

Sygn. akt: KIO/UZP 134/09

WYROK
z dnia 12 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DKM-DROG Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Orłąt Lwowskich 145, 41-200 Sosnowiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Zabrze – Prezydenta Miasta Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze** protestu z dnia 19 stycznia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **XXX** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
przy udziale wykonawcy **XXX** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,*

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Zabrze – Prezydenta Miasta Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze 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 **DKM-DROG Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Orłąt Lwowskich 145, 41-200 Sosnowiec**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Zabrze – Prezydenta Miasta Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze** na rzecz **DKM-DROG Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Orłąt Lwowskich 145, 41-200 Sosnowiec**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, zaliczonych w poczet kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **DKM-DROG Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Orłąt Lwowskich 145, 41-200 Sosnowiec**.

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

Gmina Zabrze – Prezydent Miasta Zabrze, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę pasa drogowego w celu wykonania ścieżek rowerowych. Trasa nr 1(X) wzdłuż ul. Ofiar Katynia od przepustu w ciągu ul. Ofiar Katynia do skrzyżowania ul. Krakowska – Jordana”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 października 2008 r., nr 294549 -2008

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2009 r. (pismem z dnia 8 stycznia 2009 r.) poinformował DKM-DROG Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej

dalej „SIWZ”, dodatkowo wskazując iż, w poz. 20 kosztorysu ofertowego podał niepoprawną ilość robót w stosunku do przedmiaru, a mianowicie wycenił krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm na podsypce piaskowej w ilości 58,0 mb, podczas gdy zgodnie z przedmiarem należało wycenić w/w roboty w ilości 903,0 mb (powyższe wynika z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 24 listopada 2008 r.). Przedmiotową pozycję Odwołujący wycenił na 1.455,80 zł, a przyjmując prawidłową ilość robót powinno być 22.665,30 zł (przy cenie jednostkowej 25,10 zł/mb).

Pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na bezprawne odrzucenie jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wyznaczenie dla Odwołującego dodatkowego terminu do poprawienia oferty w związku ze zmianą SIWZ dokonaną w dniu 24 listopada 2008 r.,
3. ponowne dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż ilość 903 metrów bieżących krawężników została wprowadzona do SIWZ zmianą z dnia 24 listopada 2008 r. i była konsekwencją zapytania jednego z wykonawców. Zawiadomienie o przedmiotowej zmianie SIWZ ukazało się na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 25 listopada 2008 r. Natomiast Odwołujący o fakcie tym dowiedział się dopiero w związku z odrzuceniem jego oferty, w przygotowaniu której opierał się na niezmienionej treści SIWZ.

Nadto podkreślił, iż Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie powiadomić wykonawców o zmianie SIWZ, poprzez umieszczenie zmian na swojej stronie internetowej, jak również przekazanie stosownej informacji wszystkim wykonawcom, czego w stosunku do Odwołującego nie uczynił.

Na marginesie Odwołujący dodał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, podkreślając dodatkowo, iż Zamawiający wiedział, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie ilości wykonanych robót.

Pismem z dnia 22 stycznia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 26 stycznia 2009 r.). W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, iż Odwołujący wyceniając poz. 20 kosztorysu ofertowego wycenił 58 mb krawężnika, zamiast prawidłowo 903 mb krawężnika,

zaniżając cenę oferty o 21 209,50 zł, co stanowi niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiotem robót stanowiącym integralną część SIWZ.

Zamawiający podkreślił także, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami dokonaną zmianę SIWZ Zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie. Odwołujący nie pobrał SIWZ w wersji papierowej, dlatego też Zamawiający nie mógł go powiadomić o zmianie SIWZ. Jednocześnie podkreślił, iż na wykonawcy ciąży obowiązek zapoznawania się ze stroną internetową Zamawiającego.

Nadto dodał, iż Odwołujący wniósł protest na bezprawne odrzucenie oferty, natomiast uzasadnienie dotyczy zmiany treści SIWZ jakiej Zamawiający dokonał przed terminem składania ofert i w tym zakresie odwołanie powinno być odrzucone.

