

Sygn. akt: KIO 1377/10

WYROK
z dnia 19 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 1 lipca 2010 r., wniesionego przez konsorcjum firm: **AZYSA Polska Spółka z o.o. ul. Sokolnicza 5/63, 53-676 Wrocław (lider); AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L., CALLE ETXESAKAN, n°28 1°- Ed . AZYSA , 31180 ZIZUR MAYOR - 31180 N avarra Hiszpania; Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Spółka z o.o. ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Opolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu ul. Oleska 127, 45-231 Opole.**

Przy udziale wykonawcy - konsorcjum firm: **DROG-BUD - Spółka z o.o., Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa (lider); Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., ul. Kwietnia, 47-200 Kędzierzyn-Koźle, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Nakazuje zamawiającemu Województwu Opolskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Opolu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm: DROG-BUD - Spółka z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. Nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone dokonaniem poprawy w pozycji 32 kosztorysu (przepust PDR 2)w ofercie odwołującego.

2. Kosztami postępowania w kwocie **20 000,00 zł.** (słownie: **dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy**) obciąża **Województwo Opolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu ul. Oleska 127, 45-231 Opole.**

3. Zasądza od zamawiającego **Województwa Opolskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu ul. Oleska 127, 45-231 Opole** na rzecz odwołującego konsorcjum firm: **AZYSA Polska Spółka z o.o. ul. Sokolnicza 5/63, 53-676 Wrocław (lider); AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L., CALLE ETXESAKAN, n°28 1°- Ed . AZ YSA , 31180 ZIZUR MAYOR - 31180 Navarra Hiszpania; Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „M+” Spółki z o.o. ul. Strzelecka 13B, 47-230 Kędzierzyn-Koźle kwotę ###, tytułem zwrotu kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika. ###**

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 423 wraz z budową ciągu pieszego w miejscowości Rozwadza” (Dz. Urz. UE 2010/S 28-039729 z 10.02.2010 r.), w dniu 1 lipca 2010 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez konsorcjum firm: AZYSA Polska Spółka z o.o. z Wrocławia (lider); AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L. Navarra Hiszpania; Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Spółka z o.o. z Kędzierzyna – Koźle. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia wykonawców pismem z dnia 28 czerwca 2010 r. o czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu złożenia oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W pozycji 32 kosztorysu ofertowego – „Prace budowlano – montażowe (branża mostowa) – przepust PDR2 nie została podana cena jednostkowa. Zamawiający podał, że brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia wycenę brakującej pozycji kosztorysu ofertowego. Jako istotny brak oświadczenia woli wykonawcy, nie podlega poprawie w myśl reguł ustalonych w ustawie Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Województwu Opolskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Opolu, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) w szczególności naruszenie art. 7, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 3, pkt. 2, art. 89 ust. 1, pkt. 2, art. 91- 92 w odniesieniu do badania i braku oceny oferty odwołującego oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania, tj.:

1. przez przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania,
2. przez przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert,
3. wskazania w wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w ustalonym kryterium.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty do postępowania,
2. powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do jego ważnej oferty,
3. dokonania czynności obowiązkowych poprawek w ofercie odwołującego,
4. równego traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż zamawiający w toku postępowania zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp, co uchybia zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron. Zaznaczył, iż powyższe narusza dobre imię odwołującego i naraża na utratę sporych korzyści, gdyż jego oferta jest najtańsza, tym samym najkorzystniejsza. Podał, iż spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wskazanej regulacji art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Złożona oferta winna podlegać ocenie, gdyż nie jest niezgodna z ustawą, a jej treść odpowiada treści specyfikacji, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jest ważna na gruncie odrębnych przepisów, nie posiada oczywistych omyłek nie dających się poprawić, oraz została sporządzona zgodnie z zapisami SIWZ. Odwołujący oświadczył jednocześnie, iż wyraża zgodę na poprawienie omyłki popełnionej w poz. 32 przedłożonego kosztorysu ofertowego (branża mostowa - przepust PDR 2). Z tych względów stanowisko zamawiającego w zakresie pominięcia wskutek oczywistej omyłki pisarskiej ceny jednostkowej w pozycji Nr 32 w kosztorysie ofertowym branża mostowa - przepust PDR 2), uznał za pozbawione usprawiedliwionych podstaw. Wyjaśnił, że kosztorys ofertowy zawiera wszystkie elementy robót ujęte SIWZ i szczegółowym projekcie budowlanym. Zaznaczał, iż zamawiający miał obowiązek nałożony art. 87 ust. 2 pkt. 2 pkt. 3 ustawy Pzp dokonać odpowiednich poprawek, czego bezpodstawnie zaniechał. Zdaniem odwołującego, zaoferowany został cały zakres wymaganych robót oraz poprawnie wyceniony, zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący oświadczył, iż wykona kompleksowo zadanie, zgodnie z dokumentacją projektową, STWiORB, prawem budowlanym i sztuką budowlaną i zakresie rzeczowym, w wymaganych przez zamawiającego terminach - co wynika z treści oferty zawartej w formularzu ofertowym. Tym samym, odwołujący wywodził, iż brak jest podstaw faktycznych do odrzucenia oferty. Jeżeli natomiast zamawiający miał tu wątpliwość, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamiast odrzucać prawidłową ofertę. Powołał się na pogląd, iż odrzucenie oferty, (komentarz do art. 82 ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego z 2006 r), ma miejsce w odniesieniu li tylko do przedmiotu zamówienia: „Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia.” Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a contrario należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji.” Zdaniem odwołującego, ustawodawca dopuszcza alternatywną formę opisu. Zaznaczył, iż pozycja 32 (branża mostowa - przepust PDR 2)

została wpisana do kosztorysu ofertowego zgodnie z STWiORB o nr M 20.01.06 Umocnienie skarp i stożków brukowcem, a tym samym nie ma rozbieżności pomiędzy treścią oferty a SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia, a jedynie w kolumnie „cena jednostkowa” nie wpisano wartości. Nie mniej wartość „cena jednostkowa” identycznego zakresu robót została podana w pozycji 38 (branża mostowa - przepust PDR 1) o tym samym numerze STWiORB (M 20.01.06) i z tym samym opisem elementu rozliczeniowego tj. „Umocnienie skarp i stożków brukowcem.” Czyli, w opinii odwołującego, ze złożonego kosztorysu ofertowego jednoznacznie można odczytać cenę jednostkową danej pozycji - została ona wskazana analogicznie w poz. 38 kosztorysu ofertowego branża mostowa - przepust PDR 1 nr STWiORB M 20.01.06 Umocnienie skarp i stożków brukowcem i wynosi 130,00zł/1m2. Tym samym twierdzenie zamawiającego, że nie może tych omyłek instytucjonalnie poprawić, uznał za nieuprawnione, gdyż aby to zrobić absolutnie nie są wymagane żadne negocjacje z wykonawcą.

