis: *Obsadzenie prefabrykowanych podokienników – aglomarmur, długość ponad 1 m*, natomiast w poz. 232 d.13 (KNR 2-02 0129-02) – *Obsadzenie prefabrykowanych podokienników – granit, długości ponad 1 m*.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała odwołanie ograniczając się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, bez merytorycznego rozpoznania w zakresie zarzutów: zaniechania wykluczenia wykonawcy DROZBUD Zakład Remontowo-Budowlany z postępowania oraz nieuprawnionego poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie tego wykonawcy, ze względu na fakt, że zarzuty te dotyczą czynności innych niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, mającym zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej. Nie oceniając prawidłowości wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DROZBUD Zakład Remontowo-Budowlany, Izba stwierdziła, że w sytuacji uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie druga w rankingu ofert, co w przypadku uznania przez Zamawiającego za zasadne pozostałych zarzutów, niepodlegających rozpoznaniu przez Izbę lub w przypadku uchylenia się ww. wykonawcy od zawarcia umowy, Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie.

Izba uwzględniła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy – Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. W ocenie Izby wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił, gdyż zgłosił przystąpienie wyłącznie co do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy DROZBUD Zakład Remontowo-Budowlany z postępowania oraz poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie tego wykonawcy, które to zarzuty nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę. Zgłoszenie przystąpienia nie obejmowało natomiast zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, zaś uwzględnienie odwołania nie zmieniłoby sytuacji prawnej zgłaszającego przystąpienie.

Odnosząc się do kwestii poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, zauważyć należy, że w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 czynność ta dokonywana jest w sytuacji wystąpienia

łącznie dwóch przesłanek – niezgodność oferty z treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki i nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

W niniejszej sprawie nie ma sporu co do tego, że w ofercie Odwołującego wystąpiła niezgodność oferty z treścią SIWZ. Rozstrzygnięcia wymaga, czy niezgodność ta była wynikiem omyłki i czy jest istotna dla treści oferty.

W odniesieniu do kwestii istotności, podkreślić należy, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

W ocenie Izby wykonanie parapetów stanowi znikomą część całego przedmiotu zamówienia, tj. przebudowy hali sportowej, na który składa się szeroki zakres prac budowlanych na zewnątrz i wewnątrz budynku, m.in. roboty ziemne, konstrukcyjne, instalacyjne. O niewielkim udziale spornych robót w całym zamówieniu świadczy m.in. fakt, że cena za wykonanie parapetów w ofercie Odwołującego nie przekracza 0,5% całkowitej ceny ofertowej. Zatem poprawienie niezgodności dotyczącej materiałów, z których mają być wykonane parapety nie wprowadziłoby istotnych zmian w treści oferty.

Odnosząc się do kwestii charakteru niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający miał podstawy zakładać, iż zaoferowanie przez Odwołującego wykonania parapetów z innych materiałów niż wymagane w SIWZ było skutkiem omyłki przy sporządzaniu oferty. Na omyłkowy charakter niezgodności może wskazywać przede wszystkim fakt, że Zamawiający przekazał wykonawcom przedmiar robót identyczny, jak w poprzednim postępowaniu, w którym Odwołujący brał udział. W przedmiarze tym nie występowała pozycja dotycząca parapetów, a podczas poprzedniego przetargu Zamawiający, w odpowiedzi na pytania wykonawców poinformował, że oczekuje wykonania parapetów z granitu i aglomarmuru. W obecnie prowadzonym postępowaniu oczekiwanie Zamawiającego zostało zmienione, jednak nie poprzez wprowadzenie tego elementu zamówienia wprost do przedmiaru robót, na podstawie którego wykonawcy sporządzali kosztorysy, ale wyrażone w odrębnym dokumencie. Odwołujący podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą potwierdził, że zaoferowanie wykonania parapetów z innych materiałów było omyłkowe, ponieważ przygotowując kosztorys wykorzystał dokument opracowany do poprzedniego postępowania.

W związku z tym, że wymagania dotyczące materiałów, z których wykonane miały być parapety uległy zmianie w porównaniu do wcześniej prowadzonego przetargu, a zmiana ta nie miała odzwierciedlenia wprost w przekazanym wykonawcom przedmiarze robót,

Zamawiający nie tylko nie mógł wykluczyć omyłki, ale miał wszelkie podstawy przypuszczać, że zaistniała niezgodność była wynikiem przeoczenia wykonawcy.

Brak pewności Zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą o wymaganiami SIWZ, poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. Reakcja wykonawcy na tę czynność byłaby ostatecznym potwierdzeniem charakteru niezgodności. Gdyby wykonawca nie chciał lub nie mógł wykonać parapetów z materiałów wymaganych przez Zamawiającego, nie zgodziłby się na poprawienie oferty. Brak zgody uprawniałby do wniosku, że zaoferowanie wykonania parapetów z innych materiałów było zamierzonym działaniem wykonawcy. Wówczas dopiero zaistniałaby przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie było również żadnych przeszkód, aby ewentualne poprawienie oferty, w związku z wątpliwościami co do przyczyn jej niezgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, poprzedzić zwróceniem się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że dokonanie poprawek w ofercie Odwołującego uniemożliwił fakt, że wiązałoby się to z koniecznością zmiany cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym. Wiążąca dla wykonawcy była cena ryczałtowa, co zostało wyraźnie określone w postanowieniach SIWZ. Istotą ceny ryczałtowej jest jej niezależność od faktycznie poniesionych kosztów, a wykonawca ponosi ryzyko ekonomiczne związane z jej ustaleniem. Zamawiający miał prawo dokonać poprawienia omyłki poprzez zmianę materiałów, z których będą wykonane parapety, bez dokonywania korekty cen jednostkowych i ceny ofertowej. Gdyby wykonawca nie chciał lub nie mógł zrealizować przedmiotu zamówienia za tą cenę przy użyciu innego materiału, wówczas miałby możliwość niewyrażenia zgody na jej poprawienie.

Zatem dokonując czynności oceny ofert Zamawiający powinien uznać za co najmniej prawdopodobne, że ujawniona niezgodność spowodowana była omyłką wykonawcy. Wobec faktu, że nie była ona istotna dla treści oferty, w pierwszej kolejności Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek poprawić rozbieżność, a dopiero w sytuacji braku zgody odrzucić ofertę. Nie miał natomiast podstaw do dokonania tej czynności bez uzyskania wyjaśnień wykonawcy lub oświadczenia o braku zgody na poprawienie omyłki.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....