

Sygn. akt KIO 2200/12

Sygn. akt: KIO 2200/12

WYROK
z dnia 24 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2012r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych SBL-śelbet Sp. z o.o. ul. świrki i Węgury 65, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

przy udziale **wykonawcy Mosty Chrzanów sp. z o.o. ul. Kroczyńskich 28; 32-500 Chrzanów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego nakazując zamawiającemu poprawienie oferty w zakresie kosztorysu ofertowego odwołującego w części mostowej w l.p.4.1.1.8. „Zbrojenie kap chodnikowych” a w konsekwencji ponowne badanie, ocenę oferty odwołującego i wybór najkorzystniejszej oferty

2. kosztami postępowania obciąża **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych SBL-śelbet Sp. z o.o. ul. świrki i Węgury 65, 43-190 Mikołów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice** na rzecz **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych SBL-śelbet Sp. z o.o. ul. świrki i Węgury 65, 43-190 Mikołów** kwotę 13.764 **zł 00 gr** (słownie:

1

Sygn. akt KIO 2200/12

trzydzieści tysięcy siedemset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia i kosztu dojazdu na rozprawę. pełnomocnika odwołującego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:

2

Sygn. akt KIO 2200/12

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę wiaduktu w ciągu ul. Murckowskiej nad drogą ekspresową S1 w m. Łędziny; znak: 61/Z-4/2012

W imieniu Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych SBL-śelbet Sp. z o.o. w Mikołowie, na podstawie

art. 180 ust. 1 i nast. Ustawy z dnia 29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 201 Or. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; zwanej dalej „Ustawą”) wniesiono odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w wyżej opisanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29.08.2012r. pod nr 186145 - 2012.

Odwołanie jest wnoszone od następujących czynności i zaniechań czynności, do których Zamawiający był zobowiązany, niezgodnych z Ustawą a polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ w kosztorysie ofertowym w części mostowej lp. 4.1.1.8. „Zbrojenie kap chodnikowych” polegającą na wpisaniu omyłkowo w rubryce „Ilość” liczby 5,51 t (wg wersji pierwotnej SIWZ przed zmianą nr 2) zamiast 6,52 t wprowadzonej do SIWZ zmianą nr 2 z dnia 17.09.2012r.;
- 2) zaniechaniu przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego w kosztorysie ofertowym w części mostowej opisanej wyżej w pkt. 1 polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, jednakże nie powodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 3) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mosty Chrzanów Sp. z o.o. w Chrzanowie, ul. Kroczymiech 28, 32-500 Chrzanów, pomimo, iż po dokonaniu poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy oferta Odwołującego byłaby nadal najkorzystniejsza przy uwzględnieniu jedyne kryterium jakim była cena;
- 4) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej pomimo, że nawet po poprawieniu oferty w l.p. 4.1.1.8. kosztorysu ofertowego w części mostowej, oferta ta byłaby najkorzystniejsza.

Wyżej opisanym czynnościom i zaniechaniom Odwołujący zarzuca w szczególności:

- 1) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy poprzez jego niezastosowanie i nie dokonanie poprawienia oferty Odwołującego w kosztorysie ofertowym w części mostowej lp. 4.1.1.8. „Zbrojenie kap chodnikowych” poprzez wpisanie w rubryce „Ilość” prawidłowej liczby 6,52 t (dokonanej zmianą SIWZ nr 2 z 17.09.2012r.) zamiast liczby nieprawidłowej 5,51 t (wg wersji pierwotnej SIWZ przed zmianą nr 2), która to zmiana nie stanowiłaby istotnej zmiany oferty,

3

Sygn. akt KIO 2200/12

albowiem różnica powstała wskutek omyłki wynosi jedynie kwotę 3080,50 zł na korzyść Odwołującego (jest 16.805,50 zł, a powinno być 19.886,00 zł) tj. ok. 0,1% w stosunku do ceny ofertowej;

- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, pomimo, że omyłka Odwołującego w kosztorysie ofertowym nadawała się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy co wynikało jednoznacznie z wyjaśnień odwołującego zawartych w piśmie z dnia 4.10.2012r.;
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Mosty Chrzanów Sp. z o.o. w Chrzanowie pomimo, że oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert;
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zakresie naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z powodu nieistotnej niezgodności oferty z SIWZ, której poprawa wiązała się z nieznacznym wzrostem ceny Odwołującego i uwzględnienie oferty wykonawcy Mosty Chrzanów Sp. z o.o. zawierającej cenę wyższą o ponad 370.000 zł.

Mając na uwadze powyższe naruszenia przepisów Ustawy wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Mosty Chrzanów Sp. z o.o. w Chrzanowie jako oferty

- najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - 3) dokonanie poprawy omyłki w ofercie Odwołującego w kosztorysie ofertowym w części mostowej w lp. 4.1.1.8. „Zbrojenie kap chodnikowych” poprzez wpisanie w rubryce „Ilość” prawidłowej liczby „6,52 t” zamiast liczby „5,51 t” i dokonanie zmiany ceny w tym punkcie z kwoty 16.805,50 zł na kwotę 19.886,00 zł;
 - 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4

Sygn. akt KIO 2200/12

- 5) oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w szczególności kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego.

W terminie określonym w SIWZ tj. do 21.09.2012r. Odwołujący złożył swoją ofertę. Ze zbiorczego zestawienia ofert wynikało, iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza z ceną 3.222.011,65 zł. Druga pod względem ceny oferta wykonawcy Mosty Chrzanów opiewała na kwotę 3.598.229,86 zł. W dniu 2.10.2012r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wezwanie nr GDDKiA-0/KA/R2/418/1150/2012 w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy o wyjaśnienie dotyczące kosztorysu ofertowego w części mostowej L.p. 4.1.1.8 obejmującej zbrojenie kap chodnikowych. Zgodnie ze zmianą SIWZ nr 2 ogłoszoną w dniu 17.09.2012r. (tj. na 4 dni przed terminem składania ofert) m.in. dokonano zmiany ilości w/w zbrojenia z 5,51 t na 6,52 t. Kosztorys ofertowy Odwołującego nie uwzględniał powyższej zmiany. W swoich wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 4.10.2012r., które podtrzymujemy, Odwołujący wyjaśnił, iż pracownik Odwołującego przygotowujący kosztorys ofertowy dopuścił się omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych i w poz. 4.1.1.8. wpisał nieaktualną, dotychczasową ilość tj. 5,51 t zamiast ilości 6,52 t zgodnie ze zmianą SIWZ nr 2. Wykonawca już przed 17.09.2012r. miał przygotowany kosztorys ofertowy i po ogłoszeniu zmiany nr 2 dokonał naniesienia na pierwotny kosztorys ofertowy zmian wynikających ze zmiany SIWZ. Wszystkie zmiany zostały naniesione, za wyjątkiem zbrojenia kap chodnikowych L.p. 4.1.1.8. Różnica powstała wskutek omyłki wykonawcy wynosi kwotę 3080,50 zł na jego korzyść (jest 16.805,50 zł, powinno być 19.886,00 zł) i nie powoduje istotnych zmian w treści oferty mając na uwadze sumaryczną cenę ofertową i wartość ofert pozostałych wykonawców. Odwołujący zwrócił się z prośbą o dokonanie poprawy oferty. W dniu 8.10.2012r. Odwołujący otrzymał faksem pismo Zamawiającego z dnia 8.10.2012r. zawierające informację o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy w związku z istnieniem opisanej wyżej niezgodności oferty w kosztorysie ofertowym z SIWZ. Zamawiający uznał, iż brak jest podstaw prawnych do dokonania poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy, albowiem doprowadziłoby to do niezgodnej z przepisami zmiany oferty zaś sama zmiana miałaby charakter istotny. Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem i poniżej uzasadnia poszczególne zarzuty: Ad 1) Naruszenie art. 87 ust. 1 pkt. 3 Ustawy Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Zamawiający poprawia (tzn. jest zobowiązany do tego) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przesłankami zastosowania tego przepisu są:

zauważenie przez Zamawiającego w ofercie omyłki innej niż pisarska czy rachunkowa a polegającej na niezgodności oferty z SIWZ; poprawa omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w ofercie. Bezspornym jest, iż omyłka Odwołującego w lp. 4.1.1.8. kosztorysu ofertowego w części mostowej polega na niezgodności z SIWZ (przedmiarem). Mając na uwadze to, iż pozostałe pozycje kosztorysu są prawidłowe, w szczególności te które są objęte zmianą SIWZ nr 2, a brak jest racjonalnych

5

Sygn. akt KIO 2200/12

przesłanek do stwierdzenia, iż Odwołujący celowo nie wprowadził właściwej ilości zbrojenia kap chodnikowych w lp. 4.1.18 kosztorysu, oczywistym jest - zwłaszcza w świetle wyjaśnień Odwołującego z dnia 4.10.2012r. - że doszło do niezamierzonej omyłki w ofercie W ocenie Odwołującego poprawienie omyłki nie spowoduje istotnej zmiany w ofercie. Zmiana w ofercie

spowoduje zwiększenie ceny za zbrojenie kap chodnikowych lp. 4 1.1.8 kosztorysu ofertowego (część mostowa) z kwoty 16.805,50 zł na kwotę 19.886,00 zł. Różnica w cenie wynosi kwotę 3080,50 zł i stanowi niecałe 0,1% ceny ofertowej Odwołującego. Jest to zmiana wręcz niezauważalna zwłaszcza przy założeniu, że wskutek odrzucenia oferty Odwołującego została wybrana oferta Mosty Chrzanów sp. z o.o., która opiewa na kwotę 3.598.229,86 zł. W wypadku poprawienia oferty Odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy różnica w cenie pomiędzy w/w wykonawcami wynosi 379.298,70 zł. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obciążonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4.09.2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...)■

Mając na uwadze powyższe, podniesiony zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego jest całkowicie uzasadniony.

6

Sygn. akt KIO 2200/12

Ad 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3. Należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca w sposób wyraźny w drugiej części zdania tego przepisu wskazuje na konieczność uprzedniego zbadania sprawy pod kątem zaistnienia przesłanek do zastosowania poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy. Zamawiający zaniechając tej czynności naruszył jednoznacznie przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy i w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego. Istnienie pozytywnych przesłanek do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy, co wykazał wyżej Odwołujący, wywołuje skutek w postaci zakazu stosowania art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy.

Ad 3) naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Ustawy. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W nin. postępowaniu przy uwzględnieniu kryterium ceny najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący. Jako, że odrzucenie oferty Odwołującego - jak wykazał wyżej Odwołujący - było bezprawne należało dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej cenowo. Pomijając przy ocenie ofert bezprawnie odrzuconej oferty Odwołującego i dokonując wyboru oferty nr 2 pod względem ceny tj. oferty Mosty Chrzanów Sp. z o.o. Zamawiający w konsekwencji naruszył kolejny przepis Ustawy nakazujący mu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybierając ofertę, której cena przewyższa o ponad 370.000 zł ofertę Odwołującego Zamawiający nie tylko naruszył w/w przepis Ustawy ale także dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych po zawarciu umowy. Dokonanie wyboru oferty Mosty Chrzanów sp. z o.o. spowodowało także naruszenie art. 7 ust. 3 Ustawy, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Mając na uwadze to, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, to poprzez dokonanie wyboru konkurenta Odwołującego doszło do naruszenia również art. 7 ust. 3 Ustawy.