Wskazywał na treść regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, iż „Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, omyłki rachunkowe, inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, który to przepis zdaniem odwołującego winien znaleźć zastosowanie, czego zamawiający zaniechał. Odwołujący powołał się na przyjętą linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, między innymi w wyroku z dnia 29 października 2009 r sygn. akt. KIO/UZP 1326/09, popartego wyrokiem Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 29 grudnia 2009 r, wyroku z dnia 8 kwietnia 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP/308/10 - w analogicznych sprawach oraz w następnych: sygn. akt KIO/UZP 1059/092), sygn. akt. KIO/UZP 246/09; sygn. akt. KIO 549/09; sygn. akt KIO/UZP 978/09, sygn. akt KIO/UZP 1005/09; sygn. akt. KIO 749/10, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza nakazała uznać za nieistotną omyłkę pominięcie całej pozycji przedmiarowej, że względu na znikomą wartość w stosunku do ceny oferty. Podkreślał, iż w tym przypadku zachodzi taka sytuacja, gdyż - kwotowo pozycja omyłki stanowi 0,07% ceny oferty.

W opinii odwołującego, zamawiający nie podał żadnego faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty, co może świadczyć o braku argumentów merytorycznych oraz zamierzonym od samego początku odrzuceniem oferty odwołującego, która zajmuje pierwszą pozycję według ustalonego w SIWZ kryterium ceny. Zdaniem odwołującego, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp może mieć miejsce, jeżeli to dotyczy pozycji przedmiarowych i to takich, które nie nadają się do poprawek, a mają wpływ na cenę oferty. Dalej odwołujący argumentował, iż gdyby nawet był brak wskazanej pozycji w przedmiotowej ofercie, to nie wywołuje to zmiany ceny oferty ani żadnej innej przesłanki art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającej do zastosowania instytucji odrzucenia. Konsekwencją wadliwych czynności zamawiającego, zdaniem odwołującego, jest wybór w wyniku

postępowania oferty o ponad 1.200.000,00 zł. droższej od kwestionowanej oferty. Podkreślał, iż wobec faktu nie przedstawienia merytorycznego uzasadnienia swojego stanowiska, zamawiający kierował się intencjami niesprecyzowanymi w treści SIWZ, gdyż zamawiający przewidział w SIWZ sposób obliczenia ceny oferty w oparciu o przedstawione przedmiary, a na etapie oceny zmienił formułę kosztorysu ofertowego. Na poparcie swoich twierdzeń powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. akt KIO/UZP 1086/09, w którym Izba uznała, iż „skoro treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymogu) nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.” Odwołujący podał, iż z braku uzasadnienia odrzucenia jego oferty, należy domniemywać, iż wymogi określone w SIWZ w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, a za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty, nie można poczytywać przytoczenia treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co potwierdza treść wyroku Izby, sygn. akt KIO/UZP 949/09. W niniejszym postępowaniu w taki sposób postąpił zamawiający podając jedynie, iż przedmiotowe pozycje nie spełniają wymogów SIWZ (naruszają przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bez podania uzasadnienia faktycznego.

Zaznaczał, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej, władze RP zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów Pzp, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Pismem z dnia 9 lipca 2010 r. zamawiający – województwo Opolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu udzielił odpowiedzi, w której oświadczył, że nie uwzględnia żadnego z zarzutów zawartych w odwołaniu i wnosil:

- 1) o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku - o oddalenie odwołania,
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania w zakresie wskazanym w odpowiedzi.

Uzasadniając w pierwszej kolejności wniosek o odrzucenie odwołania - zamawiający podnosił, co następuje:

1. W skład konsorcjum odwołującego się wchodzi wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy jako tacy zobligowani są przez przepis art. 23 ust. 2 ustawy Pzp do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Osobę pełnomocnika i zakres pełnomocnictwa udzielonego na podstawie art. 23 ust. 2 Pzp przez wchodzących w skład konsorcjum odwołującego się wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia określają następujące dokumenty zawarte w ofercie tego konsorcjum złożonej w postępowaniu:

1) pełnomocnictwo z dnia 10 marca 2010 r. udzielone przez AZYSA Polska - Spółkę z o.o., jako mocodawcę, Jesusowi G., jako pełnomocnikowi, upoważniające pełnomocnika m.in. do podpisania oferty składanej w postępowaniu przez konsorcjum odwołujące oraz do: „składania protestów do zamawiającego i odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz reprezentowania członków konsorcjum przed Zespołem Arbitrów w trakcie trwania postępowania przetargowego, oraz do wyznaczania w związku z protestem i odwołaniem pełnomocników reprezentujących obydwie podmioty występujące wspólnie,”

2) pełnomocnictwo z dnia 10 marca 2010 r. udzielone przez AZYSA OBRAS Y, PROYECTOS S.L., jako mocodawcę, AZYSA Polska - Spółce z o.o., jako pełnomocnikowi, reprezentowanej, jak to zaznaczono w tekście pełnomocnictwa, przez Jesusa G., upoważniające pełnomocnika oraz Jesusa G. m.in. do podpisania oferty składanej w postępowaniu przez konsorcjum odwołujące się oraz do: „składania protestów do zamawiającego i odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz reprezentowania członków konsorcjum przed Zespołem Arbitrów w trakcie trwania postępowania przetargowego, oraz do wyznaczania w związku z protestem i odwołaniem pełnomocników reprezentujących obydwie podmioty występujące wspólnie,”

