

WYROK

z dnia 21 stycznia 2009 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Dagmara Gałczewska – Romek

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2001 roku w Warszawie odwołanie wniesionego przez **Konsorcjum: Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bilfinger Berger Polska Spółka Akcyjna, ul. Paderewskiego 120, 42-431 Zawiercie** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** protestu z dnia 19 grudnia 2008 roku

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie XXX

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności poprawienia oferty Konsorcjum: Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bilfinger Berger Polska Spółka Akcyjna, ul. Paderewskiego 120, 42-431 Zawiercie, unieważnienie czynności wezwania Konsorcjum: Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bilfinger Berger Polska Spółka Akcyjna, ul. Paderewskiego 120, 42-431 Zawiercie do wyrażenia zgody na poprawienie jego oferty oraz zagrożenia odrzucenia jego oferty w razie braku wyrażenia takiej zgody.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.574, 00 zł (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bilfinger Berger Polska Spółka Akcyjna, ul. Paderewskiego 120, 42-431 Zawiercie**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8.174,00 zł** (słownie osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** na rzecz **Konsorcjum: Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bilfinger Berger Polska Spółka Akcyjna, ul. Paderewskiego 120, 42-431 Zawiercie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10.426,00 zł**(słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bilfinger Berger Polska Spółka Akcyjna, ul. Paderewskiego 120, 42-431 Zawiercie**

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę przejścia drogi wojewódzkiej nr 933 pod torami PKP w km 51+570 w miejscowości Pszczyna.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171 poz. 1058), zwanej dalej „ustawą – Pzp”.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.U./S S179 z 16/09/2008 pod nr. 238628-2008-PL).

W dniu 19 grudnia 2008 roku (wpływ bezpośredni do Zamawiającego) Konsorcjum Intercor Sp. z o.o., Bilfinger Berger Polska S.A. w Zawierciu, ul. Paderewskiego 120 (dalej: Odwołujący) wniosło protest do Zamawiającego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) bezprawne poprawienie jego oferty z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy
 - 2) bezprawne wezwanie Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie jego oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy - Pzp,
 - 3) bezprawne zagrożenie odrzuceniem oferty Odwołującego w razie nie wyrażenia zgody na poprawienie jego oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp
- i zarzucił Zamawiającemu naruszenie powyższych przepisów.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów ustawy - Pzp i tym samym naruszenia interesu prawnego Odwołującego, wniósł on o:

- 1) unieważnienie czynności poprawienia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie jego oferty oraz zagrożenia odrzucenia jego oferty w razie braku wyrażenia takiej zgody.

W uzasadnieniu protestu wskazał, iż w dniu 16 grudnia 2008 r. otrzymał informację o poprawieniu treści jego oferty oraz wezwanie do wyrażenia zgody na tę czynność pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego została dokonana z rażącym naruszeniem prawa.

W dniu 16 grudnia 2008 r. Zamawiający bowiem wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wpisania w tabeli elementów rozliczeń w rubryce „Wymagania ogólne” kwoty 1.000.000,00 zł, podczas gdy w rubryce „Wymagania ogólne” w kosztorysie Protestujący wpisał kwotę 80.000,00 zł.

Odwołujący wyjaśnił, iż kwota 80.000,00 zł wpisana w Kosztorysie dotyczącym robót drogowych obejmuje te części ze specyfikacji technicznej „Wymagania Ogólne”, które dotyczą robót drogowych. Natomiast pozycja "Wymagania Ogólne" na kwotę 1.000.000,00 zł ujęta w tabeli elementów rozliczeniowych obejmuje pozostałe części ze specyfikacji technicznej, które nie dotyczą robót drogowych (Wymagania Ogólne w zakresie Inżynieryjnym i Kolejowym). Odwołujący dokonał takiej wyceny przedmiotu zamówienia - która bezspornie obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia -z uwagi, iż wzory kosztorysów dostarczonych przez Zamawiającego z SIWZ -poza kosztorysem dotyczącym robót drogowych - nie zawierały pozycji „Wymagania Ogólne”.

