

**Sygn. akt: KIO/UZP 1792/09**

**WYROK**  
**z dnia 29 stycznia 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: DEEL Dorota Dobrzańska, Przedsiębiorstwo Budowlane Cygoń, Piotr Cygoń, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Partyzantów 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miejski w Bielsku-Białej, 43-300 Bielsko-Biała, pl. Ratuszowy 1** protestu z dnia 12 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Zakład Robót Inżynieryjnych WODPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 34-300 Żywiec, ul. Ks. St. Słonki 24** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: DEEL Dorota Dobrzańska, Przedsiębiorstwo Budowlane Cygoń, Piotr Cygoń, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Partyzantów 44**

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 **Konsorcjum: DEEL Dorota Dobrzańska, Przedsiębiorstwo Budowlane Cygoń, Piotr Cygoń, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Partyzantów 44,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 856 zł 80 gr (słownie: osiemset pięćdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Konsorcjum: DEEL Dorota Dobrzańska, Przedsiębiorstwo Budowlane Cygoń, Piotr Cygoń, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Partyzantów 44** na rzecz **Urząd Miejski w Bielsku-Białej, 43-300 Bielsko-Biała, pl. Ratuszowy 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie Izby,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: DEEL Dorota Dobrzańska, Przedsiębiorstwo Budowlane Cygoń, Piotr Cygoń, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Partyzantów 44.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bielsko-Biała, 43-300 Bielsko-Biała, Pl. Ratuszowy 1 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sali gimnastycznej.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 12 listopada wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DEEL Dorota Dobrzyńska, Przedsiębiorstwo Budowlane Cygoń Piotr Cygoń, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Partyzantów 44 złożyli protest wobec czynności i zaniechań zamawiającego zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez odrzucenie oferty protestującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia pomimo, iż niezgodności te są omyłkami podlegającymi poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp;

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty protestującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

W związku z podniesionymi zarzutami, protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 3) dokonanie poprawienia omyłek w ofercie protestującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp;
- 4) dokonanie powtórnej oceny ofert.

Protestujący podkreślił, iż zamawiający wskazał w informacji o odrzuceniu oferty protestującego, jakie materiały powinny być zaoferowane zgodnie z treścią SIWZ:

1. W poz 5.2 Kosztorysu ofertowego robót konstrukcyjnych przyjęto drewno klejone GL28H zamiast drewna klejonego GL30 zgodnie z Odpowiedziami na zapytania z dnia 07.10.09 (zamieszczone na stronie WWW.um.bielsko.pl/bip w dniu 08.10/09) - pkt Ad.18.

2. W Kosztorysie ofertowym inst. sanitarnych:

2.1. W poz.115 przyjęto centralę FENIX G-2 z pełną automatyką sterowania zamiast centrali FENIX D-5 z pełną automatyką sterowania i falownikiem wymiennikiem ciepła SUPERBLOC V=15100 m<sup>3</sup>/h zgodnie ze Zmianą treści Siwz zamieszczoną w dniu 13.10.2009 -pkt.1 ppkt.1.

2.2. W poz.138 przyjęto: przewody wentylacyjne z blachy stalowej, kołowe, typ S (SPIRO) o obw. do 630 mm zamiast przewodów typu WFR fi 800 zgodnie ze Zmianą treści Siwz zamieszczoną w dniu 13.10.2009 - pkt.1 ppkt.1.

2.3. W poz.139 przyjęto: przewody wentylacyjne z blachy stalowej, kołowe, typ S (SPIRO) o obw. do 630 mm zamiast przewodów typu WFR fi 630 zgodnie ze Zmianą treści Siwz zamieszczoną w dniu 13.10.2009 - pkt.I ppkt.1.

2.4. W poz. 237b przyjęto: reduktor ciśnienia typ D06F Dn 32 mm zamiast reduktora ciśnienia typ 315 SYR Dn 40 mm + man. do 10 bar zgodnie z Odpowiedziami na zapytania zamieszczonymi w dniu 13 10.09 - pkt. Ad. 32 oraz z zgodnie z Odpowiedziami na zapytania zamieszczonymi w dniu 14.10.09 - pkt. Ad.2.

2.5. W poz. 290 przyjęto: separator MAKO-B-20 zintegrowany z osadnikiem i by-pasem firmy NAVO-TECH przepływ, nomin. 20 l/s, max. 100 l/s V=2100l zamiast separatora MAK--8/40-1,6 (przepływ, nomin. 8 l/s, max. 40 l/s) zintegrowany z osadnikiem i by-pasem firmy NAVO-TECH zgodnie ze Zmianą treści Siwz zamieszczoną w dniu 13.10.2009 pkt. I ppkt. 1.

Protestujący podniósł, że w przekazanej wykonawcom dokumentacji technicznej (zmienianej następnie w wyniku udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców) zamawiający wyraźnie wskazał, jakie materiały mają być użyte do wykonania przedmiotowego zamówienia. Nie może być zatem wątpliwości, że w przypadku omyłkowego zaoferowania przez protestującego materiałów innych niż wymagane zamawiający powinien poprawić istniejące w ofercie protestującego omyłki i przyjąć, że określone w ofercie protestującego materiały należy zamienić na materiały wymagane zgodnie z treścią SIWZ. Intencją protestującego było złożenie oferty w pełni zgodnej z treścią specyfikacji - w tym także w zakresie rodzaju wszystkich materiałów wymaganych przez zamawiającego do wykonania zamówienia. Omyłka w opisie sześciu pozycji kosztorysowych nie była wynikiem świadomego działania protestującego, lecz dużego pośpiechu przy uwzględnianiu kolejnych zmian specyfikacji, wprowadzanych przez zamawiającego tuż przed upływem terminu składania ofert. Należy bowiem podkreślić, że zamawiający na przestrzeni kilkunastu dni siedmiokrotnie udzielał odpowiedzi na zapytania, czterokrotnie przedłużając końcowy termin składania ofert. Ostatnie zmiany treści specyfikacji zostały wykonawcom przekazane na dwa dni przed upływem terminu składania ofert (14 października 2009 r.), a praktycznie na jeden dzień przed tym terminem, biorąc pod uwagę, że termin składania ofert upływał 16 października 2009 r. o godz. 10.00, a oferty należało złożyć w formie pisemnej w siedzibie zamawiającego, co oznaczało konieczność ich wcześniejszego przygotowania, podpisania i przewiezienia przed wyznaczonym terminem do siedziby zamawiającego.

