

Sygn. akt: KIO/UZP 362/08

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Członkowie: **Małgorzata Rakowska**
 Stanisław Sadowy

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: PDM Słupsk Sp. z o.o. – WAKOZ Sp. z o.o.; 84-242 Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, 80-778 Gdańsk, ul. Mostowa 11A** protestu z dnia 4 kwietnia 2008r.

przy udziale **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Józefa Zajączka 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: PDM Słupsk Sp. z o.o. – WAKOZ Sp. z o.o.; 84-242 Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: PDM Słupsk Sp. z o.o. – WAKOZ Sp. z o.o.; 84-242 Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 2500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: PDM Słupsk Sp. z o.o. – WAKOZ Sp. z o.o.; 84-242 Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, 80-778 Gdańsk, ul. Mostowa 11A**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: PDM Słupsk Sp. z o.o. – WAKOZ Sp. z o.o.; 84-242 Luzino, ul. Gen. Sikorskiego 3.**

U z a s a d n i e

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę obwodnicy Pelplina, zwani dalej Konsorcjum lub Odwołującym, zarzucili Zamawiającemu, którym jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 i 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz naruszenie zasad gospodarności i efektywności wydatków opisanych w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114) w związku z art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104).

Wskazał, że w prowadzonym postępowaniu złożył najkorzystniejszą ofertę, a w następstwie jej nieuzasadnionego odrzucenia Zamawiający dokonał wyboru kolejnej oferty o 11.261.387 zł droższej. Decyzja o odrzuceniu oferty została spowodowana brakiem ceny jednostkowej w kosztorysie ofertowym w Formularzu kosztorysu ofertowego w poz. 392 „Ustawienie pylonu odblaskowego typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9”. Wskazał, że w omawianym wypadku nie ma zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiący podstawę odrzucenia oferty, gdyż tzw. uchybienie w ofercie polegające na pozostawieniu „pustego” wiersza w pozycji ceny jednostkowej przy jednoczesnym wypełnieniu kolumny z ceną łączną wartością 0,00 jest wyłącznie niezgodnością formy oferty

z postanowieniami siwz, a w żadnym wypadku treści. Wskazał, że skoro iloczyn jednostek i ceny jednostkowej, czyli cena łączna stanowi „0,00 zł”, to cena jednostkowa wynosi również „0,00”. Odwołujący przypomniał, że Zamawiający na podstawie ustawy poprawił oczywiste omyłki rachunkowe w kosztorysie ofertowym konkurencyjnych wykonawców, a poprawki te spowodowały u wykonawcy zmianę wynagrodzenia z kwoty 70.873.051 na 70.203.256,22 zł, a także poprawił omyłkę w innym kosztorysie zmieniając parametry oferowanych sworzni montażowych.

Odwołujący wskazał, że Prawo zamówień publicznych, podobnie jak prawo cywilne nie definiuje pojęcia oczywistej omyłki; próba taka byłaby zapewne nieudana, gdyż różnorodność sytuacji, w których może dojść do omyłek jest zbyt wielka. Zauważył przy tym, że instytucja sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej służy umożliwieniu przywrócenia rzeczywistej woli wykonawcy, a dokonywanie poprawek nie jest uzależnione od wniosku strony, lecz jest obligatoryjne. Warunkiem zakwalifikowania błędu jako oczywistej omyłki jest to, aby nadawał się do poprawienia wyłącznie przez Zamawiającego bez konieczności podejmowania przez Wykonawcę jakichkolwiek działań ingerujących w treść oferty, a także aby nie powodował jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, a więc również jej załączników, poza sprostowaniem oczywistych błędów rachunkowych czy pisarskich. Omyłki dotyczyć mogą zatem wyłącznie strony formalnej tekstu oferty, błędów rachunkowych lub pisarskich, a poprawienie błędu nie może prowadzić do zmiany poszczególnych warunków oferty.

