

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu rozprawy w dniu **2 kwietnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o.o., "POLNET" Sp. z o.o., Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 12, 19-400 Olecko** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn**, protestu z dnia **4 marca 2008 r.**

przy udziale Konsorcjum: **STRABAG Sp. z o.o., Augustowskie Przedsiębiorstwo Drogowe S.A. ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o.o., "POLNET" Sp. z o.o., Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 12, 19-400 Olecko** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Oleckie Przedsiębiorstwo Sp. z o.o., Sp. z o.o., Oleckie Drogowo-Mostowe "POLNET" Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 12, 19-400 Olecko**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX złote zero groszy) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o.o., "POLNET" Sp. z o.o., Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 12, 19-400 Olecko**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane, pn. "Rozbudowa drogi krajowej nr 65 od km 21+200 do km 24+150 w miejscowości Kowale Oleckie z wyłączeniem przejazdu PKP", prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Zamawiający – **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i**

Autostrad Oddział w Olsztynie, odrzucił ofertę Odwołującego – Konsorcjum: Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe Sp. z o.o. z siedzibą w Olecku, „POLNET” Sp. z o.o. z siedzibą w Augustowie, Oleckie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Olecku, reprezentowanego przez Lidera Konsorcjum - Oleckie Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe z siedzibą w Olecku, zwanego w dalszej części uzasadnienia Odwołującym.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Augustowskie Przedsiębiorstwo Drogowe S.A z siedzibą w Augustowie, reprezentowane przez STRABAG Sp. z o.o., zwane w dalszej treści uzasadnienia Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o.

Na powyższe czynności Odwołujący wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w tym wskazanych niżej przepisów, poprzez:

- 1) art. 89 ust.1 pkt 2 - odrzucenie oferty Odwołującego z powodu przyjęcia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
- 2) art. 87 ust.2 - zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego i w ofercie wybranej, złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. oczywistych omyłek pisarskich i zawiadomienia o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu,
- 3) art. 89 ust.1 pkt 2 - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o., gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 4) art. 7 – naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejawiające się w nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty wykonawcy, którego oferta powinna być odrzucona.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podał, że okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia jego oferty powinny być zakwalifikowane jako oczywiste omyłki pisarskie i poprawione przez Zamawiającego na podstawie art 87 ust. 2 Pzp.

Wskazał, iż :

- 1) użyty w kosztorysie ofertowym Roboty drogowe poz.15. kol. 3 D.02.02.01 zwrot „do 1 km” został zamieszczony z powodu zmiany SIWZ dokonanej przez Zamawiającego

3

na 2 dni przed terminem otwarcia ofert (13.02.2008 r.). Poprzednie udostępniane wersje SIWZ zawierały użyte przez Odwołującego określenie,

- 2) w kosztorysie ofertowym Kanalizacji deszczowej:

- a) Odwołujący pominął określenie „kategorii gruntów”; zdaniem Odwołującego jest to niedokładność powstała podczas przygotowania oferty, która w żaden sposób nie wpływa na treść oferty i wynikające z danej treści obowiązki Zamawiającego, w tym bez względu na związany z jakością gleby stopień trudności, wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie określone w kosztorysie,
- b) w poz.10 kol. 3 D.03.02.01 brak jest określenia „6m” (głębokość wplukiwania w grunt igłofiltrów),
- c) w kosztorysie ofertowym Oświetlenie ulic poz.35, kol.3 D-01.03.01 Odwołujący pominął zwrot „wykonanych z bednarki o przekroju 120 mm²” fakt pominięcia powyższego określenia w żaden sposób nie wpływa na niezgodność oferty z treścią SIWZ. Odwołujący podał, że przewody uziemiające zawsze wykonane są z bednarki, a określony przez Zamawiającego przekrój 120 mm² jest najmniejszym z możliwych.

