

ODPIS

20P9 -03- 2 0 WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

—•—Dnia 10 lutego 2009 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący — Sędzia SO Marzanna Góral
Sędzia SO Agnieszka Stefańska
Sędzia SR(del.) Tomasz Gal
Protokolant: Przemysław Sulich

po rozpoznaniu w dniu 10 lutego 2009 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego - Gminy Nadarzyn

przeciwko wykonawcy INTERBUD Spółki z o.o. z siedzibą w Opocznie
z udziałem przystępującego po stronie zamawiającego — Stanisława Flisa
prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano
Montażowe FLISBUD w Janowie Lubelskim
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 26 listopada 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1326/08

- I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala odwołanie;
- II. zasądza od INTERBUD Spółki z o.o. z siedzibą w Opocznie na rzecz Gminy Nadarzyn kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie i Krajową Izbą Odwoławczą oraz kwotę 1.200 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) na rzecz Stanisława Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD w Janowie Lubelskim tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

ODPIS

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku Urzędu Gminy Nadarzyn, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 28 października 2008 r. został złożony protest, a następnie odwołanie przez INTERBUD Sp. z o.o. z Opoczna.

Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 21 października 2008 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i o odrzuceniu oferty. Jako podstawę tych czynności Zamawiający podał następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) i okoliczności:

I. W zakresie wykluczenia o z postępowania i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp:

a) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 - przez brak przedłużenia ważności wadium, nie wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą

b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy - przez niespełnienie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości minimum 1 000 000,00 PLN i brak dokumentu potwierdzającego wiarygodność finansową.

II. W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy

- występowanie w kilku pozycjach kosztorysu ofertowego rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót:

a) w kosztorysie ofertowym „Instalacje sanitarne” w poz. 144 jest: „Studnie rewizyjne o śr. 600 mm z kręgów betonowych, wewnątrz budynków wykonanie w gotowym wykopie, o gł. do 10m”, zaś w przedmiarze robót: „Studnie schładzające”;

W

b) w kosztorysie ofertowym „Instalacje sanitarne” w poz. 245 jest: „Osadniki deszczowe żeliwne o średnicy 150 mm”, zaś w przedmiarze robót: „Osadniki deszczowe PCV”;

c) w kosztorysie ofertowym „Wentylacja mechaniczna” w poz. 30 jest: „Izolacja kanałów wentylacyjnych wełną mineralną gr. 40 mm”, zaś w przedmiarze robót: „Jednowarstwowa izolacja o grubości 80 mm”;

d) w kosztorysie ofertowym „Zagospodarowanie terenu” w poz. 6 i 15 jest: wykonanie koryt o głębokości „20 cm”, zaś w przedmiarze robót: „15 cm”;

e) w kosztorysie ofertowym „Instalacja elektryczna” w poz. 89-93 jest: „3x40W”, zaś w przedmiarze robót: „2x40W”

f) w kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane” w poz. 67 nie uwzględniono wiatroizolacji;

g) w kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane” w poz. 44 i 45 jest: „KNR” zaś w przedmiarze robót: „KNR-W”;

h) w kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane” w poz. 150 jest: „NNRKB 096”, zaś w przedmiarze robót: „NNRKB 202”;

i) w kosztorysie ofertowym „Instalacje teletechniczne” w poz. 29 jest: „KNNR 5

1209-11", zaś w przedmiarze robót: „KNNR 51209-06”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Gminie Nadarzyn naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10, oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 5 i pkt 6 a także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

- przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego za nieprzedłużenie wadium,
- przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego za nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiarygodności finansowej, i brak dokumentu potwierdzającego spełnianie tego warunku,
- przez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich w tekście oferty Odwołującego,
- przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznanie za złożoną przez wykonawcę wykluczonego, a także za zawierającą omyłki rachunkowe, których nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp, lub błędy w obliczeniu ceny.