W sprawie niniejszej nastąpiło zatem niezamierzone opuszczenie w jednej poz. 392 jednej kolumny 6 – „cena jednostkowa” przy jednoczesnym wypełnieniu wartością 0,00 zł kolumny 7 – cena łączna, co stanowiło oczywistą omyłkę, której poprawienie nie stanowiłoby zmiany treści oferty. Odwołujący podniósł dodatkowo, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty z powodu tej omyłki bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

W konkluzji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę: SKANSKA S.A., nakazanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w Formularzu kosztorysu ofertowego Odwołującego w poz. 392 (kolumna 6) poprzez wpisanie znaków „0,00 zł” i nakazanie dokonania ponownej czynności badania ofert Wykonawców.

Wnosząc o oddalenie odwołania Zamawiający wskazał, że w rozstrzygnięciu protestu poinformował Odwołującego o tym, że decyzja o odrzuceniu oferty z powodu braku ceny jednostkowej jest świadomym i przemyślanym działaniem w myśl obowiązującego prawa. Nie miał możliwości wybrać oferty odwołującego, mimo iż była o 11.261.387,00 zł tańsza od wybranej oferty.

Zamawiający wskazał, że w pkt 18.2 Instrukcji dla Wykonawców wymagał, żeby Wykonawca określił ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych

w Formularzu Kosztorysu ofertowego, a w § 9 ust. 2 Istotnych postanowień umowy określił, że „W przypadku wystąpienia mniejszej lub większej ilości robót niż to pierwotnie przewidziano w kosztorysie ofertowym, rozliczenie nastąpi na podstawie zatwierdzonego przez inspektora Nadzoru kosztorysu zamiennego, sporządzonego przez Wykonawcę metodą uproszczonej kalkulacji kosztorysowej, przy zastosowaniu cen jednostkowych robót ustalonych w kosztorysie ofertowym przemnożonym przez ilości robót, które zostały udokumentowane jako wykonane i odebrane w książce obmiaru.”

Powyższy opis oznacza, że w niniejszym postępowaniu stosuje się wynagrodzenie kosztorysowe, tj. zgodnie z art. 629 kc ustalane po wykonaniu dzieła z reguły na podstawie kosztorysu powykonawczego, uwzględniającego rzeczywiste ilości pracy i jej jakość, z uwzględnieniem zaoferowanych cen jednostkowych. Tak więc brak ceny jednostkowej pozycji uniemożliwi jej rozliczenie. Powołując orzecznictwo sądów okręgowych i zespołów arbitrów Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca dokonuje obliczenia ceny w sposób sprzeczny ze sposobem określonym w specyfikacji, nie wypełniając poszczególnych pozycji przedstawionego przez zamawiającego formularza cenowego, mamy do czynienia ze stanem, w którym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. W takim wypadku Zamawiający zobowiązanych jest odrzucić ofertę. W ocenie Zamawiającego nie jest możliwe uznanie braku ceny jednostkowej za oczywistą omyłkę i wpisanie znaków „0,00 zł”. Uzupełnianie oferty o brakujące niezbędne elementy złamałoby zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Podając szereg przykładów niezgodności formy oferty z treścią siwz, wskazał, że w każdym wypadku brak ceny jednostkowej w kosztorysie ofertowym, przy wynagrodzeniu kosztorysowym musi skutkować koniecznością odrzucenia oferty z powodu jej sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zauważył przy tym, że cena „0” jest niezgodna z ustawą Pzp, gdyż w istocie jest to propozycja darowizny, a co do zasady umowy o zamówienie publiczne są umowami odpłatnymi. Przystępujący do postępowania odwoławczego wniósł o oddalenie odwołania dzieląc argumenty zawarte w rozstrzygnięciu protestu, w szczególności przemawiające za brakiem możliwości poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego popełnionej w kosztorysie ofertowym stanowiącym integralną część oferty. Wskazał, że omyłka nie może być uznana za bezsporną i oczywistą, a jej poprawienie wymagałoby uprzedniego badania i znajomości siwz. Podniósł, że wyrok KIO z 20 marca 2008 r. wydany w toku postępowania o udzielenie tego samego zamówienia publicznego, odnoszący się do kwestii oczywistej omyłki, dotyczy innego stanu faktycznego tj. omyłki w opisie pozycji kosztorysowej, a nie braku wpisania ceny jednostkowej, czy wartości danej pozycji.

