

WYROK
z dnia 16 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Skoczni**a, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „SKO-BUD”** Jacek Skoczeń, ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wieliczka**, ul. Powstania Warszawskiego 1, 32-020 Wieliczka protestu z dnia 15 grudnia 2009 r.

przy udziale **Józefa Wąsowicza**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowego „WAŚ-BUD”** Józef Wąsowicz, Gdów 711, 32-420 Gdów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wieliczka ul. Powstania Warszawskiego 1, 32-020 Wieliczka 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 **Jacka Skoczni**a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „SKO-BUD”** Jacek Skoczeń ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wieliczka ul. Powstania Warszawskiego 1, 32-020 Wieliczka** na rzecz **Jacka Skoczni**a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „SKO-BUD”** Jacek Skoczeń, ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków 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 **Jacka Skoczni**a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „SKO-BUD”** Jacek Skoczeń ul. Chłopska 5, 30-806 Kraków.

Uzasadnienie

W dniu 21.10.2008 r. Gmina Wieliczka, 32-020 Wieliczka, ul. Powstania Warszawskiego 1 (zwany dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Przebudowa Rynku Górnego w Wieliczce wraz z podziemną infrastrukturą techniczną" i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 8.12.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty złożonej przez Jacka Skoczni, prowadzącego

2

działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano -Remontowe "SKO -BUD" Jacek Skoczeń, 30 -806 Kraków, ul. Chłopska 5.

W dniu 15.12.2008 r. Jacek Skoczeń, (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 23.12.2008 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 29.12.2008 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście, a następnie w odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

Art. 87 ust 1 i 2 pkt. 3 poprzez niewezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz nieusunięcie innej oczywistej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty, Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty z pogwałceniem zastrzeżenia wyłączającego możliwość odrzucenia oferty przy zaistnieniu omyłki przewidzianej w Art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP W Art. 91. ust I i 2 ustawy PZP w konsekwencji wybór oferty nie stanowiącej oferty najkorzystniejszej w rozumieniu tego przepisu.

Zamawiający rozstrzygając protest odwołującego ostatecznie ograniczył podstawę rozstrzygnięcia do zarzutu niezgodności złożonego kosztorysu ofertowego z treścią SIWZ poprzez "brak 70 m2 kostki porfirowej" zgodnie z odpowiedziami z dnia 07.11.2008 r. "

W ustosunkowaniu się do powyższego rozstrzygnięcia odwołujący wyjaśnia co następuje: Odwołujący przyznaje, że kosztorys ofertowy nie zawiera wyceny 70 m2 kostki porfirowej (przy zadaniu inwestycyjnym dotyczącym m.in. ułożenia nawierzchni kamiennej o powierzchni około 5500 m2 w większości z nowego kamienia).

W ocenie odwołującego powyższa omyłka powinna być zaliczona do omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty .

Powyższa kategoria nie została w ustawie zdefiniowana jednakże zdaniem odwołującego winna być rozumiana jako omyłka inna niż omyłki pisarskie i rachunkowe o wyróżniającej ją cesze polegającej na tym, że jej wystąpienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Powyższe oznacza, że termin ten winien być każdorazowo wykładany indywidualnie.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Budowlano -Remontowego "SKO -BUD" Jacek Skoczeń jako Przedsiębiorstwa najkorzystniejszej
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przypisanych

3

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, że może poprawiać w ofertach oczywiste omyłki rachunkowe dotyczące istniejących pozycji kosztorysowych nie konsultując jednak z Wykonawcą cen jednostkowych, będących jednym z elementów oferty których poprawa nie jest w żaden sposób możliwa. Jednak wszelkie próby dopisania brakującej części kosztorysu ofertowego, a istniejącego w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ powinno zostać poprzedzone negocjacjami dotyczącymi ceny, a takowe są w świetle Prawa zamówień publicznych zabronione.

Uznanie, iż jest to inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, prowadzi do pojawienia się przesłanki o wystąpieniu w ofercie Wykonawcy rażąco niskiej cenie, gdyż niezgodnie z prawem, dopisana pozycja, byłaby wyceniona na poziomie 0,00 zł zarówno w części jednostkowej jak i sumarycznej, uwzględniającej przewidziane przedmiarem robót ilości kostki porfirowej.

