

Sygn. akt XII Ga 206/08

P. B. Boit
20. 06. 08

2168

ODPIS

Urząd Zamówień Publicznych

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 czerwca 2008r.

2008 -08- 11
221850
W PŁYNNYCH

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący- Sędzia SO Jolanta Safader-Skwarlińska (spr.)

Sędzia SO Bożena Kachnowicz- Kokot

Sędzia SO Grażyna Tarkowska

Protokolant ref. staż. Beata Krenc

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2008r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

przeciwko Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Gdańsku z udziałem:

1. Konsorcjum Spółek: WAKOZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Luzinie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo- Mostowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Słupsku
2. SKANSKA S.A. w Warszawie

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 30 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/ UZP 362/08

oddala skargę.

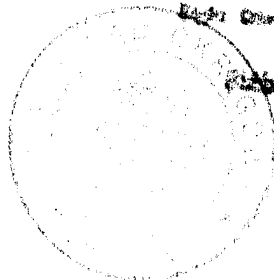
Na oryginalne własnoręczne podpisy

Za zgodność świadczy

STARSZY SEKRETARZ

Urząd Zamówień Publicznych w Gdańsku

[Podpis]
Elżbieta Głusznik



UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm : Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe spółka z o. o. w Słupsku – WAKOZ spółka z o. o. w Luzinie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku protestu z dnia 04 kwietnia 2008r., oraz obciążyła kosztami postępowania w/wym Konsorcjum.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż wykonawcy, tj. Konsorcjum firm : Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe spółka z o. o. w Słupsku – WAKOZ spółka z o. o. w Luzinie (*dalej : Konsorcjum*), ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę obwodnicy Pelplina (droga wojewódzka nr 229)”, wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego tj. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku (*dalej : Zamawiający*) protestu wniesionego przez Wykonawcę, zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 i 87 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004r., Nr 19, poz. 177 z późn. zm., *dalej : Pzp*) oraz naruszenie zasad gospodarności i efektywności wydatków opisanych w art. 17 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności na naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005r, nr 14, poz. 114) w zw. z art.35 ust 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104).

W oparciu o powyższe zarzuty Konsorcjum domagało się : uwzględnienia odwołania, nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę: SKANSKA S.A., nakazania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w Formularzu kosztorysu ofertowego Odwołującego w poz. 392 (kolumna 6) poprzez wpisanie znaków „ 0,00” i nakazania dokonania ponownej czynności badania ofert Wykonawców.

Konsorcjum twierdziło, iż w prowadzonym postępowaniu złożyło 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 poz. 392 „ Ustawienie pylonu odblaskowego typ U - 5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C- 9”. Zdaniem Konsorcjum w omawianym wypadku nie ma zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przywołany jako podstawa 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. Skoro iloczyn jednostek i ceny jednostkowej, czyli cena łączna stanowi „0,00” zł, to cena jednostkowa wynosi również „0,00”. Poza tym 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,-zł na 70.203.256,22 zł, a także poprawił omyłkę w innym kosztorysie zmieniając parametry oferowanych sworzni montażowych.

Dalej Konsorcjum argumentowało, że Prawo zamówień publicznych, podobnie jak prawo cywilne nie definiuje pojęcia oczywistej omyłki. Instytucja sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej służy umożliwieniu przewrócenia rzeczywistej woli wykonawcy, a dokonywanie poprawek nie jest uzależnione od wniosku strony, lecz jest obligatoryjne. Omyłki mogą dotyczyć zatem wyłącznie strony formalnej tekstu oferty, błędów rachunkowych lub pisarskich, a poprawienie błędu nie może prowadzić do zmiany poszczególnych warunków oferty. W niniejszej sprawie nastąpiło niezamierzone opuszczenie w jednej poz. 329 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. Tymczasem zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty z powodu tej omyłki bez przeprowadzania postępowania wyjaśniającego.

Wnosząc o oddalenie odwołania zamawiający wskazał, że w rozstrzygnięciu protestu poinformował Konsorcjum 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 o wybranej oferty.

W pkt 18.2 Instrukcji dla Wykonawców Zamawiający 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.” Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu stosuje się wynagrodzenie kosztorysowe (por. art. 629 k.c.), a zatem brak ceny jednostkowej pozycji uniemożliwi jej rozliczenie. Zdaniem zamawiającego 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 przypadku Zamawiający zobowiązany 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. 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. Poza tym 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, tj. SKANSKA S.A. w Warszawie wnosił o oddalenie odwołania dzieląc argumenty zawarte w rozstrzygnięciu protestu, w szczególności przemawiające za brakiem możliwości poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum 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 także, że wyrok KIO z dnia 20 marca 2008r. 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.

