

Sygn. akt: KIO 60/12

WYROK
z dnia 20 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 stycznia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo BUDO-LAND Zygmunt Antoni Guzik, Piotr Krupiński, Elżbieta Perkowska Spółka Jawna, ul. Śmiecińska 9, 06-400 Ciechanów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Szelków, Stary Szelków 39, 06-220 Szelków**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo BUDO-LAND Zygmunt Antoni Guzik, Piotr Krupiński, Elżbieta Perkowska Spółka Jawna, ul. Śmiecińska 9, 06-400 Ciechanów** i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000** zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo BUDO-LAND Zygmunt Antoni Guzik, Piotr Krupiński, Elżbieta Perkowska Spółka Jawna, ul. Śmiecińska 9, 06-400 Ciechanów**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 60/12

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

Zamawiający Gmina Szelków, Stary Szelków, 06-220 Szelków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa hali sportowej z pomieszczeniami towarzyszącymi, łącznikiem i pomieszczeniami przedszkolnymi w miejscowości Stary Szelków«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **14.11.2011 r.** poz. **376370**.

Zamawiający zawiadomił **04.01.2012 r.**

- 1) o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy BUDO-LAND Ciechanów, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i pkt 15 ust. 4 specyfikacji.

Wykonawca_BUDO-LAND Zygmunt Antoni Guzik, Piotr Krupiński, Elżbieta Perkowska Spółka Jawna, ul. Śmiecińska 9, 06-400 Ciechanów, zgodnie z art. 182 **ust. 1 pkt 2** Pzp, wniósł **09.01.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w sytuacji, gdy omyłka dotyczyła ilości lub krotności, oraz zawiadomienia odwołującego o tym fakcie;
- 2) bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego;
- 3) bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu:

- 1) dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonania czynności poprawienia omyłek w ofercie odwołującego z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i zawiadomienia odwołującego o tym fakcie;
- 4) dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, zamawiający 4 stycznia 2012 r. poinformował, że m.in. treść oferty odwołującego zawiera błędy w stosunku do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacji bez bliższego określenia) niepodlegające poprawieniu w trybie art. 87 Pzp.

Zamawiający wyliczył w zawiadomieniu błędy w złożonej przez odwołującego ofercie, wyszczególniając je oznaczeniami liczbowymi pozycji w kosztorysach poszczególnych branż. Zamawiający nie wskazał precyzyjnie czego poszczególne błędy dotyczą.

Odwołujący samodzielnie dokonał analizy poszczególnych wskazanych w zawiadomieniu błędów w kosztorysach przez porównanie kosztorysów z przedmiarami załączonymi do specyfikacji.

Zamawiający w pkt 15.4 specyfikacji wskazał, że „Wykonawca w kosztorysach ofertowych nie może pominąć jakiegokolwiek elementu. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów robót. Wszystkie błędy ujawnione w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót, wykonawca winien zgłosić zamawiającemu przed terminem składania ofert”. Postanowienia tego punktu specyfikacji nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący nie pominął żadnego elementu w kosztorysach, nie dokonał zmian w przedmiarach, nie ujawnił błędów w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót, które musiałby zgłosić zamawiającemu. Odwołujący złożył ofertę zawierającą kosztorysy sporządzone w oparciu o przedmiary robót poszczególnych branż, z tym że nie uchronił się od popełnienia omyłek. Bezspornym jest, że wolą odwołującego było złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją, co odwołujący potwierdził w oświadczeniach zawartych w formularzu ofertowym w pkt 1, 5 i 7 formularza. Odwołujący złożył podpis pod tymi oświadczeniami.