^jrae^yierzettelne dokonywanie oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału
-■^p^iępowaniu oraz oceny jego oferty.

Odwołujący podniósł że, naruszenie przez Zamawiającego powyższych przepisów wobec faktu, że oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę, spowodowało uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest niezasadne, a tym samym decyzja o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty jest błędna, co uzasadnił przedstawioną poniżej argumentacją.

Ad I.a Odwołujący stwierdził, że zabezpieczył ofertę Gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium nr Gwo/8/2008/071-30-03 z dnia 8 sierpnia 2008 r., której termin obowiązywania obejmował okres od 12 sierpnia 2008 r. do 10 września 2008 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2008 r.. Odwołujący w dniu 2 września 2008 r., a więc na 8 dni przed upływem terminu obowiązywania gwarancji, dostarczył Zamawiającemu oryginał Aneksu nr 1/2008 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr Gwo/8/2008 z dnia 08 sierpnia 2008 r., wystawiony 27 sierpnia 2008 r., przedłużający termin obowiązywania gwarancji do 10 listopada 2008 r. Za nieprawdziwy uznał także kolejny zarzut w tym zakresie, jakoby w odpowiedzi na pismo z dnia 17 października 2008 r. wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, zaniechał jednoczesnego przedłużenia wadium, albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres. Podkreślił, że w dniu 21 października 2008 r. przesłał faksem oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz Aneks nr 2/2008 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr Gwo/8/2008 z dnia 08 sierpnia 2008 r., wystawiony 21 października 2008 r., przedłużający termin obowiązywania gwarancji, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, do 20 grudnia 2008 r. Natomiast w dniu 22 października 2008 r. dostarczył Zamawiającemu oryginały wymienionych dokumentów, dochowując terminu wyznaczonego w piśmie Zamawiającego z dnia 17 października 2008 r. co potwierdza, że Aneks 02/2008 także został dostarczony przed upływem terminu ważności gwarancji wadium (10 listopada 2008 r.).

Ad. I, b Odwołujący ocenił dokonaną przez Zamawiającego analizę danych zawartych w zaświadczeniu banku, jako wybiórczą i nie uwzględniającą wszystkich informacji nim zawartych. Zarzucił brak ustosunkowania się do faktu, iż Odwołujący posiadał limit wierzytelności w kwocie 1 100 000,00 PLN. Posiadanie limitu

wierzytelności oznacza, zdolność kredytową na 1 100 000,00 PLN, co po spełnianie warunku jaki przewidywała specyfikacja. Za niezrozumiałe przyjął przemilczenie tego faktu w uzasadnieniu wykluczenia i wywodzenie o rzekomo brakujących środkach w oparciu pozostałe dane zawarte w opinii bankowej (214 333,41 PLN - saldo środków dostępnych na rachunku oraz 500 000,00 PLN - zdolność kredytową w przypadku wygrania przetargu publicznego). W przekonaniu Odwołującego

Zamawiający jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego niesłusznie zastosował także przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie, z którym wykluczeniu podlega wykonawca, który nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż przepis ten nie może mieć zastosowania w sytuacji, w której złożono dokument, który potwierdza spełnianie wyznaczonego warunku.

Ad II. Odwołujący zakwestionował odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, przez przywołanie w uzasadnieniu tej decyzji, szeregu rozbieżności między kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót, które ograniczają się jedynie do ich wyliczenia, nie dowodzi to, iż rozbieżności te rzeczywiście powodują niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niezgodności Odwołujący wyjaśnił następująco:

Ad II a) użycie w opisie poz. 144 kosztorysu ofertowego „Instalacje sanitarne” określenia „studnia rewizyjna” zamiast „studnia schładzająca” jest nieścisłością. Norma KNNR 4 0224-01 przywołana przez Zamawiającego odnosi się do studni rewizyjnych i program kosztorysowy używany przez Odwołującego po wpisaniu podstaw wyceny wygenerował opis pozycji zawierający sformułowanie „studnia rewizyjna” a nie tak jak podał Zamawiający w przedmiarze „schładzająca”. Przeoczenie przez Odwołującego tej niezgodności i nie poprawienie opisu omawianej pozycji kosztorysowej jest przyczyną powstania niniejszej rozbieżności. Nie jest to więc celowe zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia a przypadkowa niedokładność, która charakteryzuje omyłkę pisarską.