Krajowa Izba Odwoławcza uznając zarzuty odwołania za nieuzasadnione stwierdziła, że 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 – zdaniem Krajowej Izby odwoławczej - że w niniejszym postępowaniu stosuje się wynagrodzenie kosztorysowe w rozumieniu art. 629 k.c.. W sytuacji braku ceny jednostkowej pominięcie jakiegokolwiek pozycji powoduje, że rozliczenie wykonanych robót zostanie uniemożliwione.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż w rozpatrywanej sprawie niesporny jest stan faktyczny polegający na pominięciu przez Konsorcjum 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.

Analizując treść ofert Konsorcjum oraz postanowień SIWZ Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że kosztorys załączony do oferty stanowi jej integralną część i w konsekwencji oznacza to, że treść kosztorysu stanowiącego część treści oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała słuszności stanowiska Konsorcjum 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. Ponadto Izba wskazała, 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 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wobec ustalenia zaistniałych odstępstw w ofercie Odwołującego w stosunku do treści SIWZ, zarzuty Konsorcjum nie okazały się słuszne – co przesądza o bezzasadności odwołania.

Dodatkowo Izba wskazała, iż 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 2008r., w którym przewiduje się nowe brzmienie art. 87 ust 2 ustawy nakazującego Zamawiającemu poprawienie 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.

Od powyższego wyroku skargę wywiódł, działając na podstawie art. 195 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

zarzucając :

1. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum Spółek: WAKOZ spółka z o.o. w Luzinie oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego spółka z o.o. w Słupsku nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego;
2. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że z poz. 392, kol. 6 kosztorysu ofertowego złożonego przez Konsorcjum Spółek: WAKOZ spółka z o.o. w Luzinie oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego spółka z o.o. w Słupsku nie wynika cena jednostkowa za ustawienie pylonu odblaskowego typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typu C-9;
3. błąd w ustaleniach faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że dokonanie rozliczenia robót z zastosowaniem cen jednostkowych jest niemożliwe w sytuacji, gdy podana została cena łączna za to roboty oraz ilość jednostek, które owa cena łączna dotyczy;
4. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, iż oferta złożona przez Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o. podlega odrzuceniu z powołaniem się na ów przepis.

We wnioskach skargi skarżący żądał :

1. uchylenia zaskarżonego wyroku w całości,
 2. uwzględnienia odwołania Konsorcjum Spółek: WAKOZ spółka z o.o. w Luzinie oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego spółka z o.o. w Słupsku i unieważnienia czynności odrzucenia oferty rzeczzonego Konsorcjum przez Zamawiającego,
 3. nakazania Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej z nich z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Spółek: WAKOZ spółka z o.o. w Luzinie oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego spółka z o.o. w Słupsku,
- a nadto wnosił o zasądzenie kosztów procesowych za postępowanie skargowe oraz postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu skargi skarżący podniósł, że oddalenie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nie znajduje oparcia w obowiązującym prawie. Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Skarżący argumentował, że podstawą treści oświadczenia woli wykonawcy jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją przyjęcia, że oferta to oświadczenie woli zawarcia umowy, zawierające istotne postanowienia przyszłej umowy, należy uznać, iż o niespełnieniu wymogów w zakresie opisanym w art. 82 ust. 3 ustawy (treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) można mówić jedynie wtedy, gdy wykonawca, wbrew stosownym zapisom SIWZ, wskazuje odmienny niż wymagany przez zamawiającego termin wykonania zamówienia, przedmiot zamówienia zawierający inne parametry lub przewidujący użycie przy jego realizacji innych materiałów niż wskazane przez zamawiającego czy krótszy od wymaganego terminu gwarancji.