Fakt ten stałby w sprzeczności z ustawą o cenach, która w art. 2 pkt 1 w związku z art.. 3 ust 1 nakładającą obowiązek uwzględnienia 'w oferowanej cenie podatku VAT, a wszelkie dyskusje na temat wyceny nieistniejącej pozycji kosztorysu należałoby uznać za niedopuszczalne w świetle Prawa zamówień publicznych negocjacje dotyczące treści

złożonej oferty.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił, po stronie Zamawiającego, Józef Wąsowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe WĄS BUD Józef Wąsowicz.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego i Przystępującego podniesionych wobec Odwoływającego, Izba uznała za chybione zarzuty podnoszone wobec Odwoływającego, wskazujące, że jest on osobą nieuprawnioną do wniesienia odwołania z powodu nie złożenia w terminie przedłużenia wadium. Po pierwsze, Zamawiający do chwili rozprawy nie dokonał czynności wykluczenia Odwoływającego z postępowania, po drugie – Odwoływający oświadczył, że zachował ciągłość wadium w całym okresie związania ofertą, a Zamawiający nie zakwestionował tego oświadczenia.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

4

Okoliczności faktyczne będące podstawą rozstrzygnięcia nie budziły wątpliwości Stron: Pozycja nr 45 przedmiaru robót dotyczyła ułożenia 291,5 m² kostki z odzysku, pozycja nr 46 – ułożenia 300 m² nowej kostki brukowej.

Zamawiający w dn. 7.11.2008 r. zmodyfikował SIWZ w ten sposób, że w przedmiarze nakazał umieścić nową pozycję – 45a, w której należało ująć 70 m² nowej kostki brukowej. W postępowaniu złożono 7 ofert, we wszystkich, oprócz oferty Odwoływającego, zawarto w kosztorysach pozycję 45a zgodnie z wskazówkami Zamawiającego. Odwoływający nie ujął w swoim kosztorysie poz. 45a, nie dodał też wartości wynikającej z tej pozycji w innym miejscu, tzn. w innych pozycjach. Jako przyczynę podał błąd kosztorysanta, który przeoczył tę zmianę SIWZ.

Izba ustaliła, że pozycja 45a odnosić się miała do tej samej kostki brukowej, która została ujęta w pozycji 46. Odpowiedź Zamawiającego z dn. 7.11.2008 r. co prawda nie określa jednoznacznie, że kostka brukowa w pozycji nr 45a ma być nową kostką (przyporządkowanie pozycji 45a do pozycji 45 mogłoby wskazywać, że dotyczy tej samej kostki, co w poz. 45, czyli kostki z odzysku), jednak w kontekście treści zapytania skierowanego do Zamawiającego nie budziło to żadnych wątpliwości u sześciu uczestników postępowania.

Zauważyć należy, że z punktu widzenia logiki nie było żadnych przeszkód, aby Zamawiający nie tworzył nowej pozycji w przedmiarze, ale dodał 70 m² do 300 m² ujętych w pozycji 46. Odwoływający również w istocie nie kwestionował, że powinien ująć w ofercie dodatkowe 70 m² nowej kostki.

Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego, potwierdzonego przez Odwoływającego, we wszystkich pozostałych sześciu ofertach w pozycji 45a obliczono wartość ułożenia 70 m² nowej kostki jako podstawę to obliczeń przyjmując te same ceny jednostkowe, które były ujęte w pozycji 46.

Izba ustaliła, że w pozycji 45a należało ująć 70 m² takiej samej kostki brukowej, jak w pozycji 46. Po pierwsze, oczywiste jest, że kostka brukowa układana jest na tej samej płaszczyźnie, w jednorodnych pasach. Po drugie, Zamawiający w odpowiedzi z dn. 7.11.2008 r. nie wskazał żadnych nowych podstaw wyceny dla nowoutworzonej pozycji 45a (dla wszystkich pozycji w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ, podano podstawy wyceny – tablice KNR i KNNR), co oznacza, że należało użyć podstaw już wskazanych w przedmiarze (w domyśle – dla pozycji 46).

Stosując ten sam sposób obliczenia wartości pozycji, co dla pozycji 46, w prosty sposób można otrzymać wartość ułożenia 70 m² nowej kostki brukowej, których brakuje w ofercie Odwoływającego, a powinny być się znaleźć w pozycji 45a.