Podczas sporządzania kosztorysu ofertowego pracownik odwołującego popełnił błędy. Zamawiający nie przekazał wykonawcom edytowalnej formy przedmiarów. Kosztorysanci musieli przepisywać treści z przedmiarów do komputerowych programów kosztorysowych. Treści niektórych pozycji przedmiarowych były długie, istniało duże prawdopodobieństwo popełnienia omyłek. To, jak dużą trudność sprawiło przepisywanie treści przedmiarów do komputerów świadczy fakt, że na 16 wykonawców, którzy złożyli oferty, ani jeden nie przepisał przedmiarów poprawnie. Wszystkie oferty zawierały błędy w kosztorysach. Wszystkie oferty z powodu niezgodności kosztorysów z przedmiarami zostały odrzucone, a postępowanie unieważnione. Nie można założyć, że wszyscy wykonawcy zamierzali złożyć oferty o treści niezgodnej ze specyfikacją.

Generalną prawidłowością jest to, że tam gdzie popełniono omyłkę w opisie pozycji kosztorysowej, poprawna jest podstawa wyceny pozwalająca stwierdzić rzeczywistą wolę odwołującego ujęcia pozycji kosztorysowej zgodnej z przedmiarem. Tam gdzie omyłkę popełniono w ilości, poprawne są wszystkie pozostałe treści pozycji. Podobnie jest, gdy omyłka dotyczy krotności, czy jednostki miary. Omyłki popełnione przez odwołującego nie wywołały istotnych zmian w treści oferty.

Ze specyfiki popełnionych omyłek jasno widać, że zamawiający mógł bez problemu samodzielnie, bez potrzeby negocjacji z odwołującym, dokonać poprawek w ofercie dostosowując treść oferty do treści specyfikacji. Pewność co do rzeczywistej woli odwołującego, zamawiający powzięłby ostatecznie po 3 dniach od doręczenia odwołującemu zawiadomienia o dokonanych poprawkach.

Odwołujący oświadcza, że wyraża zgodę na dokonanie poprawek omyłek w treści jego oferty zmierzających do dostosowania jej z treścią specyfikacji.

Niektóre numery pozycji w kosztorysach nie odpowiadają tym samym pozycjom w pierwotnych przedmiarach robót. Jest tak na skutek wyjaśnień zamawiającego, ponieważ niektóre pozycje przedmiarów robót zostały usunięte, a inne dodane.

Analiza poszczególnych omyłek w treści oferty odwołującego w układzie i kolejności zgodnej z zawiadomieniem Zamawiającego:

WYKAZ BŁĘDÓW W ZŁOŻONEJ OFERCIE:

I. Branża budowlana – hala:

poz. 9 kosztorysu i poz. 9 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;

poz. 145 kosztorysu i 145 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;

poz. 148 kosztorysu i 148 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;

poz. 62 kosztorysu i 62 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;

poz. 194 kosztorysu i 187 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu i ilości;

poz. 208 kosztorysu i 214 przedmiaru – omyłka dotyczy jednostki;

poz. 216 kosztorysu i 222 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;

poz. 234 kosztorysu i 240 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 242 kosztorysu i 248 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 244 kosztorysu i 250 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu.

II. Branża budowlana -przedszkole:

poz. 38 kosztorysu i poz. 38 przedmiaru – omyłka dotyczy krotności;
poz. 142 kosztorysu i poz. 142 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu.

III. Branża drogowa:

poz. 2 kosztorysu i poz. 2 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 3 kosztorysu i poz. 3 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 6 kosztorysu i poz. 6 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 7 kosztorysu i poz. 7 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 11 kosztorysu i poz. 11 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 13 kosztorysu i poz. 13 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 17 kosztorysu i poz. 17 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 18 kosztorysu i poz. 18 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu.

IV. Branża elektryczna – hala:

poz. 49 kosztorysu i poz. 49 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu.

V. Branża elektryczna -przedszkole:

poz. 5 kosztorysu i 5 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 6 kosztorysu i poz. 6 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 7 kosztorysu i poz. 7 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 8 kosztorysu i poz. 8 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 9 kosztorysu i poz. 9 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 10 kosztorysu i poz. 10 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 25 kosztorysu i poz. 25 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 28 kosztorysu i poz. 28 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu.