Powołując się na poglądy wyrażone w piśmiennictwie, jak również w orzecznictwie Zespołów Arbitrów, poprzednika KIO, skarżący podniósł, nieprawidłowe jest również zbyt dosłowne rozumienie przez zamawiających kwestii zgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Owa zgodność nie musi polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach. Istotne jest bowiem, aby sens wyrażen składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego. W istniejącym stanie prawnym nie każda rozbieżność między postanowieniami siwz a zawartością oferty skutkuje powstaniem obowiązku odrzucenia takiej oferty. Dla odrzucenia oferty z powołaniem się na okoliczność wymienioną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest nie budzące wątpliwości stwierdzenie, że treść owej oferty nie odpowiada treści siwz. Odrzucenie oferty z powołaniem się na uchybienia natury formalnej jest niedopuszczalne.

Skarżący podzielił pogląd prezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 09 maja 2008r., syg. akt KIO/UZP 400/08, iż brak w formularzu cenowym ceny jednostkowej w ustalonych okolicznościach faktycznych: gdy brak ceny jednostkowej jest bezsporny i nie budzący wątpliwości, gdyż wypełnione zostały pozostałe kolumny formularza, a wykonawcy nie była pozostawiona dowolność w tym zakresie, a błąd jest widoczny na pierwszy rzut oka oraz możliwy do skorygowania bez prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień, gdyż istnieje oczywisty i jedyny możliwy arytmetyczny sposób wyliczenia wysokości stawki jednostkowej w oparciu o pozostałe dane - stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Omyłka ta jest możliwa do sprostowania bez zmiany treści oferty, gdyż wykonawca zaoferował wykonanie całego przedmiotu zamówienia i wskazał ceną oraz ceny cząstkowe wszystkich składników oferty a pominął jedynie jeden z elementów kalkulacyjnych jednego z nich. Jeśli zaś pominięcie ceny jednostkowej w formularzu cenowym jest oczywistą omyłką pisarską, to dopuszczalne jest jego opamięnienie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.

Skarżący podkreślił, że obowiązkiem wykonawców w przedmiotowej sprawie było załączenie do składanych ofert odpowiednio wypełnionego Formularza Kosztorysu Ofertowego, zawierającego ceny jednostkowe i łączne poszczególnych elementów rozliczeniowych. Wysokość

podanych w ten sposób cen nie powinna budzić – wobec przyjętego w Rozdziale V siwz sposobu ostatecznego rozliczenia przedmiotowego zadania – wątpliwości; sposób (forma) podania owych cen (treść oferty) pozostawał jednak, w świetle dyspozycji art. 82 ust. 3 ustawy, bez wpływu na ważność oferty.

Wymóg zawarty w pkt 8.3.3. Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I siwz), zgodnie z którym oferty składane w przedmiotowej sprawie powinny zawierać wypełniony formularz „Oferta” zamieszczony w Rozdziale III siwz oraz – między innymi – kosztorys ofertowy na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 1 do Rozdziału III, uznać należy za spełniony, jeśli na podstawie danych przedstawionych przez Wykonawcę w Formularzu Kosztorysu Ofertowego możliwe było ustalenie, w sposób nie budzący wątpliwości co do intencji wykonawcy, cen jednostkowych poszczególnych elementów rozliczeniowych. W ocenie skarżącego nie wywiązało się zatem z wymagań Zamawiającego co do sposobu przedstawienia propozycji cenowych (w tym konkretnym przypadku – wymagania te polegały na zobowiązaniu wykonawców do wypełnienia wszystkich pustych miejsc w kolumnach 6 i 7 Formularza) pozostanie obojętne dla kwestii ważności oferty, o ile na podstawie całokształtu informacji udzielonych w owej ofercie możliwe będzie ustalenie wszystkich istotnych elementów oferty.

Dokonanie takich ustaleń w zakresie cen poszczególnych elementów oferty możliwe będzie – wprost – w oparciu o ceny jednostkowe, wpisane przez Wykonawcę w odpowiednie rubryki kolumny 6 Formularza Kosztorysu Ofertowego lub – pośrednio, po dokonaniu odpowiednich, nieskomplikowanych obliczeń – w oparciu o ceny łączne z kolumny 7 i dane z kolumn 4-5 Formularza. Dla zgodności treści oferty z treścią siwz wystarczające jest w tym wypadku podanie przez Wykonawcę jednej z cen – czy to jednostkowej, czy też łącznej – poszczególnych elementów rozliczeniowych. Nie wpisanie jednej z tych cen, przy jednoczesnym wpisaniu drugiej, stanowi jedynie brak zgodności formy złożonej oferty z formą oferty wymaganej przez siwz, a co za tym idzie – nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skarżący podał, iż jak wynika z kosztorysu ofertowego załączonego do oferty złożonej przez Konsorcjum Formularza, cena za ustawienie łącznie 16 pylonów odblaskowych typ U – 5b wraz z przymocowaniem tarczy typu C-9 na drodze wojewódzkiej nr 299 wynosić miała 0,00 zł. W rubryce w miejscu przecięcia poz. 392 z kolumną 6 („cena jednostkowa”) pozostawiono puste pole. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, iż Konsorcjum nie podało owej ceny jednostkowej. Cena ta wynosi mianowicie: $0,00 \text{ zł.} : 16 = 0,00 \text{ zł.}$