Odnosząc się do drugiego z określonych warunków uznania niezgodności treści oferty za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, protestujący pokreślił, że omyłki w jego ofercie mają charakter nieistotny. Ofertę protestującego odrzucono powołując się na niezgodność zaledwie 6 spośród ok. 900 pozycji kosztorysowych ze zmienionymi postanowieniami specyfikacji, co stanowi około 0,6 % wszystkich pozycji kosztorysowych w

ofercie protestującego. W konsekwencji należy przyjąć, że poprawienie omyłek nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Pismem dnia 23 listopada 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że popełnione omyłki są istotne dla zamówienia, a ich poprawienie wymagałoby negocjacji między zamawiającym a wykonawcą w sprawie ceny, co według art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Ponadto poprawienie omyłek spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty. Różnice polegają na zastosowaniu innych materiałów i urządzeń i wskazują na złożenie oferty o treści odmiennej od obowiązującej w dacie składania ofert treści Siwz. Powstałej rozbieżności nie można przypisać charakteru omyłki, ponieważ nie każda niezgodność treści oferty z treścią Siwz może być uznana za efekt omyłki. W przedmiotowej sprawie protestujący, nie zachowując należytej staranności w profesjonalnym obrocie, zaniechał uwzględnienia zmian Siwz przy składaniu oferty. Zaoferowanie innych materiałów i urządzeń niż wymagane przez zamawiającego, stanowi niezgodność treści oferty w stosunku do wymagań Siwz. Doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią Siwz wymaga poprawienia zarówno nazwy i charakterystyki urządzeń i materiałów, jak i podania właściwej, oferowanej przez protestującego ceny tych urządzeń i materiałów. Dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust, 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższą argumentację potwierdza dodatkowo fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidziane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny. Tym samym, wobec braku podstaw zastosowania art, 87 ust, 2 pkt 3 Pzp, oferta została zasadnie odrzucona na podstawie art, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 27 listopada 2009 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DEEL Dorota Dobrzyńska, Przedsiębiorstwo Budowlane Cygoń Piotr Cygoń, 43-300 Bielsko-Biała, ul. Partyzantów 44 w placówce pocztowej operatora publicznego złożyli odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W proteście podtrzymali zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na

podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego się uniemożliwia mu bowiem ewentualne uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Bezspornym w przedmiotowym postępowaniu jest fakt, że odwołujący się w sześciu pozycjach kosztorysu zaoferował urządzenia, które były ujęte w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie te, których zamawiający wymagał w wyniku modyfikacji SIWZ. Urządzenia zaoferowane przez odwołującego się odznaczały się innymi parametrami i cechami technicznymi niż te, których oczekiwał zamawiający. Faktowi temu odwołujący nie zaprzeczył podnosząc, iż omyłkowo nie uwzględnił w swej ofercie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia albowiem zmiany te wprowadzane były przez zamawiającego w sposób szybki, uniemożliwiający uwzględnienie wszystkich dokonywanych modyfikacji.

W ocenie Izby zaistniałe omyłki nie są omyłkami, które mogą być poprawione przez zamawiającego w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Są to co prawda omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże ich poprawienie spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty. Podkreślić należy, iż urządzenia zaoferowane przez odwołującego się stanowiły elementy składające się na przedmiot zamówienia, tj. stanowiły o tym, w jaki sposób wykonawca miałby wykonać zobowiązanie.

Zdaniem Izby wskazanie urządzeń, jakie wykonawca obowiązuje się zastosować przy wykonywaniu zamówienia ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. W tej sytuacji wprowadzenie jakichkolwiek poprawek w tej części oferty zawsze będzie powodowało istotną zmianę jej treści, a to ze względu na to, że zmiany dotyczyć będą *essentialia negotii* oferty. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż zmiany te dotyczą tylko sześciu elementów kosztorysu. Tym samym, wobec braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Argumentacja odwołującego, że popełnione przez niego omyłki spowodowane były ilością i szybkością wprowadzanych modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w uzasadnionych przypadkach z zachowaniem procedur przewidzianych w art. 38 ust. 4 i nast. ustawy Pzp. Jeżeli odwołujący się kwestionował zasadność lub sposób wprowadzania takowych zmian uprawniony był do wniesienia środków ochrony prawnej na te czynności zamawiającego. W niniejszym postępowaniu środki takie nie zostały wniesione.

Wobec nie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego przy wprowadzaniu zmian do SIWZ stwierdzić należy, iż wykonawcy winni byli zapoznawać się z

tymi zmianami i uwzględnić je w składanych ofertach. Zaniechania odwołującego się w tym zakresie skutkują negatywnie wyłącznie dla niego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. a, ust. 4 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....