Ad 4) Naruszenie art. 7 ust. 1 który jest najczęściej powoływanym w odwołaniach przepisem naruszonym przez zamawiających, statuuje podstawowe zasady polskiego i europejskiego prawa

zamówień publicznych tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący stwierdza, iż doszło do naruszenia tych zasad, skoro w postępowaniu obejmującym roboty budowlane gdzie przyjęto wynagrodzenie kosztorysowe (zob. § 5 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ), gdzie wartość oszacowania wynosi kilka milionów złotych, wystąpienie jednej omyłki w ilości ok.

1tony zbrojenia kap chodnikowych, powodującej zmianę ceny na korzyść Odwołującego jedynie w kwocie 3080,50 zł, Zamawiający traktuje jako istotną zmianę treści oferty.

Mając na uwadze podniesione wyżej zarzuty oraz ich uzasadnienie prawne i faktyczne, zasadnym są wnioski Odwołującego o doprowadzenie postępowania do zgodności z Ustawą poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru wykonawcy Mosty Chrzanów Sp. z o.o. (wobec naruszenia art. 91 ust. 1 Ustawy) i czynności odrzucenia oferty Odwołującego (naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy) oraz nakazanie dokonania poprawy oferty Odwołującego

7

Sygn. akt KIO 2200/12

w kosztorysie ofertowym w zakresie jak wyżej (wobec naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy), a w konsekwencji nakazania powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Mając na uwadze powyższe wnioski o uwzględnienie odwołania jest uzasadniony, albowiem naruszenia Ustawy dokonane przez Zamawiającego miały istotny wpływ na wynik postępowania (art. 191 ust. 2 Ustawy).

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 12.10.2012r. przystąpił wykonawca wybrany, popierając stanowisko zamawiającego i wnosząc oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła

Co do posiadania interesu do wniesienia odwołania. Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia odwołania. W odwołaniu podniósł, że w związku ze stwierdzonymi naruszeniami ustawy jego oferta została odrzucona, wskutek czego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na najniższą cenę. Pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia może spowodować powstanie u szkody po stronie odwołującego. Powyższe powoduje spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy art. 89 ust. 1 pkt. 2 niezgodność treści oferty z treścią SIWZ to jest kosztorysu ofertowego w części mostowej lp. 4.1.1.8. „Zbrojenie kap chodnikowych” polegającą na wpisaniu w rubryce „Ilość” liczby 5,51 t (wg wersji pierwotnej SIWZ przed zmianą nr 2) zamiast 6,52 t wprowadzonej do SIWZ zmianą nr 2 z dnia 17.09.2012r.; zaniechaniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprawienia omyłki w kosztorysie ofertowym jak powyżej nie powodującej istotnych zmian w treści oferty; dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Mosty Chrzanów Sp. z o.o. w Chrzanowie, pomimo, iż po dokonaniu poprawienia oferty odwołującego byłaby nadal najkorzystniejsza przy uwzględnieniu jedyne go kryterium jakim była cena; zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący składając ofertę nie uwzględnił zmiany SIWZ w części mostowej lp. 4.1.1.8. „Zbrojenie kap chodnikowych” i nie wpisał w rubryce „Ilość” prawidłowej liczby 6,52 t (dokonanej zmianą SIWZ nr 2 z 17.09.2012r.) a wpisał nieprawidłową ilość „5,51 t” (wg wersji pierwotnej SIWZ przed zmianą nr 2). Różnica powstała wskutek omyłki wynosi jedynie kwotę 3.080,50 zł na korzyść odwołującego (w ofercie jest 16.805,50 zł, a powinno być 19.886,00 zł) w sumie daje to zmianę wartości oferty ok. 0,1% w stosunku do ceny oferty.

Odwołujący uważa, że zamawiający powinien zastosować art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy i dokonać poprawienia kosztorysu ofertowego.