Skarżący stwierdził, że KIO błędnie ustaliła, iż Konsorcjum nie podało w swej ofercie ceny za ustawienie łącznie 16 pylonów odblaskowych typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9, a co za tym idzie – że treść oferty złożonej przez Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji

istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego. Nie wpisanie w poz. 392 Formularza kosztorysu ofertowego ceny jednostkowej może zostać uznane jedynie za uchybienie natury formalnej, pozostające obojętne dla ważności oferty. Poza tym niezależnie od ostatecznej ilości pylonów odblaskowych typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9 możliwe będzie ustalenie wynagrodzenia Konsorcjum w tej części, a mianowicie wynagrodzenie to wynosić będzie: $p \times 0,00 \text{ zł} = 0,00 \text{ zł}$ (gdzie p – ilość ustawionych pylonów).

Dodatkowo skarżący wskazał, iż zastosowanie stawki „0,00 zł” w jednej z kilkuset pozycji kosztorysowych nie stanowi naruszenia ani przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ani ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Na cenę przedmiotowego zadania składają się różnorodne opłaty i stawki. Zaoferowanie stawki „0,00 zł”, za jeden ze składników owego zadania, nie wpływających w sposób istotny na jego ogólną cenę, nie powoduje, że umowa na realizację tego zadania traci walor odpłatności, a co za tym idzie - że będzie niezgodna z definicją zamówienia publicznego określoną w art. 2 pkt 13 Pzp. Skarżący powołał się przy tym na analogiczne stanowisko prezentowane przez KIO w wyroku z dnia 07 stycznia 2008r., syg. akt KIO/UZP 34/07, zgodnie z którym zaoferowanie stawki „0” w niektórych pozycjach oferty nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o cenach.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 27 czerwca 2008r. pełnomocnik skarżącego popierał skargę w całości z tą modyfikacją, że wnosił o uwzględnienie skargi przez Sąd, zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi o obciążenie skarżącego kosztami postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego. Zamawiający podniósł, że zarzuty skargi nie zasługują na uwagę, problem bowiem sprowadza się do tego czy opuszczenie (niewypełnienie) przez oferenta rubryki oferty z ceną jednostkową należy uznać za oczywistą omyłkę, pisarską, którą zamawiający winien poprawić – art. 87 Pzp. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że nie miał prawa poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 87 Pzp, gdyż pozostawienie pustej kratki nie stanowi omyłki pisarskiej, a to dlatego że „trudno uznać za poprawienie wpisanie przez zamawiającego nowej wielkości bez dokonywania poprawek”.

Uczestnik postępowania SKANSKA S.A. w Warszawie wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej. Wskazując na interes prawny w oddaleniu skargi, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uczestnik postępowania podtrzymał w pełni twierdzenia i zarzuty zawarte odpowiednio w piśmie z dnia 08 kwietnia 2008 roku w sprawie przyłączenia się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia

protestu oraz w piśmie z dnia 29 kwietnia 2008 roku będącym przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania i stwierdził, iż nie zachodzi zarzucane w skardze naruszenie przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisów prawa materialnego – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a także nie zachodzi sprzeczność ustaleń faktycznych na których oparto rozstrzygnięcie z treścią zebranego w sprawie materiałów dowodowego. Zdaniem uczestnika postępowania nie można podzielić argumentacji skarżącego, iż niewypełnienie formularza ofertowego przez Konsorcjum firm, w pozycji 392 w tabeli cena jednostkowa, stanowiącego część oferty oraz wpisanie w dla tej pozycji stawki „0,00 zł” w tabeli wartość, stanowi jedynie uchybienie formalne, które nie skutkuje odrzuceniem oferty. Niezgodność o jakiej mowa powyżej, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie ma charakteru formalnego lecz materialny, bo dotyczy jednego z elementów istotnych oferty - ceny i nie spełnia wymogu zamawiającego w zakresie określenia ceny jednostkowej dla pozycji 392 kosztorysu oraz określenia wartości tych robót na poziomie rynkowym – uwzględniającym wszystkie koszty związane z wykonaniem tego elementu, a zatem skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Uczestnik postępowania Konsorcjum firm : Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe spółka z o. o. w Słupsku – WAKOZ spółka z o. o. w Luzinie popierało skargę wniesioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zarzuty skargi pozbawione są bezzasadne stąd też podlega ona oddaleniu.