Ad II b) oryginalna norma zastosowana przez Zamawiającego (KNNR 4 0215-02) odnosi się do osadnika żeliwnego Odwołujący przeoczył rozbieżność pomiędzy wygenerowanym opisem pozycji („osadnik żeliwny”) a zawartym w przedmiarze robót

V \

>v.*

(t/Osadnik PCV”). Jest to więc pomyłka pisarska, nie zaś niezgodność oferty z treścią

?S1WZ,

Ad II c) oryginalna norma przywołana przez Zamawiającego w pozycji 30 (KNR 2-16 0305-04) przewiduje izolacje o grubości 40-60 mm. Wprowadzenie do programu kosztorysującego podstawy wyceny spowodowało wygenerowanie opisu pozycji, w tym przypadku zawierającą wartość grubości izolacji 40-60 mm. Wielkość zawarta ostatecznie w ofercie Odwołującego (40 mm), jest pomyłkowo pozostawioną wartością z przywołanego przedziału liczb, co nie było celowym działaniem Odwołującego, w sytuacji gdy przedmiar zawiera wymiar 30 mm,

Ad II d) oryginalna norma zastosowana przez Zamawiającego i przeniesiona w poz. 6 i 15 kosztorysu ofertowego „Zagospodarowanie terenu” to KNR 231 0101-01 przewiduje wykonanie koryt o głębokości 20 cm. Stąd rozbieżność w stosunku do przedmiaru robót, (15 cm) która pomyłkowo nie została poprawiona,

Ad II e) oryginalna norma przywołana przez Zamawiającego zawiera zapis „do 3x40” a nie „do 2x40” jak w przedmiarze. Stąd rozbieżność w stosunku do przedmiaru robót, która pomyłkowo nie została poprawiona,

Ad II f) błąd w ofercie Odwołującego w kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane” w poz. 67, jakoby pozycja ta nie uwzględniała wiatroizolacji, jest rzekomy. Nie wpisanie zwrotu „z wiatroizolacją” w pozycji kosztorysu ofertowego wynika jedynie z pomyłkowego niedostosowania wygenerowanego przez program kosztorysujący opisu pozycji kosztorysowej do opisu pozycji przedmiarowej. Obie pozycje odnoszą się jednak do tej samej normy KNNR 2 0508-01, która przewiduje wykonanie pokrycia dachu z

wiatroizolacją, co wynika z wyszczególnienia robót dla przedmiotowej normy w opisie katalogu odnośnych norm, informacja ta została w innej formie zapisana w ofercie (przez powołanie się na właściwą normę KNR a nie poprzez dodatkowe wpisanie wiatroizolacji w opis pozycji kosztorysowej),

Ad II g) wyrażeniem tej samej treści w innej formie jest także wpisanie w poz. 44 i 45 kosztorysu ofertowego „Roboty budowlane” oznaczenia normy KNR WACETOB zamiast KNR-W jak to ma miejsce w przedmiarze robót. „W” w zwrocie „KNR-W” oznacza, iż twórcą tej normy jest firma Wacetob, co jest uwzględnione także w ofercie Odwołującego,