Oceniając zarzuty protestu i odwołania od rozstrzygnięcia protestu, skład orzekający KIO, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron reprezentowanych przez pełnomocników, ustalił, co następuje.

Oceniając zagadnienie interesu prawnego we wnoszeniu protestu i odwołania w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego Izba w składzie orzekającym uznaje, że Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 Pzp w stosowaniu środków prawem dopuszczonych, a zmierzających w efekcie do uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia, jak i motywy, którymi kierował się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym treści opisu sposobu obliczenia ceny w pkt 18.2 Instrukcji dla Wykonawców wymogiem nałożonym na Wykonawców było określenie cen jednostkowych netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji ściśle wg kolejności pozycji wymienionych w Formularzu Kosztorysu ofertowego. Ponadto z treści § 9 ust. 2 Istotnych postanowień umowy wynika, że w przypadku różnicy ilości robót przewidzianych w kosztorysie ofertowym, rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu zamiennego mającego charakter powykonawczy, przy zastosowaniu cen jednostkowych robót ustalonych w kosztorysie ofertowym. Powyższy opis oznacza, że w niniejszym postępowaniu stosuje się wynagrodzenie kosztorysowe w rozumieniu z art. 629 kodeksu cywilnego. W sytuacji braku ceny jednostkowej pominięcie jakiegokolwiek pozycji powoduje, że rozliczenie wykonanych robót zostanie uniemożliwione.

W rozpatrywanej sprawie niesporny jest stan faktyczny polegający na pominięciu przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym dokonania wpisu w poz. 392 jednej kolumny 6 – „cena jednostkowa” przy jednoczesnym wypełnieniu wartością 0,00 zł kolumny 7 – „cena łączna”. W tej sytuacji dokonanie rozliczenia robót z zastosowaniem cen jednostkowych staje się niemożliwe, co czyni zrozumiałym staranie Wykonawcy o uznanie, że przeoczenie wpisania ceny jednostkowej w kosztorysie jest brakiem wymagającym poprawienia lub uzupełnienia przez wypełnienie rubryki w trybie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający KIO analizując treść oferty Odwołującego oraz postanowień siwz stwierdza, że kosztorys załączony do oferty stanowi jej integralną część. W konsekwencji oznacza to, że treść kosztorysu stanowiącego część treści oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

Izba nie uznała słuszności stanowiska Odwołującego jakoby zaniechanie dokonania wpisu wielkości ceny jednostkowej stanowiącej element cenotwórczy mogło być uznane za oczywistą omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ustawy Pzp. Wprowadzenie nowej treści w rubryce niewypełnionej nie jest w istocie rzeczy

poprawieniem omyłki, trudno bowiem za poprawienie uznawać wpisanie przez Zamawiającego nowej wielkości bez dokonywania poprawek. Brak jakiegokolwiek wpisu w wyodrębnionej rubryce kosztorysu nie może być również utożsamiany z oczywistą omyłką polegającą na braku znaku graficznego lub wyrazu w ciągu wyrazów, z których treści wynika oczywisty brak wymagający uzupełnienia. Należy przy tym wskazać, że w postępowaniach z ceną kształtowaną na podstawie kosztorysu i wynagrodzeniem kosztorysowym, ceny jednostkowe stanowią podstawową wielkość, od której uzależnione jest ustalenie ceny oferty i wynagrodzenia wykonawcy. Brak ceny jednostkowej uniemożliwia również dokonywanie poprawy omyłek rachunkowych w cenie ofertowej w trybie art. 88 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec ustalenia zaistniałych odstępstw w ofercie Odwołującego w stosunku do treści siwz, orzeczono, jak w sentencji mając na względzie obowiązujący stan prawny w chwili orzekania.

Izba wskazuje, że jest związana ustawowym obowiązkiem orzekania zgodnie z przepisami prawa i nie może brać pod uwagę treści projektowanych zmian przepisów ustawy Pzp, w tym projektu przyjętego przez Radę Ministrów dnia 1 kwietnia 2008 r., w którym przewiduje się nowe brzmienie art. 87 ust. 2 ustawy nakazującego Zamawiającemu poprawianie w ofercie oprócz oczywistych omyłek pisarskich, również oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawo zamówień publicznych. Uznano za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 2500 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*