

WYROK
z dnia 22 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jarocin Sport Sp. z o.o., 63-200 Jarocin, ul. Sportowa 6** protestu z dnia 23 października 2010r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego, unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Jarocin Sport Sp. z o.o., 63-200 Jarocin, ul. Sportowa 6 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 uiszczonego przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Jarocin Sport Sp. z o.o., 63-200 Jarocin, ul. Sportowa 6** na rzecz **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu do odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Jarocin Sport Spółka z o.o. w Jarocinie ul. Sportowa 6 63-200 Jarocin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Budowę sali sportowej wraz z salami dydaktycznymi, zapleczem socjalnym, kotłownią gazową i łącznikiem komunikacyjnym wraz z infrastrukturą techniczną”*, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 września 2009 roku, pod pozycją 303606.

Pismem z dnia 21 października 2009 roku (przekazanym w dniu 22 października 2009 roku) Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została

złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwa Handlowo- Usługowego „DOM –MUS” Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wrzesińskiej 1c, 62-025 Kostrzyn Wielkopolski oraz o odrzuceniu oferty Skanska S.A z siedzibą w Warszawie, z uwagi na nie podanie w kosztorysie ofertowym ceny roboczogodziny.

Pismem z 23 października 2009 roku, wykonawca - Skanska S.A., ul. Generała J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa, wniósł protest wobec na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty złożonej przez Protestującego i tym samym naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez błędne jego zastosowanie oraz art. 87 ust 1 oraz ust 2 ustawy PZP poprzez nie wezwanie Protestującego do złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji niepoprawienie w ofercie Protestującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ponadto wnoszę protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwa Handlowo- Usługowego „DOM –MUS” Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Wrzesińskiej 1c, 62-025 Kostrzyn Wielkopolski.

Uzasadniając wskazał, iż fakt wskazania bądź nie wskazania w ofercie stawki roboczogodziny w żaden sposób nie wpływa na podstawowe kryterium oceny ofert tj. cenę. W analizowanym przypadku nie wyodrębnienie w ofercie stawki roboczogodziny nie spowodowało zmiany ilości i opisu pozycji, jak również nie wpłynęło na zmianę ceny pozycji, a w konsekwencji należy uznać, iż stawka roboczogodziny nie jest elementem

3

wpływającym na ogólną wartość oferty. Zgodnie z treścią SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena i tylko jej zmiana może wpłynąć na treść oferty. Wobec faktu, iż opisany powyżej rzekomy błąd Składającego ofertę nie powoduje istotnych zmian w treści oferty zamawiający zobowiązany był stosowanie do zapisów art. 87 ust 2 pkt 3 do poprawienia przedmiotowej oferty w powyższym zakresie. Pominięcie w ofercie (kosztorysie ofertowym) przez Protestującego stawki roboczogodziny, nie wpływa na rozpoznanie i przyjęcie przez zamawiającego jednego z elementów *essentialae negotii* oferty jakim jest jej cena, a konkretnie nie odnosi się do pozycji kosztorysu, według których wynagrodzenie z tytułu umowy zostanie ostatecznie ustalone. W związku z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia umownego wynagrodzenie wyliczone zostanie w oparciu o obmiary rzeczywiście wykonanych robót oraz przedstawione w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe. Ponadto ww. informacja żądana przez Zamawiającego nie dotyczy również innych istotnych elementów treści oferty dotyczących oferowanego zakresu wykonania robót będących przedmiotem zamówienia czy sposobu ich wykonania.

Z uwagi na podniesione w treści protestu zarzuty, Protestujący wniósł o:

- a) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego,
- b) unieważnienie czynności uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe „DOM - MUS” Sp. z o.o.,
- b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie Protestującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1, a w konsekwencji poprawienie oferty Protestującego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych,
- c) wybór oferty złożonej przez Protestującego.

Zamawiający protestu nie rozstrzygnął, co zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych rozumiane jest, jako jego oddalenie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 13 listopada 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez błędne jego zastosowanie,
- b) art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Składającego odwołanie do złożenia wyjaśnień a w konsekwencji nie poprawienie w ofercie Składającego odwołanie zaistniałej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ nie powodującej istotnych zmian w treści oferty.

