

WYROK
z dnia 27 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Jacek Sztolcman prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman i Janusz Sowa prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix Janusz Sowa, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, 40-609 Katowice, ul. Lechicka 24** protestu z dnia 2 czerwca 2008 r.,

orzeka:

1 Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Jacek Sztolcman prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman i Janusz Sowa prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix Janusz Sowa, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr. (słownie: Cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Jacek Sztolcman prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman i Janusz Sowa prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix Janusz Sowa, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie:XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Jacek Sztolcman prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Mega Bruk Usługi w zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman i Janusz Sowa prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Larix Janusz Sowa, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przebudowa na rondo skrzyżowania drogi wojewódzkiej nr 905 ul. Poznańska z drogą wojewódzką nr 907 ul. Częstochowska w miejscowości Boronów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 kwietnia 2008 roku pod nr 85655-2008.

Odwołujący – Konsorcjum firm: Mega Bruk usługi w zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman oraz Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe Larix Janusz Sowa, którego Liderem upoważnionym do reprezentowania Konsorcjum jest Mega Bruk Usługi w zakresie Budownictwa Drogowego Jacek Sztolcman, pismem z dnia 1 czerwca 2008 roku, doręczonym Zamawiającemu tego samego dnia złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty.

Protest był następstwem powiadomienia Odwołującego w dniu 28 maja 2008 roku o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na błędy zamieszczone w kosztorysie ofertowym:

1. w poz. 13 „kalkulacja indywidualna – odwóz, utylizacja i składowanie materiału z rozbiórki (destrukt) w przedmiarze robót - ilość 664,49 m3, zaś Wykonawca wykazał ilość 33,10 m3 .
2. w poz. 105 „warstwa ścieralna z mieszanek mineralno-bitumicznych dodatek za dalszy 1 km przewozu 5 km w przedmiarze ilość 165,11 ton, zaś Wykonawca w tej pozycji ujął krotność 2 – natomiast Zamawiający krotności nie dopuszczał.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający podniósł, że wykazane błędy w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie podlegają poprawie w trybie art. 87 ustawy.

W proteście z dnia 1 czerwca 2008 roku Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieuzasadnione odrzucenie jego oferty a ponadto wskazał na powołanie błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty tj. art. 89 ust.2 ustawy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 27 maja 2008 roku w związku z zauważonym błędem zamieszczonym w treści kosztorysu ofertowego poinformował Zamawiającego o jego poprawie w trybie art. 84 ustawy. W ocenie Odwołującego wskazane przez Zamawiającego błędy podlegają sprostowaniu w trybie oczywistych omyłek pisarskich, a Odwołujący dokonał samodzielnie ich poprawy. Błędy te nie mają wpływu na treść złożonej oferty, bowiem nie zmieniają jej istotnych postanowień za jakie uznaje się: cenę, termin wykonania, materiały użyte do realizacji zamówień. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający winien skorzystać w tej sytuacji z trybu przewidzianego w art. 87 ustawy i dokonać wyjaśnienia treści oferty, takie działanie bowiem

pozwoliłoby na zmniejszenie kosztów wykonywanych prac i byłoby zgodne z zasadami współżycia społecznego.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpiło w dniu 4 czerwca 2008 roku konsorcjum – Przedsiębiorstwo Robót Drogowych MP RD Sp. z o.o. – jako Lider Konsorcjum, określając swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego i zgłaszając wniosek o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2008 roku protest uwzględnił w części dotyczącej podania błędnej podstawy prawnej, zaś w pozostałej części oddalił. Podtrzymując swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na błędy w złożonym kosztorysie ofertowym w poz. 13 oraz 105, Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 84 ustawy prawo do zmiany treści oferty przysługuje Wykonawcy wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Wskazane błędy w kosztorysie ofertowym nie stanowią w ocenie Zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty, a prawo do poprawy omyłek pisarskich po upływie na złożenie oferty przysługuje Zamawiającemu bez konieczności podejmowania jakichkolwiek działań ze strony

Wykonawcy. Wykonawca konstruując ofertę winien ująć wszystkie pozycje, jednostki miary, ilości zgodnie z przedmiarem i wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający nie może dokonywać korekt w złożonych kosztorysach ofertowych, bowiem stanowiłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zmiany ceny jednostkowej za roboty ujęte w poz. 13 i obniżenie ceny z 15 zł/m³ do 0,74719 zł/m³ Zamawiający poddał wątpliwość czy za taką cenę Wykonawca jest w stanie odwieźć i zutylizować 1 m³ materiałów z rozbiórki.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 16 czerwca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i wniósł o:

1. powtórzenie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. uznanie oferty Odwołującego za ważną i nie podlegającą odrzuceniu,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego,

Jednocześnie Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 16 czerwca Zamawiającemu.

4

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty Odwołującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z postępowania i który oferuje najniższą cenę spośród złożonych w postępowaniu ofert w jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest cena - posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń:

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 1.12 p.n. Sposób obliczenia ceny oferty Zamawiający określił, że kosztorys ofertowy powinien być opracowany metodą kalkulacji uproszczonej dla ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych podanych w przedmiarze robót, który stanowi załącznik nr 1.

Jednocześnie w pkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał załączenia kosztorysu ofertowego, opracowanego metodą kalkulacji uproszczonej, obejmującego wszystkie roboty niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnego z przedmiarem robót tj. załącznikiem nr 1 i Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót. W poz. 13 przedmiaru robót ujęto „kalkulacja indywidualna – odwóz, utylizacja i składowanie materiałów z rozbiórki (destrukt) w ilości 664,49 m³.