W zakresie treści wybranej oferty, złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. Odwołujący podał, że Zamawiający miał obowiązek na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp poprawić „ewidentne omyłki pisarskie” zawarte w tej ofercie, a mianowicie:

- 1) w kosztorysie ofertowym Roboty drogowe:
 - a) w poz. 59.1 kol.3 wyraz „desfruktem” należało poprawić na prawidłowy wyraz „destruktem”,
 - b) w poz.66, kol.3 wyraz „tonstrukcyjne” na wyraz „konstrukcyjne”,
- 2) w kosztorysie ofertowym Oświetlenie ulic:
 - a) D- 01.03.01, poz. 30/31, kol. 3 zamiast wyrazów „przytonach” powinny być wyrazy

- „przy torach”, dotyczy „II. Przebudowy oświetlenia ulicznego...”,
b) w poz. 44 wpisano wyrazy „I2K1” zamiast wyrazów „I2K1”,
c) zmieniono numery specyfikacji technicznych:
-poz. 20, kol.2 wpisano D-07.Q7.Q1 powinno być D-07.07.01,
-poz. 23, kol.2 wpisano D-Q1.03.01 powinno być D-01.03.01,
-poz. 45, kol. 2 wpisano D-01.Q3.01 powinno być D-01.03.01.,
3) w zestawieniu zbiorczym w kol. 3 w zdaniu 4 podano wyrazy „ Roboty linii telekomunikacyjnej kanalizacji i kabel miedz.” zamiast wyrazów „Przebudowa sieci telekomunikacyjnej – kanalizacja i kable miedz.”.

4

W dalszej części uzasadnienia protestu Odwołujący podał, że przedstawione powyżej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nakładały na Zamawiającego obowiązek odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

W żądaniu protestu Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o.,
- 2) unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 4) odrzucenie oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o.,
- 5) poprawienie oczywistych omyłek pisarskich w ofercie Odwołującego,
- 6) wybranie oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, alternatywnie:
- 7) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez:

- 1) częściowe uwzględnienie - w zakresie zarzutów w części dotyczącej - cytat: „Zaniechania dokonania w ofercie Konsorcjum...STRABAG Sp. z o. o., poprawienia omyłek pisarskich w pozycjach wymienionych w... proteście, jako omyłki pisarskie oraz jako „niezgodności z postanowieniami SIWZ”, które powstały prawdopodobnie w drodze technicznej obróbki (rozpoznawania znaków przez programy czytające skanowane teksty) Kosztorysów ofertowych i nie mogły mieć w żadnej mierze wpływu na wycenę przedmiotu zamówienia. Informujemy, iż w związku z powyższym zostanie powtórzona czynność poprawiania oczywistych omyłek pisarskich we wszystkich ofertach, w trybie art.87 ust. 2 Pzp”,
- 2) oddalenie w pozostałej części.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podał, że Odwołujący niezgodnie z pkt 11. 4 SIWZ wprowadził zmiany do kosztorysu ofertowego, które ponadto mają znaczący wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia.

Zawarcie w kosztorysie ofertowym Roboty drogowe w poz. 15, kol.3 zwrotu „do 1 km”, przy określeniu - w przedmiarze robót - transportu urobku na odległość 5 km, stanowi zmianę, która skutkuje zaniżeniem ceny tej pozycji. Zamawiający podał, że zmodyfikowana wersja SIWZ opublikowana została na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 7.02. 2008 r.

Również błędne wskazanie, bądź brak wskazania w kosztorysie ofertowym Kanalizacja deszczowa kategorii gruntu, w którym będą wykonywane roboty ziemne oraz brak określenia maksymalnej głębokości do jakiej mają być wpłukiwane w grunt igłofiltry, stanowi

5

niedopuszczalną zmianę, która ma wpływ na wycenę pozycji. Ponadto nie wskazano w ofercie materiału i przekroju przeznaczonego do spawania, co jest również niedopuszczalne.

Zamawiający podał, że zmiany w ofercie Odwołującego powodują nieporównywalność oferty z pozostałymi ofertami.

W zakresie zarzutu naruszenia art.7 Pzp Zamawiający stwierdził, że nie nastąpiło jego naruszenie, bowiem sprawdził z jednakową starannością wszystkie oferty i jednakowe uchybienia o takiej samej wadze przyjął jako podstawę odrzucenia ofert. Natomiast omyłki pisarskie, uznane za nieważne nie zostały poprawione w żadnej z ofert, w związku z czym

Zamawiający powtórzy czynność poprawiania oczywistych omyłek pisarskich we wszystkich ofertach, w trybie art. 87 ust.2 Pzp.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 oraz art. 7 Pzp. Podał, że rozstrzygnięcie protestu w zakresie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich we wszystkich ofertach zgodne jest z jego żądaniem, lecz oddalenie protestu w pozostałym zakresie godzi w jego interes, jako wykonawcy spełniającego wymogi SIWZ i gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, a także oferującego najniższą cenę oferty.