W ocenie Odwołującego cena ujęta w jego ofercie uwzględnia wycenę całości przedmiotu zamówienia i zapewnia należyte i zupełne wykonanie zamówienia publicznego. Sposób dokonania przez Odwołującego wyceny przedmiotu zamówienia nie jest również sprzeczny z treścią jakiegokolwiek postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający bezprawnie dokonał poprawki ceny obliczonej przez Odwołującego na kwotę 46.583.109,85 zł odejmując od ceny netto oferty kwotę 1.000.000,00 zł z pozycji „Wymagania Ogólne” w tabeli elementów rozliczeniowych, powołując się przy tym na art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 2 Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, natomiast czynność dokonana przez Zamawiającego nie może być uznana za poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy – Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki rachunkowej pod rygorem odrzucenia jego oferty. W ocenie Odwołującego zgoda na poprawienie przez Zamawiającego omyłki dotyczy jedynie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Pzp.

Odwołujący nie otrzymał rozstrzygnięcia protestu, a więc protest został oddalony zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 7 stycznia 2009 roku (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu podtrzymał zarzuty wyrażone w proteście i wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności poprawienia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie jego oferty oraz zagrożenia odrzucenia jego oferty w razie braku wyrażenia takiej zgody,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązał wykonawców do złożenia w ofercie między innymi tabeli elementów rozliczeń oraz kosztorysów na poszczególne części przedmiotu zamówienia, według przygotowanych przez siebie wzorów.

Tabela elementów rozliczeń oraz kosztorys dotyczący robót drogowych zawierają rubryki „Wymagania ogólne”.

W ofercie złożonej przez Odwołującego w tabeli elementów rozliczeniowych w rubryce „Wymagania ogólne” wpisano kwotę 1.000.000,00 zł, natomiast w kosztorysie dotyczącym robót drogowych w rubryce „Wymagania ogólne” – kwotę 80.000,00 zł.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2008 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wskazanych wyżej rozbieżności. Jednocześnie, w tym samym piśmie, Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy – Pzp, co w konsekwencji wpłynęło na zmianę ceny, która po poprawie omyłek rachunkowych wyniosła brutto 46.583.109,85 zł i wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na tę czynność pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy – Pzp.

W dniu 19 grudnia 2008 roku Odwołujący złożył protest do Zamawiającego na powyższe czynności Zamawiającego, przedstawiając wskazane wyżej zarzuty, wnioski i argumenty na ich poparcie.

Jednocześnie pismem z dnia 19 grudnia 2008 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia do Zamawiającego. Wyjaśnił, iż pozycja „wymagania Ogólne” ujęta w kosztorysie dotyczącym robót drogowych zawierająca kwotę 80.000,00 zł nie stanowi wyceny tej samej części przedmiotu zamówienia, co pozycja „Wymagania Ogólne” ujęta w tabeli elementów rozliczeniowych, zawierająca kwotę 1.000.000,00 zł. O ile pozycja „Wymagania Ogólne” zawarta w kosztorysie dotyczącym robót drogowych dotyczy wyceny czynności objętych „Wymaganiami Ogólnymi” w zakresie robót drogowych, o tyle pozycja „Wymagania ogólne” ujęta w tabeli elementów rozliczeniowych dotyczy czynności objętych wymaganiami ogólnymi w zakresie robót inżynierskich i kolejowych. Odwołujący dokonał wyceny przedmiotu zamówienia w taki sposób, ponieważ pozycja „Wymagania Ogólne” została ujęta wyłącznie w kosztorysie dotyczącym robót drogowych i brakowało odpowiednich pozycji w kosztorysach dotyczących robót inżynierskich i kolejowych.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia instrukcji wypełniania tabeli elementów rozliczeniowych, tzn. nie podał, które pozycje których kosztorysów należy zsumować w poszczególnych pozycjach tabeli. Wobec tego należy uznać, że wykonawca miał prawo do samodzielnego zinterpretowania sposobu wypełnienia tabeli.

W związku z tym, iż w terminie określonym w art. 183 ust. 2 ustawy – Pzp rozstrzygnięcie protestu nie nastąpiło, należało uznać, iż zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy – Pzp, został on oddalony.