W poz. 105 przedmiaru robót ujęto „warstwa ścieralna z mieszanek mineralno-bitumicznych dodatek za dalszy 1 km przewozu ponad 5 km” w ilości 165,11 ton.

W treści oferty Odwołującego z dnia 15 maja 2008 roku wskazano w kosztorysie ofertowym w poz. 13 – ilość 33,10 m³, zaś w poz. 105 dodano sformułowanie „krotność = 2”.

W treści § 4 wzoru umowy – określono, że „Zamawiający zobowiązany jest zapłacić wynagrodzenie kosztorysowe”. Dodatkowo w § 2 ust. 2 a warunków umownych ustalono, że Wykonawca jest zobowiązany do wykonania robót ujętych w przedmiarze robót, zgodnie z projektem i ze specyfikacjami technicznymi i z zastosowaniem materiałów ujętych w kosztorysie ofertowym.

5

Zdaniem składu orzekającego Izby, należy podzielić stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, że wskazane w kosztorysie ofertowym błędy nie stanowią oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy. Przepisy art. 87 ustawy w sposób istotny ograniczają możliwość ingerencji zarówno

Wykonawcom jak i Zamawiającemu w treść złożonej przez siebie oferty, jedynie do omyłek o charakterze oczywistym. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną w tym zakresie za oczywistą omyłkę pisarską należy uznać omyłkę bezsporną, nie budzącą wątpliwości widoczną na pierwszy „rzut oka” bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych wyjaśnień. Istotne jest to, że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej nie może prowadzić do zmiany treści złożonego już oświadczenia woli.

Omyłkę należy rozpatrywać w kategorii błędu w rozumieniu art. 84 § 1 k.c., czyli mylnego oświadczenia woli składającego ofertę. Na podstawie art. 84 § 1 k.c. za działanie pod wpływem błędu należy uznać takie działanie, gdzie świadomość składającego oświadczenie woli (ofertę) jest wyłączona, a gdyby składający oświadczenie nie działał pod wpływem błędu, nie złożyłby oświadczenia tej treści (SN z dnia 19.07.1979r.IVCR227/79).

W rozpatrywanej sprawie okoliczność przewidziana w art. 84 § 1 k.c. nie zachodzi.

Zmiana ilości robót w kwestionowanej pozycji 13 kosztorysu ofertowego, gdzie zamiast 664,49 m3 podano 33,10 m3 - nie może być traktowana jako oczywista omyłka pisarska, nie można również uznać że pismem z dnia 27 maja 2008 roku Odwołujący dokonał samodzielnej poprawy omyłek zamieszczonych w treści swojej oferty. W ocenie składu orzekającego Izby, działanie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa, zaś jego intencja o poprawie rzekomych omyłek pisarskich stanowi w istocie niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty.

Ponadto skład orzekający wskazuje, że bezsporną jest okoliczność, potwierdzona przywołanymi postanowieniami umowy, że Zamawiający przewidział rozliczenie robót w oparciu o wynagrodzenie kosztorysowe.

Wynagrodzenie kosztorysowe jest wynagrodzeniem, w którym Wykonawcy zobowiązują się do wykonania robót, objętych przedmiotem zamówienia w ilościach przewidzianych i podanych przez Zamawiającego. Zamawiający decydując się na wynagrodzenie kosztorysowe opracował przedmiar robót i tym samym nie pozostawił wykonawcom możliwości dowolnej jego interpretacji i swobodnej zmiany rodzaju oraz ilości określonych w nim prac budowlanych. Zatem należy uznać, że przedmiary robót są dla wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia wiążące a Wykonawcy winni sporządzić swoje oferty ściśle według wymagań określonych przez Zamawiającego.

6

Wobec tego w odniesieniu do zastosowanej w poz. 105 kosztorysu ofertowego „krotności=2” skład orzekający uznał, że skoro Zamawiający w tej pozycji przedmiaru robót nie dopuścił zastosowanie krotności to Wykonawcy, którzy taką możliwość przewidzieli w swoich ofertach złożyli oferty niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, że każda zmiana ilości czy zastosowanie niedopuszczonych przez Zamawiającego krotności stanowi odstępstwo od przedstawionego przez Zamawiającego przedmiaru i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykonawca, składając ofertę zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w treści oferty, w ilości określonej w kosztorysie ofertowym, będącym załącznikiem do umowy. Przy czym oświadczenie woli złożone w treści oferty nie może być dowolnie zmieniane przez Wykonawców po upływie terminu na składanie ofert, bowiem godziłoby to w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych tj. zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Biorąc po uwagę powyższe, w ocenie składu orzekającego, ujęcie robót w poz. 13 w ilości mniejszej niż przewiduje to Zamawiający przy uwzględnieniu rodzaju stosowanego wynagrodzenia tj. wynagrodzenia kosztorysowego stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem za ofertę sprzeczną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać ofertę, która jest spreczna z opisanym przez Zamawiającego przedmiotem zamówienia co do ilości czy zakresu.

W odniesieniu do zarzutu poinformowania o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 13 czerwca tj. przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu skład orzekający wskazuje, że zarzut ten nie został podniesiony w treści protestu z dnia 1 czerwca, zaś zgodnie z art. 191 ust. 3 Izba nie może orzekać, co do zarzutów nie zawartych w

proteście. Niemniej jednak, należy uznać, że działanie Zamawiającego stanowi uchybienie formalne i nie ma ono wpływu na wynik postępowania, tym bardziej że Zamawiający do dnia dzisiejszego nie zawarł umowy z wybranymi Wykonawcom.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

8