Odwołujący uzasadniał identycznie jak w proteście, że zmiany, czy niedokładności w jego ofercie stanowią oczywiste omyłki pisarskie, które powinny być poprawione przez Zamawiającego zgodnie z art. 87 ust.2 Pzp, stąd jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast niezgodności treści oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z treścią SIWZ, nakładają na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie odrzucenia jego oferty,
- 2) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o.,
- 3) nakazanie Zamawiającemu :
 - a) dokonania ponownej oceny ofert,
 - b) odrzucenia oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o.,
 - c) wybrania oferty Odwołującego,

alternatywnie

- 4) unieważnienie postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, w tym postępowania dowodowego z dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego, z kosztorysów Zamawiającego, tzw. inwestorskich lub ślepych, kosztorysów ofertowych złożonych przez Odwołującego i przez wykonawcę, który złożył ofertę wybraną jako najkorzystniejsza, tj. Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. oraz po

6

wysłuchaniu wyjaśnień stron postępowania – Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, w tym przypadku poprzez wniesienie odwołania. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza cenowo, co potwierdził Zamawiający. Odwołujący w proteście i w odwołaniu zakwestionował zarówno odrzucenie jego oferty, jak i wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez innego wykonawcę. Są to podstawowe przesłanki wykazania posiadania interesu prawnego w dochodzeniu praw związanych z korzystaniem ze środków ochrony prawnej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawową kwestią w tej sprawie było ustalenie czy nieprawidłowości w obu ofertach, a więc w ofercie Odwołującego i w ofercie wybranej - Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o., są tego samego rodzaju, co podnosił Odwołujący i podlegają takim samym czynnościom Zamawiającego, dokonywanym w czasie badania i oceny ofert.

Rodzaj i zakres nieprawidłowości podany i omówiony szczegółowo w proteście i w odwołaniu, nie był przez strony i uczestnika postępowania kwestionowany. Różnice dotyczyły wyłącznie kwestii zakwalifikowania tych nieprawidłowości.

Odwołujący twierdził, że niezgodności w jego ofercie kwalifikują ofertę do poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, natomiast niezgodności w ofercie Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. kwalifikują ją do odrzucenia.

Zgodnie z charakterem i rodzajem prowadzonego postępowania, Zamawiający w dokumentacji przetargowej, m.in. – SIWZ, przedmiarach robót, kosztorysach ofertowych, określił swoje oczekiwania wobec wykonawców.

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu mieli wypełnić i złożyć jako części składowe ofert, formularze ofertowe. Numery specyfikacji technicznych, opisy robót oraz jednostki miary do wykonania, określone zostały przez Zamawiającego w przedmiarach robót.

W pkt 11.4. SIWZ Zamawiający podał, że wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje tam opisane. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysów.

Zamawiający więc w sposób jednoznaczny żądał, by formularze ofertowe wykonawców były wypełnione dokładnie według formularzy ofertowych Zamawiającego.

W postępowaniu uczestniczyli trzech wykonawcy (w tym Konsorcja) i złożono trzy oferty.

7

W ofercie Odwołującego kwestionowane nieprawidłowości rzeczywiście występują i w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił przeciwnego dowodu. Wręcz potwierdził, zarówno w proteście, w odwołaniu i podczas rozprawy te fakty.

W ocenie KIO, różnice w treści oferty Odwołującego w stosunku do treści SIWZ, polegają na:

- 1) w kosztorysie ofertowym Roboty drogowe, poz. 15 kol. 3 D.02.02.01 Odwołujący podał, iż odległość transportu urobku będzie wynosiła „do 1 km”, gdy w przedmiarze robót podano odległość „do 5 km”. W pierwszym kosztorysie ofertowym podano odległość „do 1 km”, natomiast po zmianie kosztorysu ofertowego odległość tę wykreślono. Fakt, że w czasie postępowania nastąpiła zmiana treści SIWZ, nie może usprawiedliwić wskazanej nieprawidłowości w ofercie. Zmieniona wersja SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 07.02.2008 r. i treść tę doręczono Odwołującemu w formie pisemnej w dniu 11.02.2008 r. Odwołujący nie kwestionował ustalonego, przesuniętego terminu składania ofert na dzień 13.02.2008 r. i przyznał sam na rozprawie, że nieprawidłowości są efektem nie wychwycenia zmian w treści SIWZ;
- 2) w kosztorysie ofertowym dotyczącym Kanalizacji deszczowej Odwołujący nie podał kategorii gruntu w poz.2 (wymagana kategoria gruntu III), w poz. 9 podał kategorię gruntu III-, zamiast wymaganej III-IV;
- 3) w poz. 10 powyższego kosztorysu Zamawiający żądał, by podać głębokość 6 m. dotyczącą wplukiwania igłofiltrów, Odwołujący nie podał głębokości 6 m.
- 4) w kosztorysie ofertowym Oświetlenie ulic w poz. 35 Odwołujący nie podał również, że spawanie przewodów uziemiających wykonane będzie z bednarki o przekroju 120 mm², twierdząc, że w tym przypadku stosuje się tylko bednarkę, której minimalny przekrój wynosi właśnie 120 mm².

Zamawiający wyjaśnił, że bednarki mają różne przekroje i brak podania wskazanych danych w ofercie, wcale nie oznacza, że Odwołujący oferował wykonanie uziemienia z bednarki o żądanym przez Zamawiającego przekroju.

KIO uznała, że przedstawione nieprawidłowości w ofercie Odwołującego nie mogą być uznane jako oczywiste omyłki pisarskie zawarte w ofercie.

Natomiast w ocenie KIO inny charakter mają nieprawidłowości zawarte w ofercie Konsorcjum SRTABAG Sp. z o. o. których charakter polega na błędach literowych i cyfrowych zawartych w kosztorysach ofertowych, wykazanych niżej:

- 1) w kosztorysie ofertowym Oświetlenie ulic w poz. 20, 23 i 45 w numerach specyfikacji technicznych czterokrotnie wpisano zamiast cyfry „0”, literę „Q”, w sytuacji gdy nie istnieją specyfikacje techniczne zawierające w numerach literę

8

„Q”, co potwierdził Zamawiający, Odwołujący oraz Przystępujący do postępowania odwoławczego;

- 2) w poz. 44 tego kosztorysu zamieszczono przy wyrazie konstrukcji oznaczenie „I2K1” zamiast „I2K”, gdzie zamiast litery „Z” wpisano cyfrę „2”;
- 3) w kosztorysie ofertowym Roboty drogowe, poz. 59.1, 66, 30/31 kol.3, podano błędnie wyrazy „desfruktem” zamiast „destruktem”, „tonstrukcyjne” zamiast „konstrukcyjne”, „przytonach” zamiast „przy torach”, zmiany dotyczą pojedynczych liter w wyrazach i wprowadzają przez to wyrazy o brzmieniu nie mającym związku z tekstem opisu, co potwierdza ich niewłaściwość w brzmieniu podanym z błędem;
- 4) w zestawieniu zbiorczym w kol.3 zadanie 4 zamiast wyrazu „Rozbudowa sieci...” podano „Roboty linii ...”.

Niedokładności powyższe stanowią typowe oczywiste omyłki pisarskie, które Zamawiający ma obowiązek poprawić w tekście oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp i niezwłocznie zawiadomić o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Czynności tych Zamawiający dokonuje w toku badania i oceny ofert, o czym stanowi art. 87 ust. 1 Pzp.

Przepisy Pzp nie zawierają definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Jednak w ślad za bogatym orzecznictwem i piśmiennictwem w tej materii, KIO podziela pogląd Odwołującego przedstawiony na 4 stronie protestu, gdzie przywołano wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10.12.2002 r. sygn. akt V Ca 1515/02, w świetle którego oczywistą omyłką pisarską jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy albo inna podobna usterka w tekście.

W świetle powyższego nie można uznać, że niedokładności występujące w ofercie Odwołującego kwalifikują się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, jako oczywiste omyłki pisarskie.

Podkreślić należy, że KIO rozpoznała odwołanie w granicach protestu, mając na uwadze, że dotyczyło ono treści objętej oddaleniem protestu.

W tym stanie rzeczy KIO orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

9

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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

10