4

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe „DOM – MUS” Sp. z o.o.,
- c) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji do poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust 2 ustawy PZP,
- d) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Odwołujący oświadczył, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż oferta złożona w przetargu przez Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą pod względem przyjętego w SIWZ kryterium oceny ofert.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni popiera stanowisko Odwołującego wskazane w treści protestu, jak i odwołania.

5

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustanowił następujące postanowienia. Rozdział XI ust. 1 pkt 7 – dokumenty powinny być sporządzone zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez zamawiającego wzorcami – załącznikami, a w szczególności zawierać wszystkie informacje oraz dane. Rozdział XIII ust. 4 wskazuje, iż cena jednostkowa musi zawierać wszystkie koszty i narzuty. Ponadto, we wzorze kosztorysu ofertowego – jego pierwsza, tytułowa strona – Zamawiający wyszczególnił miejsce do podania poziomów cen, w tym stawki robocizny kalkulacyjnej.

Odwołujący w swoim kosztorysie ofertowym, na jego pierwszej tytułowej stronie nie podał wymaganej przez Zamawiającego stawki roboczogodziny kalkulacyjnej.

Powyższe stało się przyczynkiem do odrzucenia oferty Odwołującego, a konsekwencji do wniesienia protestu i odwołania.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na cel wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przepis powyższy dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może odnosić się do również do innych elementów złożonej oferty. Jak wynika z uzasadnienia nowelizacji ustawy w powyższym zakresie *„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. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości*

postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

Na podstawie tegoż przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby zachodzi przesłanka umożliwiająca zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż z jednej strony doprowadzi treść oferty do stanu zgodnego w wymaganiach Zamawiającego, z drugiej zaś strony zmiany te nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Zmiany wywołane zastosowaniem powyższego przepisu, nie wpłynęły w żaden sposób ani na cenę

6

oferty, gdyż zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, w cenie oferty zawarty został koszt robocizny, nie został on jednak uwidoczniiony w formie stawki za jedną roboczogodzinę, jak i pozostają bez wpływu na treść postanowienia § 3 ust. 11 wzoru umowy dotyczącego wykonywania ewentualnych robót dodatkowych.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, roboty dodatkowe mogą być zlecone do wykonania po przeprowadzeniu odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ustawy - Prawo zamówień publicznych), po negocjacjach (art. 66 ustawy Pzp.). Także, stawka roboczogodziny, w wyniku przeprowadzenia tychże negocjacji może być różna od przedstawionej w ofercie, w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego, Zamawiający winien przeprowadzić w pierwszej kolejności procedurę określoną w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w celu uzyskania informacji od Odwołującego o wysokości stawki roboczogodziny, a następnie winien, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych dokonać poprawy w ofercie Odwołującego omyłki w celu doprowadzenia oferty do stanu zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Powyższe stanowisko składu orzekającego, zostało potwierdzone licznymi orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 5 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 959/09, gdzie Izba wskazała, iż „O „istotności” zmian, a w konsekwencji o niemożliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. do poprawienia oferty, nie przesądzają zapewnienia i nakazy zamawiającego podkreślające konieczność takiego czy innego przygotowania i sporządzenia oferty. Całość postanowień SIWZ określająca przedmiot zamówienia oraz formułująca wymagania w stosunku do sposobu wyrażenia i zakresu zobowiązania wykonawcy jest istotna i jako taka powinna być przestrzegana przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako technicznego błędu w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie.”, czy chociażby w wyroku z dnia 7 października 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1266/09, gdzie

7

Izba orzekła, iż „Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy (*essentialia negotii*). Tylko przy uwzględnieniu okoliczności sprawy można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. 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.”.

W tym stanie faktycznym sprawy, Izba stwierdziła, iż zachodzą okoliczności określone

w przepisie art. 191 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych, umożliwiającą jej uwzględnienie odwołania, dlatego też na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

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

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

9