3) pełnomocnictwo z dnia 10 marca 2010 r. udzielone przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” - Spółkę z o.o., jako mocodawcę, AZYSA Polska - Spółce z o.o., jako pełnomocnikowi, reprezentowanej, jak to zaznaczono w tekście pełnomocnictwa, przez Jesusa G., upoważniające pełnomocnika m.in. do podpisania oferty składanej w postępowaniu przez konsorcjum odwołującego oraz do: „składania środków ochrony prawnej, w tym również składania oświadczeń o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i/lub odwołania oraz reprezentowania Partnerów Konsorcjum na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych i przed Sądem Okręgowym,”

4) umowa konsorcjum zawarta w dniu 10 marca 2010 r. przez wykonawców wchodzących w skład konsorcjum odwołującego, w której strony ustanawiają liderem

konsorcjum AZYSA Polska - Spółkę z o.o. i czynią go odpowiedzialnym za złożenie w postępowaniu oferty, którą podpisać ma pełnomocnik lidera.

Na dowód wskazał na pełnomocnictwa na str. 34 - 38 oferty konsorcjum odwołującego - w dokumentacji postępowania, - umowa konsorcjum na str. 39 - 45 oferty konsorcjum odwołującego.

W ocenie zamawiającego z treści powołanych wyżej dokumentów można wywieść, co następuje:

1) z pełnomocnictwa udzielonego przez AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L. wynika, iż mocodawca ten upoważnił zarówno AZYSA Polska - Spółkę z o.o. jak i Jesusa Garcíę-Nieto Moreno do wnoszenia środków ochrony prawnej w postaci protestów do zamawiającego i odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które to środki ochrony prawnej zarówno w dacie udzielenia omawianego pełnomocnictwa jak i w dacie wniesienia odwołania nie istniały już w stanie prawnym odnoszącym się do postępowania,

2) z pełnomocnictwa udzielonego przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” - Spółkę z o.o. wynika, że mocodawca ten upoważnił do wnoszenia środków ochrony prawnej wyłącznie AZYSA Polska - Spółkę z o.o., której jednak nie umocował do udzielania dalszych pełnomocnictw w tym zakresie, zaś wskazanie w omawianym pełnomocnictwie Jesusa G. jako reprezentanta AZYSA Polska - Spółki z o.o. jest wskazaniem nieskutecznym ponieważ:

a) o osobach uprawnionych do reprezentacji pełnomocnika będącego spółką z ograniczoną odpowiedzialnością nie decyduje ani mocodawca ani pełnomocnik, lecz przepis art. 201 Kodeksu spółek handlowych stanowiący, że spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością reprezentuje zarząd oraz przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące prokury,

b) z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nie wynika, by Jesus G. był członkiem zarządu lub prokurentem AZYSA Polska - Spółki z o.o.,

3) pełnomocnictwo udzielone Jesusowi G. przez AZYSA Polska – Spółkę z o.o. do wnoszenia środków ochrony prawnej jest zatem dalszym pełnomocnictwem udzielonym innej osobie przez pełnomocnika będącego jednym z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum odwołującego, ustanowionego przez pozostałych wykonawców, wchodzących w skład tego konsorcjum, i jako takie jest nieskuteczne w świetle art. 106 Kodeksu cywilnego, stosującego się do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na mocy art. 14 ustawy Pzp, ponieważ udzielone zostało bez umocowania ze strony pozostałych wykonawców, wchodzących w skład konsorcjum odwołującego się,

4) gdyby nawet, wbrew literalnemu brzmieniu pełnomocnictwa udzielonego przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” - Spółkę z o.o. AZYSA Polska - Spółce z o.o., przyjąć, że ustanawia ono pełnomocnikiem konsorcjum odwołującego nie tylko AZYSA

Polska - Spółkę z o.o. ale i Jesusa G., to co prawda byłby on upoważniony do wnoszenia środków ochrony prawnej przez wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum odwołującego, jednakże tylko jeden z tych wykonawców, a mianowicie Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” - Spółka z o.o., upoważniła Jesusa G. do wnoszenia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem obaj pozostali wykonawcy wchodzący w skład tego konsorcjum umocowali wymienionego wyłącznie do wnoszenia środków ochrony prawnej w postaci protestów do zamawiającego i odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które to środki ochrony prawnej, jak to już wyżej zaznaczono, zarówno w dacie udzielenia Jesusowi G. pełnomocnictw przez obu pozostałych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum odwołującego jak i w dacie wniesienia odwołania nie istniały już w stanie prawnym odnoszącym się do danego postępowania,

5) z umowy konsorcjum zawartej w dniu 10 marca 2010 r. przez wykonawców wchodzących w skład konsorcjum odwołującego wynika, że lider tego konsorcjum, tj. AZYSA Polska - Spółka z o.o., mógł skutecznie udzielić Jesusowi G. dalszego pełnomocnictwa do podpisania oferty w imieniu konsorcjum odwołującego, lecz już nie do złożenia odwołania.

Konkludując powyższe wywody, zamawiający uznał, że:

- 1) jedynie wchodząca w skład konsorcjum odwołującego AZYSA Polska - Spółka z o.o. ustanowiona została pełnomocnikiem tego konsorcjum przez obu pozostałych wykonawców wchodzących jego skład,
- 2) Jesus G. nie jest pełnomocnikiem konsorcjum odwołującego, umocowanym przez wszystkich wykonawców wchodzących w skład tego konsorcjum do wnoszenia w jego imieniu środków ochrony prawnej ani osobą reprezentującą pełnomocnika konsorcjum odwołującego się, tj. AZYSA Polska - Spółkę z o.o., a nawet gdyby powyższą tezę zakwestionować, to nie sposób przyjąć, iżby Jesus G. upoważniony był przez wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum odwołującego do wnoszenia w imieniu tego konsorcjum odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,
- 3) w konsekwencji odwołanie, jako podpisane przez Jesusa G., wniesione zostało przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika, wobec czego podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, iż poczynione przez niego konkluzje znajdują potwierdzenie w utrwalonej linii orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych, wedle której:

- 1) pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 Pzp, musi być udzielone przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (z wyjątkiem sytuacji, gdy pełnomocnikiem zostaje ustanowiony jeden z tych wykonawców - wówczas nie udziela on sam sobie pełnomocnictwa) - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 918/08,

- 2) stosownie do art. 106 Kodeksu cywilnego pełnomocnik (lider konsorcjum) może udzielić pełnomocnictwa innej osobie w imieniu i ze skutkiem dla mocodawcy (konsorcjum) tylko wtedy, gdy jest do tego umocowany - wyrok Zespołu Arbitrów sygn. UZP/ZO/0-994/07,
- 3) umocowanie pełnomocnika ustanowionego na podstawie art. 23 ust. 2 Pzp musi być co do zakresu bezsporne - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO/UZP 1333/08,
- 4) brak uprawnienia do wnoszenia danego środka ochrony prawnej dotyczy zarówno sytuacji, w której odwołanie składane jest przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego się, jak też okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniach odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do powyższego nieuprawnionym - postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO/UZP 1176/09.

Przechodząc z kolei do uzasadnienia wniosku o oddalenie odwołania, składanego na wypadek nieuwzględnienia wniosku o jego odrzucenie, oraz odnosząc się do zarzutów podniesionych odwołaniu – wskazywał na następujące okoliczności.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia będącego przedmiotem postępowania, zamawiający zastrzegł m.in., że:

- 1) oferta winna zawierać kosztorys ofertowy sporządzony według wzoru tego kosztorysu i zawartego w nim przedmiaru robót określonego w załączniku nr 2 do SIWZ (pkt 7.2. SIWZ),
- 2) cena oferty winna być wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony według wzoru tego kosztorysu i zawartego w nim przedmiaru robót określonego w załączniku nr 2 do SIWZ (pkt. 11.1. SIWZ),
- 3) wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartość netto dla wszystkich pozycji przedmiaru robót wskazanych we wzorze kosztorysu ofertowego (pkt 11.2. SIWZ), a obliczona przez wykonawcę cena oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje przedmiaru robót wskazane w tym wzorze (pkt 11.3. SIWZ),
- 4) rozliczenie końcowe poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego będzie zgodne z obmiarem końcowym robót budowlanych określonych w tych pozycjach, wykonanym po realizacji zamówienia (pkt 11.4 SIWZ), przy czym ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym są ustalone na cały okres ważności umowy o wykonanie robót budowlanych objętych zamówieniem będącym przedmiotem postępowania i nie będą podlegać zmianom w trakcie realizacji tej umowy (pkt 11.6 SIWZ).

W zawartym w ofercie konsorcjum odwołującego kosztorysie ofertowym dla prac budowlano-montażowych (branża mostowa - przepust PDR2) w ogóle nie wskazano ceny jednostkowej dla pozycji „Umacnianie skarp i stożków brukowcem - 38,15 m2," a wartość tej pozycji wyceniono jako zerową (poz. 32 na str. 28 oferty).

Konsorcjum odwołującego wprawdzie nie kwestionuje w odwołaniu faktu, iż w zawartym w jego kosztorysie brak jest określenia powyższej ceny jednostkowej i wartości, jednakże usiłuje za pomocą argumentacji nie do końca zrozumiałej dla zamawiającego wykazać, że ów brak jest co najwyżej niezgodnością formy oferty z wymaganiami SIWZ, co nie daje podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, argumentacja ta jest chybiona w sposób tak oczywisty, że poprzestał tylko na stwierdzeniu, iż omawiany brak stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ już choćby ze względu na opisane w pkt. 11.4 i 11.6 SIWZ funkcje cen jednostkowych, określonych w kosztorysie ofertowym dla powykonawczego ustalenia wynagrodzenia wykonawcy oraz wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2008r. sygn. KIO/UZP 476/09, w którego uzasadnieniu stwierdza się: „Pominięcie cen jednostkowych, służących do rozliczeń, jako istotnych postanowień umowy o realizacją zamówienia, powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.”

Za bezpodstawne uznał zamawiający twierdzenia, że odrzucając ofertę konsorcjum odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodną z treścią SIWZ z powodu wskazanych wyżej braków w kosztorysie ofertowym, naruszył przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie uzupełnienia tych braków w trybie poprawy omyłek w ofercie. Zamawiający zaznaczył, iż stoi na stanowisku, że braki w kosztorysie ofertowym zawartym w ofercie odwołującego nie dają się usunąć przez poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp oczywistych omyłek pisarskich i oczywistych omyłek rachunkowych, albo poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Uzasadniając powyższe twierdzenie zamawiający zwrócił uwagę, że:

1) pominięcie w zawartym w ofercie odwołującego kosztorysie ofertowym ceny jednostkowej prac budowlano-montażowych (branża mostowa - przepust PDR2) dla pozycji „Umacnianie skarp i stożków brukowcem - 38,15 m²” (poz. 32 na str. 28 oferty) nie sposób uznać za oczywistą omyłkę pisarską, skoro wedle ustalonej linii orzecznictwa i piśmiennictwa w sprawach zamówień publicznych - przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części – co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO/UZP 865/08,

2) oczywista omyłka rachunkowa według ustalonej linii orzecznictwa i piśmiennictwa to omyłka w dodawaniu, odejmowaniu, mnożeniu lub dzieleniu znanych liczb - np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 62/09, w którego uzasadnieniu stwierdza się, że: „Omyłka rachunkowa stanowi wynik błędnego działania na liczbach.” Przy takim rozumieniu pojęcia oczywistej omyłki rachunkowej pominięcie w zawartym w ofercie odwołującego kosztorysie ofertowym ceny jednostkowej prac budowlano-montażowych (branża mostowa -

przepust PDR2) dla pozycji „Umacnianie skarp i stożków brukowcem - 38,15 m²” (poz. 32 na str. 28) nie jest oczywistą omyłką rachunkową, ponieważ nie stanowi efektu błędu w działaniach arytmetycznych na znanych liczbach,

3) w konsekwencji uznał pominięcie w zawartym w ofercie odwołującego kosztorysie ofertowym ceny jednostkowej prac budowlano-montażowych (branża mostowa - przepust PDR2) dla pozycji „Umacnianie skarp i stożków brukowcem” jest ewidentną niezgodnością treści tej oferty z treścią pkt. 11.2. SIWZ, niedającą się usunąć w drodze poprawienia przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