W tym stanie rzeczy odwołujący uważa, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez

8

Sygn. akt KIO 2200/12

jego niewłaściwe zastosowanie i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego skoro omyłka w

kosztorysie ofertowym nadawała się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Zamawiający miał taką podstawę w związku z wyjaśnieniami odwołującego zawartymi w piśmie z dnia 4.10.2012 roku. Konsekwencją takiego postępowania zamawiającego jest naruszenie dalszych przepisów to jest art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Mosty Chrzanów Sp. z o.o. w Chrzanowie w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert.

Odwołujący podniósł również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z odrzuceniem jego oferty z powodu nieistotnej niezgodności oferty z SIWZ, której poprawienie skutkowałoby nieznacznym wzrostem ceny odwołującego. Takie postępowanie zamawiającego spowodowało wybór oferty Mosty Chrzanów Sp. z o.o. zawierającej cenę wyższą o ponad 370.000 zł. *od ceny oferty odwołującego.*

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty Mosty Chrzanów Sp. z o.o. w Chrzanowie jako oferty najkorzystniejszej; unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego; dokonanie poprawy omyłki w ofercie odwołującego w kosztorysie ofertowym w części mostowej w lp. 4.1.1.8. „Zbrojenie kap chodnikowych” poprzez wpisanie w rubryce „Ilość” prawidłowej liczby „6,52 t” zamiast liczby „5,51 t” i dokonanie zmiany ceny w tym punkcie z kwoty 16.805,50 zł na kwotę 19.886,00 zł; powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej; oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w szczególności kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie Izba ustaliła co następuje.

Z protokołu postępowania pkt 9 Zestawienie ofert wynika, że w postępowaniu złożono 17 ofert a oferta odwołującego jest najkorzystniejszą cenowo i wynosi 3.222.011,65 zł. Drugą pod względem ceny ofertę złożyły Mosty Chrzanów na kwotę 3.598.229,86 zł., które przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Z protokołu również wynika (pkt 13. najkorzystniejsza oferta), że jedynym kryterium oceny ofert jest cena i po odrzuceniu oferty odwołującego (co wynika z pkt 12 protokołu. oferty odrzucone) jako najkorzystniejszą wybrano ofertę przystępującego po stronie zamawiającego.

Z pisma zamawiającego z dnia 02.10.2012r. nr GDDKiA-0/KA/R2/418/1150/2012 w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wynika, że odwołujący otrzymał wezwanie o wyjaśnienie dotyczące kosztorysu ofertowego w części mostowej L.p. 4.1.1.8 obejmującej zbrojenie kap chodnikowych. W piśmie tym zawarta jest informacja, że odwołujący nie dokonał zmiany w kosztorysie wynikającym z pisma zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 17.09.2012r. dokonał zmiany SIWZ nr 2 między innymi dokonano

9

Sygn. akt KIO 2200/12

zmiany ilości zbrojenia z 5,51 t na 6,52 t. w części mostowej L.p. 4.1.1.8 obejmującej zbrojenie kap chodnikowych.

W dniu 04.10.2012r. odwołujący złożył pisemne wyjaśnienia do zamawiającego z których wynika, iż pracownik odwołującego przygotowujący kosztorys ofertowy dopuścił się omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych i w poz. 4.1.1.8. wpisał nieaktualną, dotychczasową ilość tj. 5,51 t zamiast ilości 6,52 t zgodnie ze zmianą SIWZ nr 2. Wykonawca już przed 17.09.2012r. miał przygotowany kosztorys ofertowy i po ogłoszeniu zmiany nr 2 dokonał naniesienia na pierwotny kosztorys ofertowy zmian wynikających ze zmiany SIWZ. Wszystkie zmiany zostały naniesione, za wyjątkiem zbrojenia kap chodnikowych L.p. 4.1.1.8. Różnica powstała wskutek omyłki wykonawcy wynosi kwotę 3080,50 zł na jego korzyść (jest 16.805,50 zł, powinno być 19.886,00 zł) i nie powoduje istotnych zmian w treści oferty mając na uwadze sumaryczną cenę ofertową i wartość ofert pozostałych wykonawców. Odwołujący zwrócił się z prośbą o dokonanie poprawy oferty. Jednocześnie wyrażając zgodę na poprawienie omyłki.