VI. Branża sanitarna – hala:

poz. 45 kosztorysu i poz. 45 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 73 kosztorysu i poz. 73 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 105 kosztorysu i poz. 105 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;
poz. 144 kosztorysu i poz. 144 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu.

VII. Branża sanitarna – przedszkole:

poz. 59 kosztorysu i poz. 59 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu;

poz. 66 kosztorysu i poz. 66 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu.

Kosztorysy ofertowe mają służyć przede wszystkim wyliczeniu ceny oferty, a w późniejszym okresie rozliczeniu zamówienia. Kosztorysy nie stanowią podstawy opisu przedmiotu zamówienia i nie określają zakresu robót, jaki wykonawca musi wykonać. O powyższym świadczy chociażby ostatnie zdanie punktu 2 specyfikacji, które brzmi, że „Roboty budowlane objęte zamówieniem należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót”.

W świetle znaczenia tego postanowienia specyfikacji i możliwości dokonania przez zamawiającego samodzielnych poprawek omyłek, należy także oceniać nieistotność omyłek popełnionych przez odwołującego.

Na nieistotność omyłek wskazuje także fakt, że uwzględnienie konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wpłynie na kolejność cen w ofertach złożonych w postępowaniu.

Zamawiający uznał, że odwołujący nie powinien uzyskać przedmiotowego zamówienia publicznego, i wskazał **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz pkt 15.4 specyfikacji**, jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego. Jest to uznanie bezpodstawne. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, bez dokonania poprawek wyżej przedstawionych omyłek, naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**. Zamawiający naruszył także **art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 Pzp**, bowiem unieważnił postępowanie, w sytuacji, gdy przynajmniej oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **09.01.2011 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **11 i 12.01.2012 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **18.01.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

1. Odwołujący nie przesłał w terminie 9 stycznia 2012 r. do 16:00 odwołania zamawiającemu.

2. Omyłki w ofercie odwołującego powodowały istotne zmiany w treści oferty, dlatego nie podlegały poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.
3. W pkt 15.4 specyfikacji zamawiający zastrzegł, że wykonawca nie może pominąć w kosztorysach jakiegokolwiek elementu ani wprowadzać zmian do przedmiarów robót.
4. Zamawiający dysponował przedmiarami w formacie PDF.
5. Odwołujący nie wskazuje przedmiarów robót, jako elementów wyznaczających zakres robót, a to zastrzegł zamawiający w pkt 2 specyfikacji.
6. Wszystkie zmiany wprowadzone w kosztorysach skutkowałyby niemożliwością wygezekwowania od wykonawcy właściwie wykonanych robót oraz ich zakresu, gdyż kosztorysy ofertowe mają stanowić integralną część umowy.

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 nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w sytuacji, gdy omyłka dotyczyła ilości lub krotności – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przekazał przedmiary robót w załączniku do specyfikacji. Jednak były one sporządzone w formacie nieedytowalnym i dlatego wykonawcy musieli – zdaniem odwołującego – samodzielnie, ręcznie przepisywać te dokumenty, aby następnie sporządzić na ich podstawie kosztorysy ofertowe. Przepisywanie treści przedmiarów do komputerów sprawiło wykonawcom dużą trudność, o czym świadczy fakt, że na 16 wykonawców, którzy złożyli oferty, ani jeden nie przepisał przedmiarów poprawnie.

Zamawiający zawiadomił 4 stycznia 2012 r., w o unieważnieniu postępowania. Ponadto zamawiający stwierdził, że m.in. treść oferty odwołującego zawiera błędy w stosunku do treści specyfikacji niepodlegające poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający ogólnie wskazał wszystkie błędy w złożonej przez odwołującego ofercie.

Odwołujący, po samodzielnej analizie każdego błędu wskazanego przez zamawiającego twierdzi, że nie pominął żadnego elementu w kosztorysach, nie dokonał zmian w przedmiarach, nie ujawnił błędów w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót, które musiałby zgłosić zamawiającemu.