W tej sytuacji, zamawiający rozważał możliwość usunięcia omawianej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. w drodze poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści tej oferty. Podnosił dalej, że takie poprawienie musiałoby siłą rzeczy sprowadzać się do ustalenia przez zamawiającego ceny jednostkowej prac budowlano-montażowych (branża mostowa - przepust PDR2) dla pozycji „Umacnianie skarp i stożków brukowcem” na dowolnym, wybranym przez zamawiającego poziomie i określenia na jej podstawie wartości robót budowlanych objętych tą pozycją, co ewidentnie powodowałoby istotną zmianę treści oferty, zwłaszcza w kontekście postanowień pkt. 11.4. i 11.6. SIWZ, z których jednoznacznie wynika, że wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych objętych zamówieniem będącym przedmiotem postępowania ma charakter kosztorysowy i ustalone zostanie powykonawczo na podstawie rzeczywistej ilości wykonanych robót budowlanych objętych poszczególnymi pozycjami obmiarowymi oraz cen jednostkowych tych robót, podanych w ofercie wykonawcy i niepodlegających zmianom przez cały czas realizacji robót budowlanych objętych umową w sprawie zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Zaznaczył przy tym, że zamawiający w celu pozyskania informacji niezbędnych do usunięcia omawianej niezgodności w drodze poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może żądać od odwołującego wyjaśnień stosownie do art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, które to żądanie wyjaśnień jest zresztą prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, a to z tej przyczyny, iż zastosowanie powyższego trybu ewentualnego usunięcia stwierdzonej niezgodności musiałby siłą rzeczy skutkować prowadzeniem negocjacji dotyczących oferty złożonej przez odwołujące się, czego zabrania art. 87 ust. 1 zdanie drugie tej ustawy.

W konkluzji stwierdził, że kwestionowana oferta nie zawiera oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych podlegających poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, lecz jest w swej treści niezgodna z treścią SIWZ, której to niezgodności zamawiający nie jest w stanie usunąć stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. w sposób niepowodujący istotnych zmian w treści tej oferty i bez prowadzenia z odwołującym negocjacji dotyczących

jego oferty, niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. Na poparcie powyższych wniosków, zamawiający wskazał na następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe, już na tle tego brzmienia art. 87 ust. 2 Pzp, które obowiązuje od 24 października 2008 r.: sygn. 476/09; sygn. 1026/09, sygn. KIO/UZP 1073/09, sygn. 1281/09; sygn. 1396/09, sygn. KIO/UZP 1620/09 i KIO/UZP 1625/09. Zawarty w odwołaniu zarzut rzekomej niezrozumiałości SIWZ i rzekomej zmiany jej postanowień z racji lakoniczności i braku rzeczowego uzasadnienia, uznał zamawiający za bezprzedmiotowy. Zamawiający powołując się na treść pisma do wykonawców znak ZDW.WP.3211/04/10 z dnia 28 czerwca 2010r., nie zgodził się z zarzutem braku uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 lipca 2010 r, przekazane faksem 2 lipca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił w dniu 5 lipca 2010 r. wybrany wykonawca - konsorcjum firm: DROG-BUD - Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie (lider); Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, (z kopiami przekazanymi w tym samym terminie stronom postępowania), który powołał się na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, polegający na tym, że w przypadku oddalenia odwołania, zamówienie będące przedmiotem postępowania udzielone zostanie konsorcjum przystępującego, które złożyło ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu oraz wnosił:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) przeprowadzenie zgłoszonych dowodów z dokumentacji postępowania.

W uzasadnieniu, przystępujący przedstawił przebieg czynności stron oraz przytoczył postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), mające znaczenie w przedmiotowej sprawie. W szczególności wskazywał na niezgodność w kosztorysie ofertowym odwołującego, gdzie dla prac budowlano-montażowych (branża mostowa - przepust PDR2) w ogóle nie wskazano ceny jednostkowej dla pozycji 32, a wartość tej pozycji wyceniono jako zerową. Przystępujący zacytował treść art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i stwierdził, iż przepis ten nie znajduje zastosowania, gdyż pominięcie w zawartym w ofercie odwołującego się kosztorysie ofertowym ceny jednostkowej prac budowlano-montażowych (branża mostowa - przepust PDR2 pozycji 32 „Umacnianie skarp i stożków brukowcem,” nie sposób uznać za oczywistą omyłkę pisarską, ani rachunkową. Nie poddając się także poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż takie poprawienie musiałoby sprowadzać się do ustalenia przez zamawiającego ceny jednostkowej prac budowlano-montażowych (branża mostowa - przepust PDR2) dla pozycji „Umacnianie skarp i stożków

brukowcem - 38,15 m²" na dowolnym, wybranym przez zamawiającego, poziomie i określenia na jej podstawie wartości robót budowlanych objętych tą pozycją, co ewidentnie powodowałoby istotną zmianę treści oferty zwłaszcza w kontekście postanowień pkt. 11.4. i 11.6. SIWZ, z których jednoznacznie wynika, że wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych, objętych zamówieniem będącym przedmiotem postępowania ma charakter kosztorysowy i ustalone zostanie powykonawczo na podstawie rzeczywistej ilości wykonanych robót budowlanych objętych poszczególnymi pozycjami obmiarowymi oraz cen jednostkowych tych robót podanych w ofercie wykonawcy i niepodlegających zmianom przez cały czas realizacji robót budowlanych objętych umową w sprawie zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Przystępujący przedstawił więc taką samą argumentację, jak zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania. Zaznaczył, iż nie można usunąć niezgodności w drodze wyjaśnień stosownie do art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, gdyż skutkowałoby to prowadzeniem negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Zdaniem przystępującego do postępowania odwoławczego, argumentacja przedstawiona przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania jest po części bezprzedmiotowa, bo nie odnosi się do czynności zamawiającego będącej przedmiotem odwołania, a po części chybiona, i jako taka nie podważa legalności odrzucenia kwestionowanej oferty.