Z kosztorysu ofertowego odwołującego wynika, że w części mostowej pkt 4 Zbrojenie w l.p. 4.1.1.8 zbrojenie kap chodnikowych ilość ton wpisał 5,51.

Zamawiający pismem z dnia 08.10.2012r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy w związku z wystąpieniem niezgodności oferty w kosztorysie ofertowym z SIWZ. Zamawiający uznał, że brak jest podstaw prawnych do dokonania poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, ponieważ doprowadziłoby to do niezgodnej z przepisami zmiany oferty zaś sama zmiana miałaby charakter istotny, ponieważ cena uległaby zmianie. Jednocześnie zamawiający powiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mosty Chrzanów sp. z o.o. to jest przystępującego po stronie zamawiającego.

Izba zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający był zobowiązany do poprawienia zaistniałej w ofercie odwołującego omyłki w kosztorysie ofertowym. Odwołujący w jednej pozycji kosztorysu ofertowego nie dokonał zmiany ilości to jest w części mostowej 4. Zbrojenie Lp.4.1.1.8.zbrojenie kap chodnikowych, którą zamawiający wprowadził do kosztorysu ofertowego, zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Oczywistość omyłki wynika z wyjaśnień odwołującego udzielonych na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art.87 ust.1 ustawy. Z wyjaśnień wynika, że pracownik odwołującego wprowadzając zmiany do kosztorysu pominął jedną ze zmian odnoszących się do ilości ton zbrojenia kap chodnikowych i w miejsce pierwotnej ilości przewidzianej w kosztorysie to jest 5,51 ton nie wpisał 6,52 ton. Niemniej odwołujący wypełniając przedmiotową pozycję kosztorysową dokonał przeliczenia ilości niezmienionej wskazując cenę za jedną tonę zbrojenia kap chodnikowych. W związku z powyższym zamawiający w oparciu o te dane powinien

10

Sygn. akt KIO 2200/12

dokonać w stosownym miejscu zmiany ilości ton przemnażając przez cenę podaną w kosztorysie za 1 tonę zbrojenia kap chodnikowych. Zamawiający powinien dokonać poprawki kosztorysu ofertowego odwołującego i przedstawić ją odwołującemu oczekując na zgodę w terminie 3 dni w myśl art. 87 ust.2 pkt 3 w związku z art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy a nie odrzucać oferty odwołującego bez zastosowania obowiązkowej w tym zakresie procedury. W przypadku wyrażenia zgody przez odwołującego na dokonaną poprawkę oferta powinna podlegać ocenie. Zamawiający powyższych czynności nie dopełnił pomimo że odwołujący już w samym wyjaśnieniu prosił o poprawienie kosztorysu ofertowego. Jednocześnie odwołujący w wyjaśnieniu wyliczył wynikłą różnicę skutkującą zmianą wynagrodzenia oferty. Na rozprawie zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w piśmie o odrzuceniu oferty, o niemożności poprawienia omyłki, której konsekwencją będzie zmiana wynagrodzenia będącego istotnym elementem oferty. W ocenie Izby przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy nie zawiera ograniczeń co do wnoszenia poprawek w kosztorysie powodujących zmian wynagrodzenia. Owszem cena (wynagrodzenie) jest istotnym elementem oferty co nie oznacza możliwości jej zmiany wobec treści art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z powyższego przepisu wynika, że można dokonywać zmian w treści oferty nie powodujących istotnych zmian, przepisu tego nie można odczytywać jako zakazu dokonywania zmian w zakresie istotnych elementów oferty jakim jest cena. W przeciwnym wypadku oczywiste błędy w kosztorysie nie mogłyby być korygowane, ponieważ w rezultacie powodują zmianę wynagrodzenia. Taką interpretację jaką prezentuje zamawiający powodowałaby, że przepis ten zakazuje poprawiania w ogóle pozycji kosztorysowych, ponieważ konsekwencja poprawiania jednostkowej pozycji kosztorysowej powoduje zmianę końcowej wartości oferty czyli ceny. Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 w wersji aktualnej został wprowadzony nowelizacją Prawa zamówień publicznych ustawą z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz.1058) opublikowaną w dniu 23 września 2008r. z mocą obowiązującą po upływie 30 dni od daty publikacji ustawy. Poprzednio obowiązujący art. 88 ustawy w szczegółowy sposób regulował zasady poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, uniemożliwiając dokonanie zmian w sytuacjach nie wymienionych w tym przepisie. Z uwagi na konieczność liberalizacji poprawiania błędów nieistotnych w ofercie a powodujących odrzucenie w wielu przypadkach korzystnych cenowo ofert lub z innych powodów korzystnych ofert ustawodawca usunął dotychczasowe zapisy ustawy w drobiazgowy sposób regulujące okoliczności dokonywania omyłek rachunkowych obliczeniu ceny. Zarówno w poprzednio obowiązujących przepisach ustawy dotyczących poprawiania „omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny” jak i aktualnie w zakresie poprawiania „oczywistych omyłek rachunkowych” istniał i nadal