sJ

Ad II h) jako zmniejszenie treści SIWZ nie można traktować także zapisu normy w

\ ->/ ~7

150 kosztorysu „Roboty budowlane”. Zapis NNRKB 006 oznacza, iż jest to załącznik nr-67. do normy KNR 202, co również wynika z przedmiaru Zamawiającego: zapis „z VI”. Nie można tu więc mówić o zmianie treści oferty w stosunku do treści SIWZ, a jedynie o zapisaniu tych samych danych w innej formie. Zmiana formy nie może jednak stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Ad II i) rozbieżność odnosi się nie do błędnego opisu pozycji kosztorysu w stosunku do pozycji przedmiaru a do rozbieżności w przywołanych podstawach wyceny (KNR 5 1209-11 zamiast KNR 5 1209-06). Zmiana ta jest przypadkowa i polega na omyłkowym wpisaniu w poz. 29 kosztorysu ofertowego normy dotyczącej tej samej kategorii robót: wykonywanie otworów w ścianach lub stropach, jednak nie ceglanych a betonowych. Wykonanie otworów w betonie jest trudniejsze, nie ma więc racjonalnego uzasadnienia dla celu w jakim Odwołujący miałby świadomie dokonać takiej zmiany. Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 października 2008 r., do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 31 października 2008 r. przystąpił FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, który opowiedział się za stanowiskiem Zamawiającego.

Zamawiający oddalił protest w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, pozostawiając go bez rozpatrzenia.

W dniu 12 listopada 2008 r. zostało złożone odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty i wnioski protestu potrzymano w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił swoje przystąpienie w dniu 25 listopada 2008 r., wykonawca FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis, który powołał się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jako że złożył kolejną najkorzystniejszą ofertę.

/^/Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt niniejszej >sprawy, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, przedmiaru robót, wyroku KIO/UPZ 1003/2008.

Ponadto rozważyła stanowiska przedstawione do protokołu rozprawy przez pełnomocników stron i Przystępującego.

Wyrokiem z dnia 26 listopada 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, zaś w pkt 2. kosztami postępowania obciążyła Gminę Nadarzyn ul. Mszczonowska 19,05-830 Nadarzyn

Podstawę powyższego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia i rozważania:

Protest został złożony 28 października 2008 r., zatem zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do protestów i dotyczących ich odwołań, wnoszonych od dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej, stosuje się przepisy tej ustawy. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena. Oferta Odwołującego podaje najniższą cenę, to jest 10 899 142,87 zł.

Oferta Przystępującego zawiera kolejną cenę, to jest 10 959 634,04 zł.

W rozdziale X SIWZ wymagane było wniesienie wadium na kwotę 120 000,00 zł. W dokumentach oferty, Odwołujący złożył gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez PZU SA nr Gwo/8/2008, której prawidłowość nie została zakwestionowana przez Zamawiającego. W związku z zawieszeniem terminu związania ofertą wskutek protestów, przedłużonego o dalsze 60 dni, na wniosek Zamawiającego. Zamawiający wzywał wykonawców do przedłużenia wadium, pismem z dnia 17 października 2008 r. o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, oraz o przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium do dnia 20 grudnia 2008 r. Odwołujący w określonym terminie do 22 października 2008 r., przesłał w pierwszej kolejności faksem, a następnie złożył w oryginale, pismo akceptujące przedłużenie okresu związania ofertą do dnia 20 grudnia 2008 r., wraz z aneksem Nr 2/2008 do gwarancji ubezpieczeniowej,

%

poświadczającym jej przedłużenie do 20 grudnia 2008 r. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał, iż jego oferta pozostaje zabezpieczona wadium bez przerw, przez przedłużenie związania ofertą. Termin jej obowiązywania został przez wystawcę oznaczony finalnie do dnia 20 grudnia 2008 r. Aneks został złożony przed upływem okresu zabezpieczenia wadium, na który opiewał poprzedni aneks do gwarancji ubezpieczeniowej Nr 1/2008 r. Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, za nie wniesienie wadium i nie wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Bez znaczenia jest podnoszona okoliczność, iż w tekście aneksu nr 2/2008 do gwarancji, wystawiający zastrzegł początek jej ważności od 11.11.2008 r., w przeciwnym bowiem przypadku okres wadium, biorąc pod uwagę obydwa aneksy i daty ich wystawienia, zostałyby częściowo zdublowane.