Wobec nieuwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie złożył opozycji przeciwko przystąpieniu do odwołania ze strony wybranego wykonawcy. Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: DROG-BUD - Spółka z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. do postępowania odwoławczego z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego. SPRAWDZ PEŁNOMOCNICTWA BRAK PEŁN> DO UDZIELANIA DALSZYCH>

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W skład konsorcjum odwołującego wchodzi firmy:

- 1) AZYSA Polska Spółka z o.o. z Wrocławia (lider);
- 2) AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L. Navarra Hiszpania (partner);
- 3) Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Spółka z o.o. Kędzierzyn - Koźle (partner),

W dokumentach oferty złożone zostało pełnomocnictwo z dnia 10 marca 2010 r. wystawione przez osobę umocowaną do reprezentowania lidera konsorcjum AZYSA Polska Spółka z o.o. upoważniające p. Jezusa G. między innymi do składania odwołań do Prezesa Urzędu zamówień Publicznych oraz reprezentowania

członków konsorcjum przed Zespołem Arbitrów oraz do wyznaczania w związku z (...) odwołaniem, pełnomocników reprezentujących obydwie gminy występujące wspólnie. Odrębne pełnomocnictwa opatrzone również datą 10 marca 2010 r. wystawione zostały przez osoby umocowane do reprezentowania: AZYSA OBRAS Y PROYECTOS S.L. i Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowe „M+” Spółka z o.o., które ustanawiają liderem konsorcjum firmę AZYSA Polska Spółka z o.o. oraz upoważniają lidera i p. Jezusa G. między innymi do składania odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz reprezentowania członków konsorcjum przed Zespołem Arbitrów oraz do wyznaczania w związku z (...) odwołaniem, pełnomocników reprezentujących obydwie gminy występujące wspólnie. Pełnomocnictwo wystawione przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M+” Spółka z o.o. upoważnia do składania środków ochrony prawnej, reprezentowania partnerów konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą. Oraz udzielania dalszych pełnomocnictw. Do oferty załączona została także umowa konsorcjum dla wspólnego złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, zawarta w dniu 10 marca 2010 r., podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania uczestników konsorcjum, zgodnie z przedstawionymi odpisami z dokumentów rejestrowych. Odpisy tych samych pełnomocnictw i umowy konsorcjum, które zostały załączone w oryginale do dokumentacji oferty, odwołujący załączył do odwołania wraz z odpisem pełnomocnictwa notarialnego z dnia 26 stycznia 2010 r. wystawionym przez osoby umocowane do reprezentowania lidera - AZYSA Polska Spółka z o.o. do zawierania w imieniu spółki umów konsorcjum i udzielania dalszych pełnomocnictw liderowi konsorcjum w postępowaniach w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie, W tym do składania w imieniu mocodawcy i/ lub konsorcjum protestów, odwołań i skarg jak również do reprezentowania mocodawcy przed Krajową Izbą odwoławczą. Na wezwanie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2010 r. w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie osób reprezentujących członków konsorcjum, odwołujący przy piśmie z dnia 7 lipca 2010 r. uzupełnił odwołanie składając w oryginale pełnomocnictwa wystawione w dniu 1 lipca 2010 r. przez osoby umocowane do reprezentowania poszczególnych uczestników konsorcjum odwołującego, upoważniającego p. Jezusa G. między innymi do składania środków ochrony prawnej w tym odwołań i reprezentowania konsorcjum w tym postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak również do udzielania dalszych pełnomocnictw pracownikom AZYSA Sp. z o.o. i pełnomocnictw procesowych. Wobec skutecznego uzupełnienia pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania, gdyż jeżeli nawet pełnomocnictwa zawierały pewne nieścisłości w zakresie określenia organów rozstrzygających środki ochrony prawnej, to dokumenty te zostały skutecznie uzupełnione.

Izba postanowiła dopuścić wybranego wykonawcę - konsorcjum firm: DROG-BUD - Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie (lider); Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, do udziału w sprawie w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego i przystępującego, pism stron i przystępującego złożonych w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 423 wraz z budową ciągu pieszego w miejscowości Rozwadza.” Przedmiot zamówienia obejmuje między innymi przebudowę przepustów.

Jedynym kryterium oceny ofert złożonych w postępowaniu była cena - pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z druku ZP - 12 wynika, iż zostały złożone dwie oferty.

Ofertą zawierającą najniższą cenę była oferta konsorcjum odwołującego – 8 335 858,74 zł brutto, zaś oferta przystępującego do postępowania odwoławczego zawierała cenę 9 920 461,29 zł brutto.

W SIWZ zamawiający postanowił, że:

- 1) oferta winna zawierać kosztorys ofertowy sporządzony według wzoru tego kosztorysu i zawartego w nim przedmiaru robót określonego w załączniku nr 2 do SIWZ (pkt 7.3. SIWZ),
- 2) cena oferty winna być wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony według wzoru tego kosztorysu i zawartego w nim przedmiaru robót określonego w załączniku nr 2 do SIWZ (pkt. 11.1. SIWZ),
- 3) kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w druku kosztorysu ofertowego (pkt 11.2),
- 4) wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione przez wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian

do kosztorysu ofertowego. Zamawiający zastrzega prawo wglądu do kosztorysu szczegółowego wykonawcy na każdym etapie postępowania i realizacji zamówienia,

5) rozliczenie końcowe poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego może ulec zmianie i będzie zgodne z obmiarem końcowym, wykonanym po realizacji zamówienia (pkt 11.4 SIWZ),

7) cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie koszty towarzyszące,

8) ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym są ustalone na cały okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom w trakcie realizacji tej umowy (pkt 11.6 SIWZ).

W załączniku nr 2 do SIWZ zawarty jest przedmiar robót, w oparciu o który wykonawcy zobowiązani byli opracować i złożyć kosztorys ofertowy.

Pozycja 38 w części przedmiaru – prace budowlano – montażowe (branża mostowa – przepust PDR1) powołuje się na opis robót dokonany w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR) Nr M.20.01.06 – umocnienie skarp i stożków brukowcem, z podaniem ilości robót 25 m². Pozycja 32 części przedmiaru prace budowlano montażowe (branża mostowa – przepust PDR2) - umocnienie skarp i stożków brukowcem powołuje jako podstawę wyceny również (STWiOR) Nr M.20.01.06, i podaje ilość robót 38,15 m².

