

WYROK
z dnia 22 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 19 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „Krodomex” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 41** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Dobrzyca, 63-330 Dobrzyca, Rynek 14** protestu /protestów* z dnia 21 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „Krodomex” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 41** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „Krodomex” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 41**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 084 zł 76 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt sześć groszy) przez **Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „Krodomex” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 41**, na rzecz **Gminy Dobrzyca, 63-330 Dobrzyca, Rynek 14** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę;
- 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 kwoty **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Krotoszyńskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „Krodomex” Sp. z o.o., 63-700 Krotoszyn, ul. Rawicka 41**.

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Dobrzyca, ul. Rynek 14, 63-330 Dobrzyca wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na budowę hali widowiskowo-sportowej w Dobrzycy ul. Szkolna. Ogłoszenie ukazało się 16.10. 2008 r. w BZP, poz. 270577.

17.11. 2008 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Novum Sp. z o.o. w Kaliszu i o odrzuceniu oferty wykonawcy Krotoszyńskie Przedsiębiorstwo Budowlane „Krodomex” Sp. z o.o. w Krotoszynie, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej w skrócie specyfikacją.

21.11. 2008 r. (termin na wniesienie protestu 24.11. 2008 r.) wykonawca „Krodomex” złożył protest na:

1) odrzucenie jego oferty ze względu na uznanie, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji;

2) uznanie za najkorzystniejszą oferty Novum Sp. z o.o. w Kaliszu.

Zdaniem protestującego, zamawiający naruszył punkt IX ust. 2 specyfikacji stanowiący, że jedynym kryterium wyboru oferty jest najniższa cena.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego protestujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie protestującego polegających na niezgodności ze specyfikacją, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty protestującego mimo braku podstaw faktycznych i prawnych do jej odrzucenia;
- 3) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na braku prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty protestującego, gdyż zamawiający w identyczny sposób uzasadnił decyzje w odniesieniu do wszystkich wykonawców, których oferty zostały odrzucone, niezależnie od liczby i znaczenia omyłek stwierdzonych w kosztorysach ofertowych.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty protestującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, według kryterium podanego w specyfikacji, tj. według kryterium ceny.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Novum oraz odrzucił inne oferty, w tym ofertę odwołującego. W szczególności zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty protestującego, tym, że zamawiający stwierdził w kosztorysie ofertowym 4 omyłki (na 623 pozycje) i 1 pominięcie. W szczególności:

- 1) pozycja kosztorysowa nr 1.2.8. dotyczącą pogrubienia ściany betonowej o powierzchni 59,87 m² i grubości 20 cm o kolejne 30 cm, w kosztorysie ofertowym uwzględniono pogrubienie ściany tylko o 1 cm, bez uwzględnienia trzydziestokrotnego mnożnika, zawartego w przedmiarze dołączonym do specyfikacji, tak by powstało pogrubienie ściany o 30 cm, wartość pozycji kosztorysowej po uwzględnieniu 30-krotności wynosi: $30 \times 871,68 \text{ zł} = 26.150,40 \text{ zł netto}$; różnica: 25.278,72 zł netto;
- 2) pozycja nr 2.1.8. dotycząca belek i podciągów żelbetonowych, omyłkowo wpisana do kosztorysu objętość belek – 24,07 m³, zamiast 22,545 m³; wartość omyłkowej pozycji kosztorysowej wynosi: $24,07 \text{ m}^3 \times 939,18 \text{ zł/m}^3 = 22.606,00 \text{ zł netto}$; wartość pozycji kosztorysowej po korekcie wynosi: $22,545 \text{ m}^3 \times 939,18 \text{ zł/m}^3 = 21.173,81 \text{ zł netto}$; różnica: minus 1.432,19 zł netto;
- 3) pozycja nr 2.2.3. dotycząca indywidualnej kalkulacji na wykonanie ścian oznaczonych w projekcie budowlanym jako 1E i 1F, omyłkowo wpisana do kosztorysu ofertowego

3

powierzchnia ścian – 596,48 m², zamiast 352 m²; wartość pozycji kosztorysowej: $596,48 \text{ m}^2 \times 140 \text{ zł/m}^2 = 83.507,20 \text{ zł netto}$; wartość pozycji kosztorysowej po korekcie: $352 \text{ m}^2 \times 140 \text{ zł/m}^2 = 49.280,00 \text{ zł netto}$; różnica: minus 34.227,20 zł netto;

- 4) pozycja nr 3.5.3. dotycząca indywidualnej kalkulacji na wykonanie zadaszenia z konstrukcji stalowej ocynkowanej nad jednym z wejść do hali, zamiast wagi określonej w przedmiarze na 0,35 t, wpisano w kosztorysie ofertowym 0,3 t; wartość pozycji kosztorysowej: $0,3 \text{ t} \times 1.100 \text{ zł/t} = 330,00 \text{ zł netto}$; wartość pozycji kosztorysowej po korekcie: $0,35 \text{ t} \times 1.100 \text{ zł/t} = 385,00 \text{ zł netto}$; różnica: 55 zł netto;
- 5) niezamierzone pominięcie pozycji nr 2 z przedmiaru załączonego do specyfikacji do kosztorysu ofertowego na zagospodarowanie terenu; pozycja ta dotyczy wykonania przepustów z rur ochronnych z PCW; wycena tej pozycji wynosi: 6.000 zł netto.

