

WYROK
z dnia 29 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe mgr inż. Krzysztof Zając, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „STEINBUDEX – J.M.”, 58-320 Walim, ul. Waryńskiego 26/1A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28** protestu z dnia 14 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe mgr inż. Krzysztof Zając, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „STEINBUDEX – J.M.”, 58-320 Walim, ul. Waryńskiego 26/1A**;

2) dokonać wpłaty kwoty 8672 zł 76 gr (słownie: osiem tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt sześć groszy) przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe mgr inż. Krzysztof Zając, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „STEINBUDEX – J.M.”, 58-320 Walim, ul. Waryńskiego 26/1A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby;

3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe mgr inż. Krzysztof Zając, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „STEINBUDEX – J.M.”, 58-320 Walim, ul. Waryńskiego 26/1A**.

Uzasadnienie

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Krzysztof Zając Przedsiębiorstwo Wielobranżowe mgr inż. Krzysztof Zając zs w Walimiu (lider Konsorcjum) oraz Jerzy Majorek Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „STEINBUDEX – J.M.” - uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pod nazwą „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 385 w m. Srebrna Góra” zarzucił Zamawiającemu, którym jest Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu naruszenie przepisów art. 7, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich nie zastosowanie oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem dyspozycji art. 87 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że otrzymał dnia 7.07.2009 r.

zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty z uzasadnieniem, iż „w kosztorysie ofertowym zostały zmienione ilości”.

Odwołujący potwierdził, że dostrzeżone przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót rzeczywiście istnieją. Nie dają one jednak

podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 prowadzącego do eliminacji wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazał na przepis art. 87 ustawy pzp, uzasadnienie nowelizacji tego przepisu ustawą z dnia 4 września 2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) i wskazał na orzeczenia KIO nakazujące dokonanie poprawek omyłek w treści ofert w podobnych stanach faktycznych.

Stwierdził, że w niniejszej sprawie Zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłek wskazując, że zmiany w treści oferty obejmują pozycje wycenione przez wykonawcę i istnieją wszelkie przesłanki dokonania poprawek. Wskazał również na lakoniczność uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty.

Ponadto zauważył, że dokonanie poprawek dotyczy tylko dwóch pozycji kosztorysu ofertowego, na który składa się łącznie 71 pozycji, a zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 spowoduje zmianę ceny oferty poprzez jej obniżenie ogółem o niespełna 12,3 %.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Uznał zarzuty podniesione przez Odwołującego za nieuzasadnione i podlegające oddaleniu.

W zawiadomieniu o wyborze oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego poinformował, że odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako nie odpowiadającą treści SIWZ, gdyż w kosztorysie ofertowym zostały zmienione ilości w pozycji 4 (jest 12, winno być 1) oraz w pozycji 31.d.6. (jest 756, winno być 170).

W rozstrzygnięciu protestu wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący dokonał zmian w przedmiarze, czego nie można uznać za omyłki, a tym samym poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpatrując wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na złożenie przez Odwołującego protestu z naruszeniem terminu, Izba wniosek oddaliła. Niesporne w sprawie jest, że termin do wniesienia protestu upływał dnia 14 sierpnia 2009 r., a w tej dacie do Zamawiającego wpłynął faks z treścią protestu, jakkolwiek o godz. 15.14 tj po godzinach urzędowania wskazanych przez Zamawiającego w godzinach 7 – 15 od poniedziałku do piątku. W ocenie składu orzekającego protest został skutecznie wniesiony we wskazanym dniu 14.08.2009 r. Zdaniem Izby przy ocenie zachowania terminu ma bowiem zastosowanie art. 111 §1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy pzp, co oznacza że termin do wniesienia protestu kończy się w upływie ostatniego dnia.

Rozpatrując merytoryczne zarzuty odwołania Izba uznała je za uzasadnione. W szczególności Izba nie podziela poglądu Zamawiającego o niemożności poprawienia omyłek polegających na niezgodności ilości jednostek robót wskazanych w ofercie w stosunku do przedmiaru robót stanowiącego część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy zauważyć, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 nie uzależnia możliwości poprawiania omyłek w ofercie od rodzaju zamówienia, w tym w szczególności nie wyłącza takiej możliwości w stosunku do robót budowlanych i omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych.

Zgodnie z przepisem omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto w ocenie Izby takie, które są możliwe do poprawienia przez Zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy.

W rozpatrywanej sprawie Odwołujący popełnił dwie omyłki w dwóch pozycjach kosztorysu ofertowego wpisując odmienne od opisanych w przedmiarze robót ilości jednostek

obmiarowych tj. w poz. 4 wpisał ilość 12 zamiast 1, a w poz. 31d.6 podał 756 zamiast 170. Jednocześnie w kosztorysie określił cenę jednostkową dla tych jednostek obmiaru, co umożliwia ustalenie wartości pozycji dla właściwej ilości jednostek. W ocenie Izby w tych okolicznościach faktycznych ma zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że Zamawiający ma obowiązek dokonania poprawienia popełnionych w ofercie Odwołującego omyłek, które nie powodują istotnych niezgodności zmian w treści oferty.

W świetle powyższego uznając, że odwołanie podlega uwzględnieniu, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy tj stosownie do wyniku.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....