Sąd Okręgowy podziela wszystkie ustalenia dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz ich ocenę prawną. Nie można przyznać racji argumentom skarżącego podniesionym w skardze jakoby w zaskarżonym wyroku: a/ bezpodstawnie przyjęto, iż treść oferty złożonej przez Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego; b/ bezpodstawnie przyjęto, że z poz. 392, kol. 6 kosztorysu ofertowego złożonego przez Konsorcjum nie wynika cena jednostkowa za ustawienie pylonu odblaskowego typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typu C-9; c/ bezpodstawnie przyjęto, że dokonanie rozliczenia robót z zastosowaniem cen jednostkowych jest niemożliwe w sytuacji, gdy podana została cena łączna za to roboty oraz ilość jednostek, których owa cena łączna dotyczy.

Bezspornym w sprawie pozostaje, że 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. Bezspornym pozostaje również, że cenę oferty należało

obliczyć sumując wartości poszczególnych pozycji kosztorysu sporządzonego ściśle według przedmiaru robót (zgodnie z formularzem ofertowym). Z kolei wartość pozycji należało wyliczyć jako iloczyn ilości oraz cen jednostkowych (pkt 18 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Nadto bezspornym pozostaje, że Konsorcjum nie wypełniło formularza ofertowego w pozycji 392 w tabeli cena jednostkowa, stanowiącego część oferty oraz wpisało dla tej pozycji stawki „0,00 zł” w tabeli wartość.

Zarzuty skarżącego sprowadzają się w istocie do odmiennej oceny prawnej powyższych bezspornych okoliczności faktycznych, kwestionuje on bowiem wyrażony w tym zakresie pogląd Krajowej Izby Odwoławczej. Rozpoznanie zarzutów skargi wymaga zatem rozważenia czy opuszczenie / niewypełnienie przez oferenta rubryki z ceną jednostkową uznać należy za oczywistą omyłkę pisarską, którą Zamawiający winien poprawić w trybie art. 87 Pzp.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zaniechanie dokonania wpisu wielkości ceny jednostkowej stanowiącej element cenotwórczy nie mogło być uznane za oczywistą omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 Pzp. Podkreślić trzeba, że przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści – pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia.

W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z uchybieniem o charakterze proceduralno – technicznym, lecz z błędem merytorycznym. Wprowadzenie nowej treści w rubryce niewypełnionej nie jest – jak trafnie zauważyła KIO - 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. 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. Na cenę oferty ogółem (cena globalna obejmująca cały przedmiot

zamówienia) składają się bowiem poszczególne ceny jednostkowe pozycji (robót), przemnożone przez ilości robót. W przedmiotowej sprawie w przypadku wykonania ilości robót innej aniżeli ilość wyceniona w ofercie, cena umowna zostanie odpowiednio skorygowana na podstawie kosztorysu zamiennego, który będzie sporządzany w oparciu o cenę jednostkową (§ 9 ust. 2 SIWZ). Ze względu na przyjęty sposób rozliczenia robót stanowiących przedmiot zamówienia, ceny jednostkowe pełnią zatem podstawową rolę, gdyż w oparciu o nie dochodzi do rozliczenia umowy.