W §1.1 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ zamawiający postanowił rozliczenie końcowe w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego może ulec zmianie i będzie zgodne z obmiarem końcowym wykonanym po zrealizowaniu przedmiotu umowy. Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy zamawiający przewidział, iż w przypadku, gdy roboty wynikające z poleceń wprowadzonych zgodnie z postanowieniami (...) umowy są tożsame z opisami pozycji w kosztorysie ofertowym, cena jednostkowa określona w kosztorysie ofertowym, używana będzie do wyliczenia wartości wynagrodzenia. Pismem z dnia 10 marca 2010 r. w odpowiedzi na zapytania wykonawców do SIWZ nr: 4,5,7,10,12,13,14,16,17,19, i 20 zamawiający udzielił odpowiedzi, iż wszystkie obmiary przedstawione w kosztorysie ofertowym zostały określone na etapie prac projektowych i takie też podlegają wycenie. Wykonawca określi cenę jednostkową dla danej pozycji kosztorysu. W przypadku wystąpienia różnic pomiędzy przyjętą na etapie projektowania ilością a rzeczywiście wykonaną robotą zostanie to uwzględnione podczas rozliczeń zadania. Informował, że kontrakt jest kontraktem obmiarowym i zgodnie z umową zarówno w przypadku wystąpienia większych jak i mniejszych ilości rozliczany będzie rzeczywisty zakres robót.

W kosztorysie ofertowym odwołującego pozycja 38 w części – prace budowlano – montażowe (branża mostowa – przepust PDR1) – umocnienie skarp i stożków brukowcem w kolumnie cena jednostkowa podaje kwotę 130,00zł. wartość – 3 250,00 zł. Pozycja 32 części

prace budowlano montażowe (branża mostowa – przepust PDR2) - umocnienie skarp i stożków brukowcem - kolumna cena jednostkowa pozostała niewypełniona, zatem kolumna wartość robót podaje kwotę 0,00.

W ofercie przystępującego w pozycji 38 i 32 kosztorysu ofertowego dla robót mostowych p-przepust PDR1 i przepust PDR2 – (umocnienie skarp i stożków brukowcem) podana jest taka sama cena jednostkowa 235,00zł. za m2.

Izba zważyła co następuje.

Nie ulega wątpliwości, iż odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, skoro broni swojej oferty, która przedstawia najniższą cenę, a więc jest najkorzystniejsza w przyjętym kryterium oceny.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 89 ust. 1 pkt 2 obliguje do odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zanim jednak zamawiający odrzuci ofertę, zobowiązany jest wyczerpać wszelkie procedury naprawcze, których zastosowanie ustawa nakazuje. W tym przewidziane w art. 26 ust. 3 i 4, a w szczególności w art. 87 tej ustawy.

Art. 87 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Treść tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż ma on charakter imperatywny. Z tych względów, jeżeli mogą zachodzić określone w powołanym przepisem przesłanki, zamawiający nie może uchylić się od ich zbadania w toku oceny ofert. Procedura przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp generalnie dotyczy omyłek w ofertach wykonawców. Nie jest więc możliwa konwalidacja oferty, wówczas jeżeli jakakolwiek niezgodność z warunkami ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, byłaby wynikiem świadomego i celowego działania wykonawcy. Odwołujący od początku i konsekwentnie powoływał się na okoliczność, iż brak podania ceny jednostkowej w pozycji 32 części kosztorysu ofertowego - prace budowlano montażowe (branża mostowa – przepust PDR2) - umocnienie skarp i stożków brukowcem nastąpił w wyniku przeoczenia, nieuwagi przy sporządzaniu kosztorysu. W okolicznościach tej sprawy, Izba uznała wyjaśnienia odwołującego, iż popełnił on omyłkę za wiarygodne. Zostały złożone tylko dwie

oferty wykonawców konkurujących o zamówienie. Nie występują wykonawcy powiązani kapitałowo, których działania mogłyby być celowo ukierunkowane np. na przeforsowanie wyboru droższej oferty. Racjonalne jest więc założenie, że odwołujący angażując środki i czas na opracowanie oferty zabezpieczonej wadium, zamierzał ją przygotować w sposób pełni zgodny z wytycznymi zamawiającego, zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Także nie można uznać, że odwołujący celowo podał zerową wartość całkowitą wymienionej pozycji, (czy nie dokonał jej wyceny), skoro bowiem nie została podana cena jednostkowa, program kosztorysujący automatycznie przemnażając przez ilość jednostek przedmiarowych, wygenerował wartość „zero.” W szczególności w kosztorysach ofertowych, zawierających setki, a nieraz tysiące pozycji, zdarza się wykonawcom popełnianie różnorodnych błędów, które powinny zostać skorygowane we wszystkich sytuacjach, gdy tylko jest to możliwe i dopuszczone przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast poglądów odwołującego, że skoro zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w ogólności w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i dokumentacją projektową, tym samym ofertę należy uznać za prawidłową. Zawsze, gdy ogólnej deklaracji wykonawcy zawartej w formularzu ofertowym, nie potwierdza zawartość szczegółowa oferty, jest to przejaw wewnętrznej sprzeczności oferty, która bądź powinna zostać poprawiona, jeżeli zachodzą ku temu podstawy, a w przeciwnym wypadku odrzucona, jeżeli nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp).

Izba przyznała rację zamawiającemu i przystępującemu, iż popełniona przez odwołującego omyłka nie podlega sprostowaniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako oczywista omyłka pisarska, gdyż w myśl ustalonej wykładni orzecznictwa i piśmiennictwa - przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części. Zatem nie jest możliwe stwierdzenie, iż opuszczenie ceny jednostkowej pozycji, stanowi omyłkę pisarską. Popełniony przez odwołującego błąd, nie może zostać zakwalifikowany jako oczywista omyłka rachunkowa, gdyż za taką uchodzi widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku przeprowadzonego działania arytmetycznego, poddający się korekcie w drodze weryfikacji wyliczeń.