W dniu 7 stycznia 2009 roku Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Odwołujący złożył bowiem najkorzystniejszą ofertę, zaś czynności Zamawiającego spowodowałyby bądź obniżenie ceny oferty Odwołującego o 1.000.000,00 zł, bądź też odrzucenie oferty Odwołującego, o ile ten nie zgodziłby się na tę czynność. Tym samym uznać należy, iż Odwołujący uprawniony jest do wnoszenia środków ochrony prawnej, stosownie do przepisu art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy – Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Analiza cytowanego przepisu pozwala na wniosek, iż uprawnienie Zamawiającego do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych wymaga łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

- 1) oferta wykonawcy musi zawierać omyłkę rachunkową
- 2) omyłka rachunkowa musi być oczywista.

Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji.

W niniejszym przypadku rozbieżności pomiędzy kwotą wpisaną w rubryce „Wymagania ogólne” w tabeli elementów rozliczeniowych a kwotą wpisaną w rubryce „Wymagania ogólne” zawartej w kosztorysie dotyczącym robót drogowych nie wynikają z przeprowadzenia jakichkolwiek działań arytmetycznych. Są to różne, niezwiązane ze sobą wartości. Kwota 80.000,00 zł wpisana w Kosztorysie dotyczącym robót drogowych obejmuje te części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które dotyczą robót drogowych. Natomiast pozycja „Wymagania ogólne” na kwotę 1.000.000,00 zł ujęta w tabeli elementów rozliczeniowych obejmuje pozostałe części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które nie dotyczą robót drogowych (Wymagania ogólne w zakresie Inżynierskim i Kolejowym).

Rzeczona rozbieżności nie są również oczywiste. Świadczy o tym przede wszystkim czynność Zamawiającego wyrażona w piśmie z dnia 16 grudnia 2008 roku i polegająca na żądaniu, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy – Pzp, złożenia przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kwestii rozbieżności w wartościach w kosztorysie ofertowym a tabelą elementów rozliczeniowych. Należy zwrócić tu również uwagę na sprzeczność działań Zamawiającego, który w tym samym piśmie poinformował Odwołującego o jednoczesnym uznaniu danych, wyjaśnienia których żądał, za oczywistą omyłkę rachunkową i o dokonaniu ich poprawienia. Wątpliwości Zamawiającego są równoznaczne z tym, iż na etapie żądania wyjaśnień od Odwołującego, Zamawiający nie był w stanie dokonać właściwej oceny i określić przyczyn zaistnienia rozbieżności pomiędzy wartościami, a tym samym uznać ich za oczywistą omyłkę.

Niemożność zakwalifikowania rozbieżności wskazanych w rubryce „Wymagania ogólne” tabeli elementów rozliczeniowych oraz w rubryce „Wymagania ogólne” w kosztorysie jako oczywistą omyłkę rachunkową wskazuje na brak podstaw Zamawiającego do dokonania ich poprawienia na podstawie art. 87 ust. 3 pkt 2 ustawy – Pzp.

Izba uznaje za zasadny zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy – Pzp.

W myśl wskazanego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do treści wskazanego przepisu wyrażenie przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki (względnie brak takiej zgody) nie dotyczy oczywistych omyłek rachunkowych, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy – Pzp.

Uprawnienie wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie oferty dotyczy wyłącznie innych omyłek, aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Izby, rozbieżności zawarte w treści oferty Odwołującego, nie są ani oczywistymi omyłkami rachunkowymi (co zostało wykazane powyżej), ani też nie mogą zostać uznane za omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przede wszystkim z tego względu, iż dokonane przez Zamawiającego poprawienie oferty Odwołującego spowodowało istotną zmianę w jej treści.

Konsekwencją takiego stanowiska jest brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7 ustawy – Pzp.

Izba stwierdza, iż w niniejszej sprawie naruszenie przepisów ustawy – Pzp, miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego spowodowało bowiem obniżenie ceny Odwołującego 1.000.000,00 zł. Tym samym spełniona została przesłanka art. 191 ust. 1a ustawy – Pzp, co uzasadnia uwzględnienie odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2

lit. b 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 (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 ust. 1 i 195 ust. 1 i 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych - na niniejsze postanowienie przysługuje skarga do Sądu Okręgowego w Katowicach za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w terminie 7 dni od dnia doręczenia postanowienia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....