Nie można uznać, że wartość pozycji została wyceniona, skoro cena jednostkowa pozycji nie została określona, a łączna wartość tego elementu robot wynosi „0,00 zł”. Brak ceny jednostkowej uniemożliwia również dokonywanie poprawy omyłek rachunkowych w cenie ofertowej w trybie art. 88 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W niniejszej sprawie nie jest oczywistym, iż cena jednostkowa miała wynosić „0,00 zł”, gdyż na wykonanie ustawienia pylonu odblaskowego typu U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9, składa co najmniej się koszt materiału i robocizny. Zamawiający w oparciu o dyspozycję przepisu art. 87 ust. 1 Pzp mógł zwrócić się do Konsorcjum o wyjaśnienie wątpliwej kwestii co do treści oferty, jednakże nie można stawiać z tego tytułu zarzutu Zamawiającemu, bowiem jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek. Treść przepisu art. 87 ust. 1 Pzp wyraźnie wskazuje na to, że jest to przepis fakultatywny, a zatem oferenci nie mogą domagać się od zamawiającego, by skorzystał z prawa do wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że na ofercie spoczywa obowiązek sporządzenia oferty według wskazań zawartych w SIWZ i to z taką starannością, aby jej treść nie budziła najmniejszej wątpliwości. Za prawidłowość złożonych dokumentów w ofercie i należyta staranność w ich przygotowaniu, odpowiedzialność ponosi oferent. Odpowiedzialność ta skutkuje tym, iż jakakolwiek niezgodność złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego musi powodować odrzucenie oferty, obowiązkiem zamawiającego jest bowiem, jeszcze przed procesem oceny ofert, sprawdzenie ich zgodności z ustawą i SIWZ.

Zaakcentować należy, że posiłkowanie się przez skarżącego uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 09 maja 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 400/07, z którego wynika, że brak w formularzu cenowym ceny jednostkowej stanowi oczywistą omyłkę pisarską, nie może odnieść oczekiwanego skutku, gdyż wyrok ten odnosił się do odmiennego stanu faktycznego, a mianowicie omyłki w opisie pozycji kosztorysowej, a nie braku wpisania ceny jednostkowej, czy wartości danej pozycji.

Skoro ceny jednostkowe przekładają się bezpośrednio na wartość oferty ogółem, a jedynym kryterium rozstrzygającym o wyborze oferty jest cena, to co do zasady oferta, która nie zawiera wszystkich wycenionych pozycji będzie wybierana jako najkorzystniejsza ze względu na to, że będzie tańsza. Nie sposób zaakceptować takiego stanu rzeczy, gdyż w konsekwencji prowadziłyby to do nieuczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami, zaś niewycenianie poszczególnych

pozycji kosztorysowych przez wykonawcę nie skutkowałyby dla niego żadnymi negatywnymi konsekwencjami.

Nie sposób zgodzić się także z argumentacją skarżącego, iż na tle stanu faktycznego tej konkretnej sprawy zaoferowanie stawki zero w pozycji kosztorysowej nie stanowi naruszenia ustawy o cenach. W świetle obowiązujących przepisów za cenę uważa się wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, a ceną jednostkową jest cena ustalona za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 05 lipca 2001 r. o cenach, Dz.U. 01.97.1050), a zatem za cenę jednostkową w świetle powyższego nie można uznać wartości zero (nie istnieje taka jednostka pieniężna). W konsekwencji uznać trzeba, że Konsorcjum dokonało obliczenia ceny oferty ogółem (ceny oferty brutto) bez uwzględnienia w niej ceny związanej z wykonaniem robot, o których mowa w pozycji 392 formularza kosztorysu ofertowego, a zatem w sposób niezgodny z merytorycznymi wymogami Zamawiającego w tym zakresie, określonymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także niezgodnie z przepisami ustawy o cenach.

Dodać trzeba, że powołanie się przez skarżącego w zakresie tego zarzutu na wyrok KIO z dnia 07 stycznia 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 34/07, iż zaoferowanie stawki „0,00 zł” w niektórych pozycjach oferty nie stanowi naruszenia przepisów ustawy PZP oraz ustawy o cenach nie znajduje uzasadnienia. Skarżący nie zauważa, że w okolicznościach faktycznych w/wym sprawie sam zamawiający w formularzu oferty dopuścił możliwość zastosowania stawki „0,00 zł” dla niektórych usług według wyboru wykonawcy.

Konkludując stwierdzić trzeba, że wydawaniu zaskarżonego wyroku nie doszło do naruszenia przepisów ustawy z dn. 29.I.2004r. – Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy.

Sąd Okręgowy podziela również stanowisko KIO, wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż projektowane zmiany przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące m.in. art. 87 ust 2 ustawy, z oczywistych względów nie mogą stanowić podstawy orzekania w niniejszej sprawie.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy z dn. 29.I.2004r. – Prawo zamówień publicznych oddalił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako bezzasadną.