W rozdziale VII pkt 1, pkt 3 SIWZ, wymagane było złożenie w dokumentach oferty informacji z banku, potwierdzającej posiadanie przez wykonawcę środków finansowych, lub zdolności kredytowej, minimum 1 000 000,00 zł. Odwołujący złożył zaświadczenie z dnia 02.07.2008 r. wystawione przez Raiffeisen BANK O/Piotrków Trybunalski potwierdzające:

- posiadanie na rachunku środków w kwocie 214 333,41 zł,
- posiadanie zdolności kredytowej w przypadku uzyskania zamówienia w kwocie 500 000 zł,

- korzystanie z limitu wierzytelności do kwoty 1 100 000,00 zł.

Zamawiający nie podważył wiarygodności finansowej Odwołującego podczas pierwszej oceny, dokonanej w dniu 21 sierpnia 2008 r. Nie nastąpiła żadna zmiana okoliczności, w tym zakresie, która uzasadniałaby zmianę stanowiska Zamawiającego. Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że posiadania zdolności kredytowej nie należy utożsamiać z dysponowaniem środkami finansowymi w realnie posiadanej kwocie. Zgodnie z art. 70 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U z 1997 r. Nr 140, poz. 939 ze zmian.), zdolność kredytowa oznacza „zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie”. Wprawdzie posiadania limitu wierzytelności na kwotę 1 100 000,00 PLN nie daje podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący posiada środki finansowe w tej wysokości, należy jednak uznać, że może on dysponować środkami finansowymi do wysokości tej kwoty. Gdyby Bank wystawiający zaświadczenie, nie uznawał istotności informacji o limicie wierzytelności, dla celów

poświadczenia wiarygodności finansowej z tytułu uczestnictwa przetargu przez swojego

/ "■4 /

klienta, wówczas by jej nie zamieścił w treści wydawanego dokumentu. Wynika to "również z wyjaśnień Banku do wystawionego zaświadczenia z dnia 24.11.2008 r.

złożonych jako dowód w sprawie. Istotne w ocenie Izby jest dysponowanie środkami finansowymi w wymaganej przez Zamawiającego kwocie bez względu na to jakim instrumentem w zakresie kredytowania oferowanego przez Bank posłuży się wykonawca. Powyższe ustalenia w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzają spełnianie postawionego przez Zamawiającego warunku, a wykluczenie Odwołującego z postępowania, z zarzutem, że nie spełnia warunku udziału - wykazania wiarygodności finansowej wobec braku złożenia w tym przedmiocie wymaganego dokumentu, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia i narusza przepisy art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W zakresie podniesionych pomyłek i nieścisłości w kosztorysie ofertowym Odwołującego, Izba stwierdziła, że Zamawiający ustanowił formę wynagrodzenia kosztorysowego, co wynika z postanowień rozdziału XIV SIWZ i § 12 wzoru umowy, które między innymi stanowią, że ostateczne wynagrodzenie wykonawcy zostanie ustalone na podstawie faktycznego obmiaru robót objętych umową oraz kosztorysu powykonawczego, uwzględniającego stałe ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. Wskazała, że dla zachowania porównywalności ofert, zasadą jest przy wynagrodzeniu kosztorysowym, że zakres wycenionych kosztorysem ofertowym prac (ilość) oraz ich przedmiot powinny być identyczne we wszystkich ofertach oraz, że przedmiary i kosztorysy ofertowe są dokumentami obszernymi i szczegółowymi do tego stopnia, że łatwo można popełnić omyłkę, zarówno przy ich sporządzaniu jak i sprawdzaniu. Zaznaczyła przy tym, że wprawdzie nie można odmówić Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty, jeżeli stwierdzi niezgodność kosztorysu ofertowego (oferty), z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeszcze przed ostatecznym wyborem oferty, nawet przy dokonywaniu ponownej oceny ofert, nakazanej w tym przypadku wyrokiem KIO z dnia 6.10.2008 r. sygn. akt KIOZUP 1003/08, jednakże czynność taką powinna poprzedzać rzetelna analiza możliwości wyeliminowania omyłek pisarskich, czy rachunkowych. Zatem obowiązkiem Zamawiającego było uprzednie ustalenie, które z inkryminowanych niezgodności mają charakter omyłek, a które jednoznacznie stanowią o niezgodności zaoferowanego przedmiotu świadczenia z treścią SIWZ. Izba stwierdziła,