istnieje zapis zgodnie z którym zamawiający poprawiając omyłki rachunkowe „uwzględni konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek” przez co należy rozumieć również zmianę wynagrodzenia. Aktualnie przepis art. 87 ust.2 pkt 2 ustawy odnoszący się do „oczywistych omyłek rachunkowych” przewiduje „uwzględnienie konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek”. Natomiast nie można odczytywać art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy jako wykluczający, w przypadku poprawiania omyłek kosztorysowych, uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych

11

Sygn. akt KIO 2200/12

poprawek przez co należy rozumieć również zmianę wynagrodzenia np.: przez poprawienie nieprawidłowo podanej ilości w stosunku do ilości wynikających z przedmiaru robót a co ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Brak analogicznego zapisu w pkt 3 ust.2 art.87 jak w pkt 2 ust.2 art. 87 co do uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w ocenie Izby nie oznacza zakazu poprawienia ceny w efekcie uwzględnienia omyłek polegających na podaniu niewłaściwych ilości jednostek (ton, kg, mb czy innych) w kosztorysie a co nie kwalifikuje się przecież do oczywistej omyłki rachunkowej. Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 został sformułowany na zasadzie katalogu otwartego a nie jak poprzednio na zasadzie taksatywnego wskazania możliwości dokonania poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Reasumując należy stwierdzić, że nieodłącznym elementem poprawiania omyłek w kosztorysie jest zmiana ceny. W związku z tym sformułowanie w ustawie „niepowodujących istotnych zmian w treści oferty” nie oznacza „nie powodujących zmian istotnych elementów oferty” jakim jest np.: wynagrodzenie w myśl art. 647 k.c. regulującego umowę o roboty budowlane w związku z art.66 k.c. o wymogu oświadczeniu woli zawierającym istotne jego elementy (oferta). W tym wypadku przepisy kodeksu cywilnego nie mają zastosowania w związku z treścią art. 14 ustawy zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Za takie przepisy ustawy należy rozumieć art. 87 ust.2 w szczególności pkt 3 umożliwiające dokonywanie poprawiania oferty w tym jej istotnych elementów jakim jest wynagrodzenie (cena).

W związku z powyższym Izba zgodnie z art.192 ust.2 ustawy uwzględniła odwołanie nakazując poprawienie oferty we wskazanej części kosztorysowej, stwierdzając naruszenie przepisów wskazanych w odwołaniu, których naruszenie ma wpływ na wynik postępowania to jest wybór najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00zł. i 3.764,00zł. tytułem wynagrodzenia i kosztu dojazdu na rozprawę pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:

12

Sygn. akt KIO 2200/12

13

Sygn. akt KIO 2200/12

14