Pismem z dnia 30 stycznia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 3 lutego 2009 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 30 stycznia 2009 r. Odwołujący podtrzymał dotychczasowe zarzuty, argumenty i wnioski.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zamawiający w dziale 6 SIWZ „Informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów” podpunkt 6.5 zamieścił postanowienie, iż „prześle treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Wykonawcom, którym przekazał SIWZ, bez ujawniania źródła zapytania oraz zamieści na stronie internetowej określonej w pkt 1 (Część I SIWZ), jeśli SIWZ jest zamieszczana na tej stronie”. Natomiast „w szczególnie uzasadnionych przypadkach (...) może w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować treść SIWZ”, a dokonaną w ten sposób modyfikację przekaże niezwłocznie wszystkim Wykonawcom, którym przekazano SIWZ, a także zamieści na stronie internetowej określonej w pkt 1 (Część I SIWZ), jeśli SIWZ jest zamieszczana na tej stronie”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wbrew postanowieniom SIWZ nie przekazał mu modyfikacji SIWZ, mimo iż – jak podniósł w odwołaniu – w dniu 21 listopada 2008 r. złożył Zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium i powyższe stanowiło potwierdzenie jego udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Art. 38 ust. 4 zdanie 2 ustawy Pzp stanowi, iż dokonana modyfikację SIWZ „zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza także na tej stronie”. Z treści powyższego przepisu jednoznacznie więc wynika, iż zamawiający o zmianie treści SIWZ, poza umieszczeniem stosownej informacji na swojej stronie internetowej, niezwłocznie informuje jedynie tych wykonawców, którym przekazano SIWZ. Skoro więc Odwołujący nie pobrał SIWZ od Zamawiającego nie może mu teraz czynić zarzutu naruszenia art. 38 ust 4 ustawy Pzp. Złożenie gwarancji ubezpieczeniowej – w świetle brzmienia ww. przepisu - nie może stanowić podstawy takiego żądania, dlatego Izba oddaliła ten zarzut.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Zamawiający w dziale 10 SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” zamieścił postanowienie, iż oferta musi zawierać m.in. kosztorys ofertowy (część C wg Spisu zawartości oferty), w oparciu o który należy obliczyć cenę oferty, jednocześnie załączając do SIWZ przedmiar robót, w którym w pozycji 20 „krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm na podsypce piaskowej” jako wymaganą ilość wskazał 58,00 mb.

Następnie, na skutek zapytania jednego z wykonawców w dniu 24 listopada 2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, wskazując iż „w pozycji nr 20 przedmiaru robót powinno być -ustawienie krawężnika betonowego 15x30 cm – 903,0 mb”.

Odwołujący w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik do SIWZ, poz. 20 „Krawężniki betonowe wystające o wymiarach 15x30 cm na podsypce piaskowej” podał w kolumnie 5 „ilość” „58,000”, w kolumnie 6 „cena zł” kwotę „25,10”, a w kolumnie 7 „wartość zł (5x6)” kwotę „1.455,80” .

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający powinien był poprawić niepoprawną ilość robót (ilość krawężnika betonowego) w poz. 20 kosztorysu ofertowego, stanowiącego załącznik do oferty Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż uchybienie to można uznać za inną omyłkę, o której mowa w powołanym wyżej przepisie. Przepis ten umożliwia poprawienie w ofercie „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy czym tylko taką omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Niepoprawna ilość robót w ofercie Odwołującego w stosunku do zmodyfikowanego przedmiaru istotnie stanowi o niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ. Niemniej jednak stwierdzić należy, że jej ewentualne poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, gdyż – jak słusznie podniósł Odwołujący na rozprawie – w złożonej ofercie prawidłowo wskazał cenę jednostkową, która stanowić będzie cenę wyjściową wprowadzonych następnie zmian

Bezspornym jest, że treścią oferty jest przebudowa pasa drogowego w celu wykonania ścieżek rowerowych, którego wykonanie Odwołujący zaoferował, jak również i to, że Odwołujący nie podał wymaganej w poz. 20 kosztorysu ofertowego prawidłowej (zmodyfikowanej) ilości robót, w konsekwencji czego zaniżył wartość tych robót.

Zamawiający, w oparciu o aktualny stan prawny, zobowiązany jest dokonać w ofercie wykonawcy określonych zmian. Tak więc powinien on być, posługując się danymi, które już posiada (ceny jednostkowe wynikające z pozycji 20) dokonać zmian w ofercie Odwołującego i za pomocą działań arytmetycznych, obliczyć ich wymaganą wartość, z uwzględnieniem brakującej ilości robót.

Zamawiający podniósł na rozprawie, iż tego rodzaju ingerencja byłaby zbyt daleko idąca, gdyż w niniejszej sprawie nie może być mowy o omyłce. Niepoprawność kwestionowanej pozycji kosztorysu ofertowego powstała na skutek okoliczności zawinionych przez Odwołującego, który nie zapoznawał się na bieżąco ze stroną internetową Zamawiającego, na której zamieszczono modyfikację SIWZ.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że ustawodawca nie uzależnia ustalenia istnienia omyłki od stopnia zawinienia wykonawcy, który na taką omyłkę się powołuje.

Istotnie poprawienie poz. 20 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Odwołującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia – 1.734.690,78 zł. netto; różnica w cenie oferty Odwołującego 22.665,30 zł.) Zmiana w ofercie Odwołującego zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Odwołującego.

Taka czynność Zamawiającego doprowadzi więc ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Reasumując, należy stwierdzić, że uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było przedwczesne.

Nadto należy dodać, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który odwołuje się do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest także jego naruszeniem

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji, działając na podstawie art. 191 ust.1 i 2 ustawy oraz art. 191 ust. 1a ustawy, uznając jednocześnie, że stwierdzone przez Izbę naruszenie bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego miało istotny wpływ na wynik postępowania tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 2008 r., Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Gliwicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....