Odwołujący złożył ofertę zawierającą kosztorysy sporządzone w oparciu o przedmiary robót poszczególnych branż, z tym że odwołujący nie uchronił się od popełnienia omyłek. Jednak wolą odwołującego było złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją, co odwołujący potwierdził w oświadczeniach zawartych w formularzu ofertowym w pkt 1, 5 i 7 formularza.

Zdaniem odwołującego poprawa omyłek nie wywołałaby istotnych zmian w treści oferty, dlatego – zdaniem odwołującego – zamawiający powinien zastosować się do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawić wszystkie z wykazanych błędów. W dalszej części odwołania odwołujący stwierdził, że w przypadku wątpliwości, zamawiający uzyskałby pewność co do rzeczywistej woli odwołującego, po 3 dniach od doręczenia odwołującemu zawiadomienia o dokonanych poprawkach, a już w odwołaniu odwołujący oświadczył, że wyraża zgodę na dokonanie poprawek omyłek w treści jego oferty zmierzających do dostosowania treści z treścią specyfikacji.

Skład orzekający Izby stwierdza, że to na zamawiającym spoczywa ciężar podjęcia decyzji w sprawie zakwalifikowania czy w każdym przypadku może uznać, że ma do czynienia z omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 Pzp. Szczególnie ustawodawca nie ustanowił procedury nakazującej zamawiającemu uznanie za inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Jednak wykształciło się orzecznictwo, z którego wynika, że zamawiający jest zobligowany uznać za omyłki i dokonać ich poprawy zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeżeli to wynika z treści całej oferty, a nie wynika tylko z późniejszych oświadczeń czy zapewnień, że wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia zgodzi się na poprawienie omyłek.

Podobnie wyrok KIO z 23 marca 2011 r. (sygn. akt 522/11) cyt. „Norma zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter nieostrej i oceny. [...] Poprawienia oferty zamawiający jest zobowiązany dokonać w szczególności wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę”.

W przypadku nieuznania przez zamawiającego wadliwych elementów oferty za inne omyłki, określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ciężar dowiedzenia, że jednak wadliwe elementy

oferty należy poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, spoczywa na odwołującym i odwołujący musi wykazać w sposób niepodlegający wątpliwościom, najlepiej ze wskazaniem odpowiednich miejsc w ofercie, że wykazane błędy należy traktować jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją i ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie wykazał w każdym przypadku na jakiej podstawie zamawiający miałby obowiązek poprawienia wykazanych błędów jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją i że ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący stwierdził tylko czego dotyczy omyłka (np. „poz. 194 kosztorysu i 187 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu i ilości; [...] poz. 208 kosztorysu i 214 przedmiaru – omyłka dotyczy jednostki; [...] poz. 216 kosztorysu i 222 przedmiaru – omyłka dotyczy opisu; [...] poz. 38 kosztorysu i poz. 38 przedmiaru – omyłka dotyczy krotności), ale nigdzie odwołujący nie wykazał dlaczego daną omyłkę należy poprawić i w jaki sposób. Odwołujący jedynie stwierdził, że cyt. „Pewność co do rzeczywistej woli odwołującego, zamawiający powzięły ostatecznie po 3 dniach od doręczenia odwołującemu zawiadomienia o dokonanych poprawkach. Już dzisiaj odwołujący oświadcza, że wyraża zgodę na dokonanie poprawek omyłek w treści jego oferty zmierzających do dostosowania jej z treścią specyfikacji”.

W związku z brakiem wykazania, że zamawiający powinien uznać błędy w kosztorysach ofertowych jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją, które to poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, skład orzekający Izby nie może uznać zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp za możliwy do uwzględnienia.

Wobec konieczności odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego, skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu drugiego – bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego i zarzutu trzeciego – bezpodstawnego unieważnienia postępowania.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....