

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 17 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **17 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 3 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kompleksowa modernizacja dróg na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki* (nr postępowania WPI.271.2.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Nowy Dwór Mazowiecki**

przy udziale wykonawcy: **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**postanawia:**

**1. Umarza postępowanie odwoławcze.**

**2.** Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwoty **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Nowy Dwór Mazowiecki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Kompleksowa modernizacja dróg na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki* (nr postępowania WPI.271.2.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 lutego 2015 r. pod nr 23440-2015, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.bip.nowydwormaz.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 18.893.942,05 zł, co stanowi równowartość 4.472.044,79 euro.

30 marca 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej również: „Strabag”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

3 kwietnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, pomimo że oferta ta zawierała jedynie inne omyłki podlegające poprawieniu, czego Zamawiający zaniechał.
2. Art. 87 ust. 1 – przez niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, a w konsekwencji niedokonanie poprawienia innej omyłki.
3. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie przez wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo że jego oferta nie zawierała niezgodności

uzasadniającej jej odrzucenie, które mogłoby skutkować zaniechaniem dokonania przez Zamawiającego przedmiotowego wezwania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego, tj.: poz. nr 43 kosztorysu branży drogowej oraz poz. nr 7, 18, 23, 25 branży sanitarnej – gazociąg oraz pozycji nr 3 branży elektrycznej, a także zawiadomienia o tym Odwołującego.
4. Nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
5. Wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, w tym oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyżej zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wskazane przez Zamawiającego nieprawidłowości w kosztorysach Strabag są inną omyłką o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, podlegającą poprawieniu przez Zamawiającego w trybie tego przepisu.

Według Odwołującego przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji uprawniająca do automatycznego odrzucenia oferty powinna być oczywista {w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 17 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2018/11)}. Zamawiający nie jest ponadto uprawniony przyjąć, bez wyraźnych ku temu podstaw, że treścią oferty objęte jest oświadczenie, które rodzi dla wykonawcy negatywne konsekwencje. Zdaniem Odwołującego istnieje konieczność żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości co do treści oferty lub w przypadku stwierdzenia sprzeczności w ofercie, jeżeli te wątpliwości lub sprzeczności miałyby prowadzić do odrzucenia oferty {w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 992/09)}. Tym bardziej, że wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, skoro celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie zamówienia {w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 17 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1079/13)}.

Odwołujący podkreślił również, że zgodnie z orzecznictwem Izby zmiana w kosztorysach jest jak najbardziej dopuszczalna w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przepis ten nie zawiera ograniczeń co do wnoszenia poprawek w kosztorysie powodujących zmianę wynagrodzenia. Zmiany w tego typu dokumentach są chyba najczęstszymi spośród zmian dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przyczyną tego jest obszerność kosztorysów zawierających setki i tysiące pozycji, co sprzyja popełnieniu omyłek przez

## Sygn. akt KIO 670/15

wykonawców {w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 24 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2200/12)}.

Zdaniem Odwołującego przyjmuje się przy tym możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*, a więc ceny ofertowej czy przedmiotu świadczenia, przy czym dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, przy uwzględnieniu ilości, jakości i wartości takich zmian. Odwołujący podniósł, że jak podkreślił Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): *kwalifikator istotnych zmian (...) należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.*

Według Odwołującego istotne znaczenie ma również okoliczność, że według specyfikacji w tym zamówieniu wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter kosztorysowy, a jego ostateczna wartość wynikać będzie z faktycznej ilości wykonanych robót. Stąd stwierdzone omyłki ostatecznie nie miałyby wpływu na rzeczywiste i ostateczne wynagrodzenie, z tego względu, że jej korekta została by dokonana na etapie realizacji robót.

Odwołujący wyjaśnił, że pierwsza niezgodność jego oferty z SIWZ polega na tym, że omyłkowo nie dokonał zmiany ilości krawężników w pozycji nr 43 kosztorysu ofertowego branży drogowej. Odwołujący stwierdził, że przyczyną tej omyłki były kilkukrotne zmiany wprowadzone przez Zamawiającego, co spowodowało, że treść SIWZ stała się nieczytelna.

Odwołujący podał, że po raz pierwszy Zamawiający odniósł się do ilości krawężników w piśmie z 18 lutego 2015 roku, w którym udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców oraz dokonał zmiany treści SIWZ. Zamawiający doprecyzował ilość materiałów jaką należy przyjąć przez załączenie do tego pisma zestawienia długości elementów kamiennych, przy czym dla poz. 43 określono długość krawężników na 415 m. W kolejnym piśmie z 4 marca 2015 r. Zamawiający wskazał, że powołane zestawienie należy uwzględnić przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego. Po raz trzeci – w piśmie z 6 marca 2015 roku, w którym Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym zestawieniu powstał błąd i właściwa długość krawężnika to 411 m. .