Sumując różnice powstałe w wyniku ww. drobnych omyłek oraz dodając pozycję nie wpisaną do kosztorysu ofertowego na zagospodarowanie terenu, cena ofertowa odwołującego powinna być umniejszona o kwotę netto 4.325,67 zł, do kwoty netto 3.319.726,30 zł, według poniższego wyliczenia: $3.324.051,97 - 4.325,67 = 3.319.726,30 \text{ zł netto}$ (brutto 4.050.066,09 zł).

Protestujący podkreśla, że wszystkie stwierdzone omyłki w kosztorysie ofertowym były tego rodzaju, że nie powodowały istotnych zmian w ofercie i nadawały się do poprawienia przez Zamawiającego. Cena ofertowa, po korekcie spowodowanej poprawieniem tych omyłek, uległaby obniżeniu o ok. 0,1%. Odwołujący prawidłowo podał ceny jednostkowe, a

jedynie w sposób niezamierzony, błędnie przepisał ilości robót w kilku pozycjach kosztorysu. Zatem poprawienie tych omyłek wymagałoby jedynie przyjęcia przez Zamawiającego prawidłowych ilości robót, z przedmiarów zawartych w specyfikacji oraz uzyskania zgody wykonawcy na taką zmianę. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Krotoszyńskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „Krodomex” jako niezgodnej z specyfikacją, Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym po dniu 24 października 2008 r.

04.12. 2008 r. zamawiający oddalił protest nie rozstrzygając go w ustawowym terminie, zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp.

05.12. 2008 r. (termin na wniesienie odwołania 09.12. 2008 r.) „Krodomex” wniósł odwołanie, zgodne z treścią protestu.

Odwołujący w szczególności podkreślił, że intencją ustawodawcy było umożliwienie zamawiającemu poprawiania takich omyłek, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Z przytoczonych wyżej powodów, oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona, gdyż brak ku temu podstaw. Oferta złożona przez „Krodomex” jest

4

najkorzystniejsza spośród złożonych ofert, gdyż zawiera najniższą cenę, niższą o ponad 332.863 zł od oferty wykonawcy Novum, wybranej przez Zamawiającego. Odrzucenie oferty odwołującego z powodu drobnych omyłek, do których skorygowania był zobowiązany zamawiający, a których łączna wartość zamyka się kwotą netto 4. 325,67 zł i w konsekwencji uznanie za najkorzystniejszą oferty wyższej o ponad 10%, narusza powołane przepisy i cel ustawy Prawa o zamówieniach publicznych.

Na podstawie dokumentacji, stanowisk stron przedstawionych ustnie oraz dowodów pisemnych złożonych przez strony podczas rozprawy – skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W zakresie pierwszych czterech zarzutów – odrzucenia oferty ze względu na popełnienie pięciu omyłek w kosztorysie ofertowym na ogólną liczbę 623 pozycji – Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzuty odwołującego są słuszne i zamawiający powinien, zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonać poprawy tych omyłek w ofercie. Zamawiający powinien zakwalifikować te omyłki, jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający mógłby dokonać odpowiednich działań arytmetycznych na podstawie danych figurujących w ofercie. Zmiany dokonane przez zamawiającego nie spowodowałyby istotnych zmian w treści oferty, a ogólna cena oferty uległaby nawet nieznacznemu obniżeniu w stosunku do ceny ofertowej.

Jednak w zakresie zarzutu piątego – zaniechania poprawienia oferty w zakresie pominięcia pozycji nr 2 kosztorysu ofertowego na zagospodarowanie terenu dotyczącej wykonania przepustów z rur ochronnych z PCW – skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut podlega oddaleniu.

Odwołujący pominął całkowicie dokonanie wyceny tej pozycji. Wobec tego zamawiający nie miał podstaw do zastosowania jakichkolwiek uzupełnień oferty, gdyż mogłoby to zostać uznane za dokonanie zmiany w treści oferty. Byłoby to niezgodne z art. 87 ust. 1 *in fine* Pzp. W rozpatrywanym przypadku pominięcia pozycji nr 2 zamawiający nie miał podstaw do

5

zastosowania działań arytmetycznych, gdyż odwołujący nie przedstawił żadnych składników,

którymi mógłby się posłużyć zamawiający dokonując poprawy w ofercie. Zamawiający musiałby samodzielnie wprowadzić do oferty całą wycenę pominiętej pozycji nr 2 w kosztorysie. Poprawa oferty musiałaby polegać nie tylko na dokonaniu właściwego mnożenia składników, ale przede wszystkim na wprowadzeniu nowej pozycji do kosztorysu ofertowego i arbitralnej wycenie wszystkich składników, które pominął w swojej ofercie odwołujący.

Dlatego Izba oddala odwołanie w zakresie zarzutu piątego, zaniechania uzupełnienia oferty przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż wobec tego, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, zamawiający był obowiązany odrzucić ofertę odwołującego i uczynił to.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający wyczerpująco uzasadnił powody odrzucenia oferty w piśmie zatytułowanym „Informacja ofert dot. kosztorysów ofertowych złożonych przez 6 wykonawców na >>Budowę hali widowiskowo-sportowej w Dobrzycy<<”. W piśmie tym zamawiający wskazał miejsca w kosztorysie ofertowym, które odwołujący błędnie wypełnił lub zaniechał w ogóle wypełnienia. Również zamawiający w piśmie przewodnim powołał się na właściwą podstawę prawną swojej czynności. Dlatego odwołanie w tym zakresie podlega także oddaleniu.

Izba oddala odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

W związku z wyżej przytoczonymi argumentami skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zamawiającego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4 084,76 zł na podstawie kopii faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

6

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok /postanowienie* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* niepotrzebne skreślić

7