5

Wobec powyższych okoliczności, Izba uznała, że brak 70 m² nowej kostki brukowej w ofercie Odwołującego Zamawiający winien poprawić, stosując art. 87 ust. 2 pkt 2 bądź 3 Prawa zamówień publicznych. Nie można przypisać przedmiotowego uchybienia w ofercie Odwołującego do dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, gdyż nie jest to omyłka wyłącznie rachunkowa, ale uchybienie to może być uznane za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w okolicznościach niniejszej sprawy uznał, że o ile trudno uznać uchybienie Odwołującego za oczywiste, można je usunąć stosując art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten umożliwia poprawienie w ofercie „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. „Inna omyłka”, to każda omyłka, która nie jest oczywistą omyłką pisarską ani omyłką rachunkową (poprawia się je na podstawie pkt 1 i 2), w ocenie Izby może być nią również pominięcie pozycji kosztorysowej.

Ustawodawca w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych posłużył się wieloma pojęciami niejednoznacznymi. Miało to na celu uelastyczenie oceny ofert, jednak normy okazują się tak blankietowe, że zamawiający stosują je w możliwie wąskim rozumieniu, aby nie narazić się na zarzut faworyzowania ofert (naruszenia uczciwej konkurencji). Dla niniejszego rozstrzygnięcia ma znaczenie ustalenie, co oznacza poprawienie „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”.

Niewątpliwie brak wyceny w ofercie Odwołującego ułożenia 70 m² kostki brukowej stanowi o niezgodności tej oferty z treścią SIWZ. Kluczowym zatem dla uznania, czy omyłkę, jak popełnioną w ofercie Odwołującego, można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych będzie rozstrzygnięcie, czy poprawienie jej spowoduje „istotną zmianę w treści oferty”. O „istotności” zmian w treści oferty decyduje przede wszystkim charakter podstawy dokonania tych zmian, znaczenie ma również kwotowy aspekt dokonanej zmiany (tj. różnica między pierwotnie zaoferowaną ceną, a ceną otrzymaną w wyniku poprawek), choć może on mieć znaczenie drugorzędne.

Po rozpatrzeniu wszystkich okoliczności sprawy, Izba uznała, że poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego nie będzie stanowiło istotnej zmiany w treści jego oferty. Treścią oferty jest przebudowanie Rynku Górnego w Wieliczce zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Uszczegóławiając treść oferty, Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia, za pomocą konkretnej kostki brukowej, opisanej w poz. 46 kosztorysu (na powierzchni 300 m²). Wobec braku wyceny ułożenia 70 m² przy użyciu tej

6

samej kostki, co w pozycji 46, Zamawiający powinien, posługując się danymi, które już posiada (podstawy wyceny i ceny jednostkowe wynikające z pozycji 46) za pomocą działań arytmetycznych, na których opierają się wyliczenia kosztorysu, obliczyć wartość dla brakujących 70 m².

Zamawiający wyraził obawę, że taka ingerencja byłaby zbyt daleko idąca, i naruszałaby zakaz negocjacji z wykonawcą, wynikający z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby takie obawy Zamawiającego nie są uzasadnione przy zaprezentowanej wyżej wykładni art. 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca nie przewidział sposobu „uzgodnienia” treści oferty z treścią SIWZ, dlatego można zrobić to w każdy, racjonalnie uzasadniony sposób, również w sposób wyżej opisany. Rzeczywiście, na skutek takiego poprawienia oferty Odwołującego, zmieni się jej cena – ale „nowa” cena wynikać będzie z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych.

Ustawodawca w art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych użył słowa „zmiana” jednak w istocie Zamawiający nie dokonuje w ofercie żadnej zmiany „jakościowej”, jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Odwołującego.

Należy zauważyć, że taka czynność Zamawiającego doprowadzi ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Nie jest możliwe w ocenie Izby poprawienie uchybienia w ofercie Odwołującego w taki sposób, jaki rozważa Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, tzn. dopisanie w ofercie pozycji 45a, ale określenie jej wartości jako „0zł”. Takie działanie Zamawiającego nie znajdowałoby oparcia w złożonej ofercie, bowiem wynika z niej konkretna kwota, z jaką Odwołujący ułoży 300m2 nowej kostki brukowej – zatem nie ma podstaw, aby zakładać, że kolejne 70m2 ułoży za 0 zł.

Reasumując, ponieważ obliczenie ceny ułożenia nowej kostki brukowej na powierzchni 70 m2 z użyciem podstaw wyceny i cen jednostkowych użytych w pozycji 46 faktycznie nie kreuje żadnej nowej jakości w ofercie Odwołującego, uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych.

W powyższych okolicznościach odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, było przedwczesne, i Izba uwzględniła podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych oraz nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

7

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Odwołującego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

8

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....