z A

■ n

że mimo iż Odwołujący podnosił tę okoliczność w zarzutach protestu i wnosił

sprostowanie popełnionych pomyłek. Zamawiający oddalając protest nie rozpatrzył żądań. Pozostawienie protestu bez rozpatrzenia jest prawnie dopuszczalne. Jednak zarówno przepisy art. 87 i art. 88 Pzp, w brzmieniu obowiązującym do 23.10.2008 r. jak i art. 87 ust. 2 pzp po nowelizacji, nakładają na Zamawiającego obowiązek poprawiania omyłek w ofercie z¹ urzędu i powiadamiania o tym fakcie wykonawców. Zamawiający zaniechał zatem dokonania prawem nakazanych czynności uznając, że stan faktyczny wynikający z oceny ofert nie wyczerpuje przesłanek powołanych w wyżej wymienionych przepisach. Skład orzekający Izby, w oparciu ustalenia poczynione na rozprawie i przeprowadzone dowody, podzielił stanowisko Odwołującego, że wskazane przez Zamawiającego różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót stanowią oczywiste omyłki pisarskie, które Zamawiający powinien był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Izba uznała, że zarzuty Odwołującego, co do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, a rozpoznawanych w granicach zarzutów protestu, przywołanych w treści uzasadnienia, znalazły potwierdzenie. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, że Odwołujący nie zwracał się o sprostowanie omyłek w kosztorysie bowiem zaprzecza temu treść protestu. Zarzut został w proteście podniesiony i podtrzymany w odwołaniu. Z tych względów wbrew stanowisku Zamawiającego, nie zachodziła przeszkoda, do rozpoznania odwołania w tym zakresie, wynikająca z ograniczeń nałożonych art. 191 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie. Natomiast na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz nakazała powtórzenie badania i oceny ofert.

Skargę na powyższe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Zamawiający na podstawie art. 194 § 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zaskarżając powyższy wyrok w całości i zarzucając mu :

1) naruszenie prawa materialnego, a to:

- art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez błędną wykładnię z zaniechaniem zastosowania wskutek uznania że Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich środków finansowych lub zdolności kredytowej;

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy poprzez błędną wykładnię i zaniechaniem zastosowania wskutek uznania, że Odwołujący wraz ze zgodą na przedłużenie terminu związania ofertą dokonał jednoczesnego przedłużenia ważności wadium;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy- poprzez błędną ich wykładnię i zaniechaniem zastosowania wskutek uznania, że błędy w kosztorysie ofertowym Odwołującego stanowią oczywiste omyłki pisarskie;

2) naruszenie przepisów postępowania, a to art. 188 ust. 7, art. 191 ust. 3 i art. 192 ust. 2 ustawy, poprzez sprzeczne ustalenia faktyczne w stosunku do zebranego w postępowaniu odwoławczym materiału dowodowego, zaniechaniem wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz wykroczenie poza granice protestu i odwołania.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wnosil o zmianę przedmiotowego wyroku w całości i oddalenie odwołania, a także zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego i skargowego.

Przystępujący po stronie Zamawiającego - Wykonawca Stanisław Fis prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD w Janowie Lubelskim, przyłączy się do skargi wnosząc o jej oddalenie i zasądzenie na rzecz Przystępującego od przeciwnika skargi kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. .

