

Sygn. akt: KIO 1841/10

WYROK
z dnia 8 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 25 sierpnia 2010 r. wniesionego przez wykonawcę **Zakład Remontowo-Budowlany „Junior”, 41-709 Ruda Śląska, ul. Szarotek 4/2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Prezydenta Miasta Będzina, 42-500 Będzin, ul. 11 Listopada 20**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty odwołującego a także nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Prezydenta Miasta Będzina, 42-500 Będzin, ul. 11 Listopada 20**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę Zakład Remontowo-Budowlany „Junior”, 41-709 Ruda Śląska, ul. Szarotek 4/2, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Prezydenta Miasta Będzina, 42-500 Będzin, ul. 11 Listopada 20** na rzecz wykonawcy **Zakład Remontowo-Budowlany „Junior”, 41-709 Ruda Śląska, ul. Szarotek 4/2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Będzin, ul. 11 Listopada 20, 42-500 Będzin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **»Trasa rowerowa nr 1 w Będzinie od granicy miasta Dąbrowa Górnicza – wały przeciwpowodziowe wzdłuż rzeki Czarna Przemsza do centrum miasta Będzina – punkt informacyjny przy kortach (ul. Zawodzie) realizowana w ramach projektu subregionalnego „Rozwój infrastruktury aktywnych form turystyki i rekreacji na terenie gmin Będzin, Siewierz, Sławków i Dąbrowa Górnicza – Centrum Sportów Letnich i Wodnych POGORIA – Etap I” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007 – 2013«**. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami 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 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 223, poz. 1778, a po opublikowaniu tekstu jednolitego – Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

18.06.2010 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 174068.

12.08.2010 r. zamawiający wystosował do wykonawców informacje o poprawieniu różnych omyłek i prośby o wyjaśnienie ofert.

20.08.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy „Wadrox” SA ul. Bór 180, 42-200 Częstochowa
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Zakład Remontowo-Budowlany Junior, Adam Janus, ul. Szarotek 4/2, 41-803 Zabrze, że względu na brak ustosunkowania się do informacji o poprawieniu oczywistej omyłki w ciągu 3 dni (art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, akceptacja nie była podpisana przez osobę upoważnioną).

25.08.2010 r. wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany Junior, Adam Janus, ul. Szarotek 4/2, 41-709 Ruda Śląska wniósł do Prezesa KIO odwołanie na (1) odrzucenie oferty odwołującego niezgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz na (2) wybór oferty innego wykonawcy i (3) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak w trakcie rozprawy odwołujący poparł tylko zarzut pierwszy (1) i nie poparł dwóch ostatnich zarzutów (2 i 3).

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7 przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, braku zawiadomienia zamawiającego o nie wyrażeniu zgody na poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp przez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o dokonania wyboru oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podaje, że odwołujący nie zgodził się na poprawienie omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający pismem z 12.08.2010 r. poinformował odwołującego o dokonaniu poprawy omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający zamieścił prośbę o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia z jednoczesnym stwierdzeniem, że cyt. „brak zgody skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp”. Na tak sformułowane pismo odwołujący udzielił odpowiedzi 16.08.2010 r. (trzeci dzień 15.08.2010 r. mijał w niedzielę) w której wyraził zgodę na poprawienie wskazanych przez zamawiającego omyłek.

Dlatego niezrozumiała jest dla odwołującego decyzja zamawiającego zawarta w piśmie z 20.08.2010 r. dotycząca odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający dokonał błędnej oceny stanu faktycznego, gdyż jako uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego podaje, że w „wyznaczonym terminie nie ustosunkował się do treści niniejszego zawiadomienia i tym samym nie wyraził zgody na poprawę omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ”.

Stan faktyczny jest taki, że trzeci dzień na udzielenie odpowiedzi na pismo z dnia 12.08.2010 r. mijał 15.08.2010 r. jednakże tym dniem była niedziela. W takim przypadku jeżeli ostatni dzień wyznaczonego terminu na udzielenie odpowiedzi przypada na dzień ustawowo wolny od pracy to automatycznie termin upływa w czwarty dzień (16.08.2010 r. poniedziałek). Odwołujący właśnie w tym dniu wyraził zgodę na poprawienia omyłek.

Wyrażenie zgody przez odwołującego na poprawienie omyłek nastąpiło w wyznaczonym terminie.

Bezpodstawne jest również twierdzenie zamawiającego, że brak ustosunkowania się do treści zawiadomienia jest tożsame z niewyrażeniem zgody na poprawę omyłek. Jeżeli nawet przyjąć brak odpowiedzi na wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłek to ten

brak nie może stanowić domniemania o braku wyrażeniu zgody na tę czynność zamawiającego. Przepis art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp nie nakłada na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na dokonane poprawki, a przepisy nie przewidują odrzucenia oferty w przypadku milczenia wykonawcy.

Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp jednoznacznie wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dlatego należy stwierdzić, że przepis ten dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki natomiast nie dotyczy wyrażenia zgody w tym zakresie.

Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które w wyroku z 7 września 2009 r. KIO/UZP 1094/09 wskazuje, że „Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp skład orzekający uznaje za uzasadniony. Jak ustalono, w toku prowadzonego postępowania zamawiający zawiadomił odwołującego o poprawieniu omyłek polegających na niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Wobec braku oświadczenia wykonawcy o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki zamawiający stwierdził, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. W ocenie Izby w przedstawionym stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Przepisy ustawy nie wskazują, czy wykonawca ma w takiej sytuacji podjąć jakiegokolwiek działania, w szczególności, czy ma złożyć odrębne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonaną poprawkę. Czynność poprawienia omyłki jest skuteczna, w ocenie Izby, z chwilą zawiadomienia o niej wykonawcy, zaś wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki w terminie wskazanym w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Natomiast z przepisu nie wynika, by samo przyjęcie zawiadomienia bez oświadczenia o wyrażeniu zgody, miało skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jedynie w razie złożenia sprzeciwu oferta jest odrzucana”.

Postępowanie przeprowadzone przez zamawiającego było dotknięte wadami, o których mowa w piśmie, stąd wskazane w odwołaniu czynności winny zostać uchylone i powtórzone.

Zamawiający przy ocenie oferty, czy doszło do naruszenia przepisów przez odwołującego powinien się kierować wagą uchybienia oraz tym czy uchybienie mogło mieć wpływ na ocenę zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów wynikających ze specyfikacji. Zamawiający swoim działaniem nie dołożył należytej staranności przy wyborze oferty najkorzystniejszej, co było następstwem wyboru oferty droższej o ponad 82.000,00 złotych od oferty odwołującego.

Odwołujący spełnia wszystkie warunki zamawiającego, w tym również wyraził zgodę na poprawienie przez zamawiającego omyłek, co jednocześnie powoduje, że oferta odwołującego Zakład Remontowo-Budowlany JUNIOR nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych może pozbawić odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż oferta odwołującego jest ofertą najtańszą i najkorzystniejszą a tym samym na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp interes odwołującego może doznać uszczerbku.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem argumentów odwołania i dokonania wyboru oferty odwołującego.

24.08.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

24.08.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

30.08.2010 r. wykonawca „Wadrox” SA ul. Bór 180, 42-200 Częstochowa złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut odrzucenie oferty odwołującego niezgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp – zasługuje na uwzględnienie.

12.08.2010 r. zamawiający wystosował do odwołującego informację o poprawieniu omyłki pisarskiej, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W zakończeniu tego pisma zamawiający zawarł prośbę o wyrażenie zgody na poprawę tych omyłek pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę, treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, który stanowi cyt. „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp ...]”. Z przepisu tego wynika, że ma uprawnienie do niegodzenia się na poprawę omyłki, natomiast przepis nie nakłada na wykonawcę obowiązku aktywnego wyrażenia zgody na poprawę omyłki. Również przepis ten, ani żaden inny przepis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie daje zamawiającemu uprawnienia do zmiany rozpoznawanego unormowania art. 89 ust. 1 pkt 7 i nałożenia na wykonawcę obowiązku wyrażenia zgody na poprawienie omyłek.

Dlatego zamawiający nie mógł nałożyć na wykonawcę obowiązku wyrażenia zgody na poprawę omyłki, wbrew unormowaniu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, które daje uprawnienie wykonawcy do aktywnego wyrażenia woli o nie zgodzeniu się na poprawienie jakiejś omyłki.

Podobnie stanowi wyrok KIO z 25 marca 2009 r., sygn. akt 293/09 i 294/09, cyt.: »Powyższe jednakże pozostaje bez znaczenia z uwagi na treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, który stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3*. Istotnym aspektem koniecznym do rozstrzygnięcia stawianego zarzutu jest stwierdzenie, czy wykonawca musi wyrażać zgodę na poprawienie omyłki. Zdaniem Izby w zakresie pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp takiej zgody wyrażać nie trzeba. Z zawiadomieniem wykonawcy o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty ustawa wiąże istotne skutki prawne. Wynikają one z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Stosownie do tego przepisu wykonawca może, w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, oświadczyć zamawiającemu, że nie wyraża zgody na poprawienie ww. omyłki, co powoduje bezskuteczność tej czynności zamawiającego. Tak więc, zdaniem Izby wykonawca, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie wniósł sprzeciwu – nie zgodził się na poprawienie omyłki, uznaje – w sposób dorozumiany wyraża zgodę – na poprawienie omyłek wskazanych przez zamawiającego«.

Z przytoczonych wyżej powodów zarzut odwołującego odrzucenia oferty odwołującego niezgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp jest popierany przez skład orzekający Izby.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez nałożenie na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na poprawę omyłek i odrzucenie oferty wykonawcy, który został uznany, że nie złożył takiego oświadczenia w terminie.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....