Odmierna sytuacja ma miejsce przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tą drogą może być więc korygowany każda omyłka, nie tylko polegająca na błędzie pisarskim, czy rachunkowym, ale też niezgodność polegający na odmiennej treści oferty, od tej którą w rzeczywistości zamierzał złożyć wykonawca. Jedynym ograniczeniem, jakie nałożył ustawodawca jest, aby poprawa w ofercie nie spowodowała istotnych zmian w jej treści.

Zamawiający przewidział kosztorysową formę wynagrodzenia, co stanowi okoliczność bezsporną, zatem nie tylko cena całkowita oferty stanowi istotną treść, ale i ceny jednostkowe, w oparciu o które strony będą prowadziły rozliczenia za faktycznie wykonany zakres robót, ustalony obmiarem powykonawczym. Nie byłoby dopuszczalne, aby zamawiający w drodze żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, uzyskał od wykonawcy informację, iż w pominiętej pozycji należy zastosować dowolnie podaną cenę jednostkową. Stanowiłoby to bowiem, jak trafnie utrzymywał zamawiający i przystępujący, prowadzenie z wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji, prowadzących do dokonania niedozwolonej zmiany oferty, po upływie terminu jej złożenia.

Inna sytuacja zachodzi, gdy w oparciu o zawartość dokumentów oferty, istniejące w niej dane, bez wytworzenia nowego oświadczenia wykonawcy, możliwe jest uzupełnienie stwierdzonego braku. Przeprowadzone dowody potwierdziły, iż zamawiający samodzielnie bez ingerencji wykonawcy, mógł i powinien poprawić ofertę odwołującego.

W kosztorysie ofertowym odwołującego w pozycji 38 w części – prace budowlano – montażowe (branża mostowa – przepust PDR1) – umocnienie skarp i stożków brukowcem w kolumnie cena jednostkowa podana jest kwota 130,00 zł. x25 m², wartość – 3 250,00 zł. Pozycja 32 części przedmiaru prace budowlano montażowe (branża mostowa – przepust PDR2) - umocnienie skarp i stożków brukowcem - kolumna cena jednostkowa powinna zostać uzupełniona przez podanie tej samej ceny jednostkowej, co przy przemnożeniu przez przewidzianą ilość jednostek przedmiarowych 38,15 m², dałoby wartość robót tej pozycji w kwocie 4 959,50 zł. netto.

W ocenie Izby, taki sposób poprawy jest dopuszczalny, gdyż zarówno pozycja 38 przedmiaru (branża mostowa przepust PDR1) jak i pozycja 32 (branża mostowa przepust PDR2) powołuje się na ten sam opis – prace budowlano – montażowe (branża mostowa) dokonany w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR) Nr M.20.01.06 – umocnienie skarp i stożków brukowcem, część DM 00.00.00, M20.00.00 – inne roboty mostowe. Z czego wynika, iż sposób wykonania robót, zastosowane materiały i sprzęt są identyczne, różnica dotyczy jedynie ilości jednostek przedmiarowych, z góry podanych przez zamawiającego. Stąd bez żadnych negocjacji ani wyjaśnień wykonawcy, zamawiający powinien dokonać poprawy w ten sposób, aby uzupełnić ceną jednostkową pozycję 32 w kwocie 130,00 zł, z wyliczeniem wartości wymienionej pozycji w kosztorysie, także z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w cenie całkowitej oferty odwołującego. Odwołujący w treści odwołania, zawarł oświadczenie, z którego wynika iż zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, godzi się na omówiony wyżej sposób dokonania poprawy jego oferty. Należy zauważyć, że przystępujący w odnośnych pozycjach

32 i 38 swojego kosztorysu ofertowego za umocnienie skarp i stożków brukowcem również podał analogiczne ceny jednostkowe tj. w kwocie 235,00 zł. w każdej z tych pozycji.

Ponadto w § 3 ust. 1 wzoru umowy zamawiający sam ustalił warunki, iż w przypadku, gdy roboty wynikające z poleceń wprowadzonych zgodnie z postanowieniami (...) umowy są tożsame z opisami pozycji w kosztorysie ofertowym, cena jednostkowa określona w kosztorysie ofertowym, używana będzie do wyliczenia wartości wynagrodzenia, co dodatkowo potwierdza podstawy do korekty na podstawie ustalonej ceny jednostkowej takiego samego elementu rozliczeniowego.

Uwzględniając nakazaną korektę, cena oferty odwołującego netto wyniesie 6 832 671,09 zł. + 4 959,50 zł. razem 6 837 630,59 zł. Różnica w cenie netto między ofertą odwołującego a przystępującego po korekcie wynosi 1 293 895,06 zł. Oferta przystępującego w oparciu o ustalone kryterium ceny, nie jest najkorzystniejsza w myśl postanowień art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Czynione zamawiającemu zarzuty naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp znalazły potwierdzenie w materiale dowodowym sprawy, gdyż odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez dokonania poprawy kosztorysu ofertowego, w sytuacji, gdy usunięcie stwierdzonego braku było możliwe i dopuszczalne naruszyło art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy . Wybór oferty przystępującego, która nie była najkorzystniejsza naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Stwierdzenie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zawsze prowadzi w następstwie do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zaprzecza, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – urzeczywistniało i zapewniało przebieg z poszanowaniem podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie stwierdziła, ażeby zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez brak pełnego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. W ocenie Izby zamawiający podał w piśmie dnia 28 czerwca 2010 r. zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne, formalnie w sposób prawidłowy, umożliwiający odniesienie się oraz polemikę w złożonym odwołaniu. Izba nie znalazła również podstaw, aby przypisać zamawiającemu, jak utrzymywał odwołujący, niejasne sformułowanie wymagań SIWZ, w jakikolwiek sposób utrudniające przygotowanie i złożenie oferty.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp., gdyż ujawnione naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć zamawiającego.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego Izba zasądziła od zamawiającego kwotę 23 600,00 zł, obejmującą poniesiony wpis w kwocie 20 000,00 zł. oraz koszty zastępstwa przez pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł. na podstawie złożonego do akt sprawy rachunku stosownie do postanowień § 3 ust. 1a i ust. 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....