

**WYROK**

**z dnia 15 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2013 r. przez wykonawcę **P.P.U.T.H. A. i Syn s.c. A. Waldemar, A. Krzysztof, ul. Furmana 15, 41-300 Dąbrowa Górnicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Kościuszki 140, 42-500 Będzin**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Kościuszki 140, 42-500 Będzin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **P.P.U.T.H. A. i Syn s.c. A. Waldemar, A. Krzysztof, ul. Furmana 15, 41-300 Dąbrowa Górnicza** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Kościuszki 140, 42-500 Będzin** na rzecz **P.P.U.T.H. A. i Syn S.c. A. Waldemar, A. Krzysztof, ul. Furmana 15, 41-300 Dąbrowa Górnicza** kwotę **13 912 zł 42 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dwanaście złotych i czterdzieści dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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:** .....

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

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Będzinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej na terenie dzielnicy Grodziec, umożliwiającej przekierowanie ścieków sanitarnych z całej dzielnicy na oczyszczalnię ścieków w Będzinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 sierpnia 2013 roku pod numerem 330626.

W dniu 1 października 2013 roku odwołujący – P.P.U.T.H. A. i Syn s.c., A. Waldemar, A. Krzysztof wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- art. 87 ust. 1 ustawy PZP, poprzez jego niezastosowanie, co spowodowało dokonanie oceny oferty odwołującego z naruszeniem prawa, którego można było uniknąć zwracając się do odwołującego o stosowne wyjaśnienia,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, mimo zaistnienia podstaw do poprawienia przez zamawiającego w ofercie odwołującego innych omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty, a następnie odrzucenie jego oferty, mimo iż złożenie w postępowaniu oferty podlegającej w ocenie zamawiającego odrzuceniu stanowi okoliczność, która zwalnia zamawiającego z wezwania do uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

oraz zobowiązanie do zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu swojej oferty, która zdaniem zamawiającego z uwagi na to, że zawiera wycenę budowy komory KSz, jest w tym zakresie niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W ocenie odwołującego wada ta winna zostać przez zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako nieistotna, odwołujący dokonał wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych. Po otrzymaniu wyjaśnienia zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2013 r. (dzień przed upływem terminu składania ofert) zgodnie z którym budowa komory rewizyjnej KSz nie jest objęta zamówieniem i nie podlega wycenie w przedmiarze robót, odwołujący omyłkowo nie wprowadził korekty do kosztorysu ofertowego, jednak jego oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego i taka w jego zamiarze miała być. Odstępstwo od wymagań jest niezamierzone i omyłkowe.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

W dniu 26 września 2013 roku zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty odwołującego.

W pkt 3.2 siwz fragment „Uwaga” zamawiający podał, że zamówieniem nie jest objęta m.in. budowa komory rewizyjnej KSz. W pkt 11.5 wskazał, że do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy, sporządzony na podstawie przedmiaru robót, obejmujący wszystkie pozycje wymienione w przedmiarze. Jednocześnie w przedmiarze robót sporządzonym przez zamawiającego pozostawiono wykaz pozycji związanych z budową komory rewizyjnej.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2013 roku na pytanie jednego z wykonawców, zamawiający wyjaśnił, że budowa komory rewizyjnej KSz nie jest objęta zamówieniem i nie podlega wycenie w przedmiarze robót. W ofercie odwołującego na stronie 21 kosztorysu ofertowego znajduje się pozycja dotycząca budowy komory rewizyjnej, wyceniona na kwotę 33 834, 02 zł. Oferta odwołującego opiewa na kwotę 15 556 004,11 zł.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalne do rozpoznania odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do złożenia odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Okoliczności faktyczne sprawy są między stronami bezsporne.

Izba stwierdziła, że zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego naruszył przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający był bowiem zobowiązany do dokonania poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z siwz i wymaganiami zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. Sygn. akt XII Ga 429/09). Z uzasadnienia do projektu zmiany ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 223, poz. 1778) wynika, że wprowadzając przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamiarem ustawodawcy było umożliwienie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnym wadami. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią siwz, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W rozpatrywanym przez Izbę stanie faktycznym mamy niewątpliwie do czynienia z omyłką polegającą na uwzględnieniu przez odwołującego w cenie oferty pozycji kosztorysowej dotyczącej budowy komory rewizyjnej KSz, która w istocie, zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2013 roku nie została objęta przedmiotem zamówienia i nie powinna zostać wyceniona. Omyłka tego rodzaju jest wynikiem niezamierzonego, niecelowego błędu wykonawcy i jest ona poniekąd efektem sprzecznych informacji zamieszczonych w treści samej dokumentacji przetargowej przygotowanej przez zamawiającego. W pkt 3.2. fragment „Uwaga” zamawiający wskazał, że zamówieniem nie jest objęta budowa komory rewizyjnej, jednocześnie pozostawiając w przedmiarach robót wykaz prac związanych z budową komory. Powyższa niespójność w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego została usunięta dopiero na dzień przed upływem terminu składania ofert, co niewątpliwie mogło mieć wpływ na poprawność złożonych ofert.

Omyłka ta sprowadza się w efekcie do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co oznacza, że spełniona jest pierwsza z przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ulega także wątpliwości Izby, że w sprawie została spełniona druga z przesłanek - dotycząca nieistotności dokonanych zmian w treści oferty. W tym zakresie nie zasługuje na aprobatę stanowisko zamawiającego, który twierdzi, że omyłka dotycząca zakresu przedmiotu zamówienia jest ze swej natury omyłką istotną i nie podlegającą poprawieniu. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszcza poprawienie wszelkich niezgodności treści oferty z treścią siwz, w tym także dotyczących zakresu przedmiotu zamówienia, jego ilości, które powstały na skutek niezamierzonego działania wykonawcy,

pod warunkiem, że poprawienie tych niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W ocenianym stanie faktycznym, poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty odwołującego, bowiem pominięcie pozycji dotyczącej budowy komory rewizyjnej, której wartość wynosi 33 834,02 zł stanowi znikomy procent całkowitej ceny oferty wynoszącej 15 556 004, 11 zł. Pomniejszenie wartości oferty o pozycje dotyczące budowy komory rewizyjnej nie wpłynie na ranking ofert w jedynym kryterium jakim jest cena (oferta odwołującego pozostaje nadal ofertą najkorzystniejszą). Ponadto poprawienie tej omyłki jest na tyle oczywiste, że nie wymaga ingerencji ze strony wykonawcy, jest tym bardziej proste że przewidziane w tym zamówieniu wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Istotne w sprawie jest także to, że odwołujący zaoferował i wycenił pełny zakres przedmiotu zamówienia.

Z powyższych względów Izba uznała za konieczne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie czynności oceny i badania ofert oraz poprawienie w ofercie odwołującego omyłki w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowoduje obniżenie ceny oferty odwołującego o wartość zbędnie wycenionych pozycji dotyczących budowy komory rewizyjnej KSz wynoszącą 33 834,02 zł.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie w wysokości 312,42 zł, na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

**Przewodniczący:** .....