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga zasługuje na uwzględnienie jakkolwiek nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są trafne:

Jako chybiony należy ocenić zarzut naruszenia - art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wbrew stanowisku skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza słusznie oceniła, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia Skarżącego z

fy

|of

uwagi na nie spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, publiczne w zakresie wiarygodności finansowej. W szczególności prawidłowo uznała, że<_ nie zachodzą przesłanki do przyjęcia by Skarżący istotnie zaniechał przedstawienia stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie tegoż warunku. Sąd Okręgowy w pełni podziela argumentację w tym zakresie w motywach zaskarżonego orzeczenia. Należy jedynie podkreślić, że zgodnie z art. 70 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe (Dz.U. z 1997r., Nr 140,poz.939 ze zm.) zdolność kredytowa oznacza zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Pojęcie zdolności kredytowej nie jest zatem tożsame z pojęciem promesy kredytowej, której żądania przepisy powoływanego przez Skarżącego rozporządzenia z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane nie przewidują. Definicja zdolności kredytowej zawarta w art.70 ustawy Prawo bankowe pozwala właściwie zinterpretować dane wskazane w przedstawionej przez Odwołującego informacji Banku, co w niniejszej sprawie początkowo uczynił sam Zamawiający, a co prawidłowo ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym orzeczeniu. Fakt, że w przedmiotowym dokumencie Bank dodatkowo zadeklarował możliwość udzielenia kredytu wysokości do 500.000 PLN w przypadku uzyskania zamówienia, nie uzasadnia przyjęcia, że zdolność kredytowa Odwołującego Wykonawcy wynosi jedynie 500.000 PLN. W sytuacji gdy informację tę Bank zamieścił pod informacją o limicie wiarytelności i saldzie dostępnych środków, używając sformułowania: „ponadto”, takie stwierdzenie należy traktować jako ewentualne powiększenie zdolności finansowych tegoż Wykonawcy określonych uprzednio limitem wiarytelności do kwoty 1.100.000PLN i salda dostępnych środków w wysokości 214.333,41 PLN.

Zdaniem Sądu Okręgowego pozostałe zarzuty Skarżącego są zasadne.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie niezasadnego wykluczenia

przez Zamawiającego wykonawcy z uwagi na brak wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy pzp. należy uznać za chybione. W istocie bowiem Izba dokonała błędnej wykładni ww. przepisu. Zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z **jednoczesnym** przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Mimo

podkreślania podczas rozprawy przez Przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego istoty powyższego zarzutu t.j. braku jednoczesności przedłużenia okresu ważności wadium, co wynika z treści protokołu (str. 5 protokołu) Izba w wyroku nie ustosunkowała się do powyższego. Tym samym zaskarżone orzeczenie zostało wydane z naruszeniem art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, którego błędna wykładnia skutkowałą

zaniechaniem zastosowania art. 24 ust. 2 pkt ustawy Pzp..

Absolutnie nie sposób też podzielić zapatrywania Krajowej Izby Odwoławczej co możliwości uznania przez Zamawiającego że błędy w kosztorysie ofertowym Odwołującego stanowią oczywiste omyłki pisarskie. Zgodnie z utrwaloną definicją pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej, dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. W niniejszej sprawie tego rodzaju oczywiste omyłki nie występują skoro ewentualne stwierdzenie nieprawidłowości wymagałoby dogłębnej analizy i prowadzenia dodatkowych ustaleń. Zmawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą (str. 8-10 protokołu) wskazywał na konsekwencje zaistniałych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy sprzeczności, którymi są w szczególności:

- zaproponowanie innych materiałów,
- zmiana ilości prac koniecznych do należytego wykonania robót,
- konieczność wykonania dodatkowych prac (min. wiatroizolacji na powierzchni 1980 m²). Mając na uwadze ww. konsekwencje zaistniałych sprzeczności, a w świetle orzecznictwa Sądów Okręgowych, Zespołów Arbitrów oraz KIO w przedmiocie oczywistej omyłki pisarskiej przywołanego Zamawiającego oraz Przystępującego m.in. wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 26 lipca 2005 r. sygn. akt IV Ca 340/05, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 lipca 2005 r. sygn. akt V Ca 592/05, wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 29 grudnia 2004r. sygn. UZP/7O/0-22 55/04 jak też wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2007 r. KIO/UZP 1436/07, KIO/UZP 1451/07 (gdzie wskazano, że nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej wpisanie w jednej z pozycji przedmiaru liczby 388 zamiast 380), należy stwierdzić z całą stanowczością, że zaistniałe w ofercie Wykonawcy sprzeczności z treścią SIWZ w

fi

fen

żadnym razie nie kwalifikują się do uznania ich za oczywiste omyłki pisarskie, skutkowałoby koniecznością ich poprawienia przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Wykonawca podtrzymując swoje twierdzenie zawarte w proteście i odwołaniu wskazywał, iż do sprzeczności doszło w skutek zastosowania przez Wykonawcę przy sporządzaniu kosztorysów programu komputerowego. Zgodzić się należy ze stanowiskiem zajętym przez Przystępującego ustosunkowującego się do powyższej argumentacji Wykonawcy (strona II protokołu), a w szczególności przywołanym przez niego wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 07.04.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/O-614/05 gdzie w uzasadnieniu podano: iż także zaokrąglenie w ofercie norm KNNR załączonych do specyfikacji na skutek wykorzystania do obliczeń programu komputerowego nie chroni wykonawcy przed ujemnymi konsekwencjami spowodowanej tym niezgodności oferty ze specyfikacją. Program jest tylko narzędziem, jakim może posługiwać się wykonawca przy formułowaniu oferty. Sama oferta jest natomiast oświadczeniem woli i w przypadku jej niezgodności ze specyfikacją zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty”. W żadnym razie nie można zaakceptować stanowiska wyrażonym przez Izbę w motywach zaskarżonego wyroku jakoby na Zamawiającym ciążył obowiązek oznaczenia w przedmiarze pozycji, w których zmieniony został opis katalogowy norm KNNR. W ocenie Izby do sprzeczności w kosztorysie doszło w związku z powyższym zaniechaniem Zamawiającego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to Zamawiający decyduje o opisie przedmiotu zamówienia. Stanowi to jego uprawnienie jak i obowiązek. Tworząc przedmiar w przedmiotowym postępowaniu projektant oparł się na normach KNNR., które służą jako pomoc przy tworzeniu dokumentacji na wykonanie robót budowlanych, nie podlegając jednak ścisłemu stosowaniu i jednocześnie nie wymagają podkreślania odstępstw od nich. Należy zgodzić się ze Skarżącym, że przyjęcie stanowiska Izby jako trafnego prowadziłoby do

akceptacji stanu, w którym każdy z Wykonawców, w którego ofercie doszłoby do sprzeczności pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót wskazywałby, że jest to wynikiem działaniem Zamawiającego wprowadzającego odstępstwa w przedmiarze w stosunku do norm katalogowych (do czego Zamawiający jest w pełni uprawniony), żądając jednocześnie poprawienia tych sprzeczności na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Nie można przy tym odmówić słuszności pogładowi Skarżącego, że wydając zaskarżony wyrok Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła, że wykonawcy składający oferty na wykonanie robót budowlanych są to podmioty profesjonalnie zajmujące się robotami stanowiącymi

'zamówienia. Od takich podmiotów wymaga się należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego jej charakteru - art. 355 § 2 k.c. przy wykonywaniu czynności przez te podmioty (w szczególności składaniu oferty), a zatem starania o przeniesienie odpowiedzialności za błędy popełnione w ofercie przez Wykonawcę na Zamawiającego należy uznać za niewłaściwe.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust.2 Pzp zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie, rozstrzygając o kosztach postępowania zgodnie z art. 98k.p.c., art.108 §1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust.2Pzp oraz §5 i §10 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu(Dz.U. z 2002r.nr 163, poz.1349 ze zm.)

Na oryginale *właściwe podpisy*
Za zgodność