Według Odwołującego ponieważ aż pięciu z ośmiu wykonawców biorących udział w postępowaniu popełniło ten sam błąd w poz. 43 kosztorysu, nie dokonując zmiany ilości krawężników z wartości 415 na 411 m, nie ma wątpliwości, że przyczyną tej niezgodności nie było świadome działanie Odwołującego, lecz powyżej opisane działanie zamawiającego.

## Sygn. akt KIO 670/15

Biorąc pod uwagę charakter zaistniałej omyłki, która polegała wyłącznie na omyłkowym nieskorygowaniu ilości krawężników w pozycji 43, Odwołujący nie ma wątpliwości, że dokonanie jej poprawy nie powodowałoby konieczności merytorycznej ingerencji w treść oferty. Odwołujący wskazał, że różnica w ilości czterech krawężników przy zaoferowanej przez Odwołującego cenie jednostkowej za ten materiał stanowi niewielką różnicę – 733,87 zł brutto i nie miałoby wpływu na wyniki punktacji decydującej o kolejności ofert.

Odwołujący stwierdził, że powyżej wyrażone stanowisko dotyczy również stwierdzonych przez Zamawiającego błędów w podstawach wyceny przyjętych w kosztorysach Odwołującego w zakresie branży sanitarnej w pozycjach nr 7, 18, 23 i 25 oraz z kosztorysie branży elektrycznej w pozycji nr 3 kosztorysu.

Odwołujący przyznał, że wskazane przez Zamawiającego błędy w numeracji podstaw wyceny faktycznie zaistniały. Odwołujący stanął jednak na stanowisku, że we wszystkich przypadkach zaistniały omyłki, które podlegają poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący uzasadnił takie stanowisko tym, że zaistniałe niezgodności dotyczyły wyłącznie liczbowego oznaczenia podstaw wyceny, a opis podstawy, tj. konkretnej specyfikacji technicznej oraz KNR, był prawidłowy. Według Odwołującego wniosek taki wynika z porównania przedmiaru robót oraz kosztorysów ofertowych branży sanitarnej i elektrycznej jego oferty, gdyż opis każdej pozycji kosztorysowej zakwestionowanej przez Zamawiającego jest identyczny z przedmiarem. Przy czym Odwołujący podkreślił, że niezgodność dotyczyła wyłącznie ostatniej cyfry oznaczenia liczbowego.

Tym samym zdaniem Zamawiającego nie może być wątpliwości, że zaoferował w tych pozycjach wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ, a jedynie omyłkowo wpisał nieprawidłową cyfrę w oznaczeniu podstawy wyceny.

Co oczywiste dla Odwołującego dokonanie poprawy omyłki nie powodowałoby jakichkolwiek istotnych zmian w treści jego oferty, gdyż sprowadzałoby się wyłącznie do poprawienia ostatniej cyfry w oznaczeniu podstawy wyceny.

Odwołujący uzasadnił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp tym, że w wybranej przez Zamawiającego ofercie Skanska istnieją analogiczne błędy jak w ofercie Strabag, a pomimo to Wykonawca ten został potraktowany w odmienny i uprzywilejowany sposób. W odwołaniu wyszczególniono w 4 pkt omyłki popełnione według Odwołującego w ofercie Skanska.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że konsekwencją nieuzasadnionego odrzucenia jego oferty było naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, gdyż Zamawiający błędnie uznał za bezprzedmiotowe wzywianie Strabag do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału

## **Sygn. akt KIO 670/15**

w postępowaniu.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 3 kwietnia 2015 r. kopii odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło 7 kwietnia 2015 r. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

10 kwietnia 2015 r. Zamawiający przesłał faksem {co zostało potwierdzone 13 kwietnia 2015 r.} odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 pzp, uwzględnia w całości zarzuty w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 670/15. W związku z czym zobowiązuje się wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w prowadzonym postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania.

Postanowieniem z 10 kwietnia 2015 r. Izba – działając na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) – wezwała Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

W zakreślonym terminie Przystępujący Skanska oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

### **W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

## Sygn. akt KIO 670/15

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający w piśmie z 10 kwietnia 2015 r. w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Jednocześnie Przystępujący w piśmie z 14 kwietnia 2015 r. oświadczył, że nie sprzeciwia się temu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać, powtórzyć lub unieważnić w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a Przystępujący, który przystąpił po jego stronie, nie wniósł wobec tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępującego do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

**Przewodniczący:** .....