

POSTANOWIENIE
z dnia 18 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu 18 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, 25-382 Kielce, ul. Św. Leonarda 1/16 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa przy udziale:

A. wykonawcy Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2024/18 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy ETF Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2024/18 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, 25-382 Kielce, ul. Św. Leonarda 1/16 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, 25-382 Kielce, ul. Św. Leonarda 1/16 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prace na linii kolejowej nr 108 mające na celu utrzymanie przejezdności wraz z przywróceniem parametrów eksploatacyjnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 maja 2018 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 098-224579.

Zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2018 roku IREZA3a-216-05-19/2018 zawiadomił Odwołującego - Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, 25-382 Kielce, ul. Św. Leonarda 1/16, że zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy poprawia oczywiste jego zdaniem omyłki rachunkowe przez wpisanie w RCO w części dotyczącej dokumentacji projektowej - jej pkt. 7.1 - w kolumnie „wartość robót” kwotę „1 530 000,00”, zamiast wpisanej przez Odwołującego kwoty „1400 000,00”.

Odwołujący w piśmie z dnia 1 sierpnia 2018r. zakwestionował powyższą czynność Zamawiającego, nie wnosząc odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 26 września 2018r. Odwołujący powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 5 października 2018r. wniósł odwołanie na bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w prowadzonym postępowaniu za przekroczenie - zdaniem Zamawiającego - w pozycji 7 RCO 7% kosztów opracowania dokumentacji projektowej w stosunku do wartości netto całej oferty, po uprzednim wadliwym poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej, jak i błędnym uznaniu jej za omyłkę rachunkową, co w konsekwencji doprowadziło do zmiany i nowej wartości całej oferty Odwołującego.

Powyżej wskazanej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. Art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada SIWZ,

2. Art.7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także lakoniczność podanej przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego bez odniesienia się do jego wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 01 sierpnia 2018 roku DM/253/2018,

3. Art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego rzeczywistej (faktycznie popełnionej) i właściwej omyłki pisarskiej,

4. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o:

1. unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonanie poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego w pozycji 7.1 RCO przez wpisanie w kolumnie „cena jedn.” kwoty „1 400 000,00” w miejsce kwoty „1 530 000,00”, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego w tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2018 roku IREZA3a-216-05-19/2018 zawiadomił Odwołującego że zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy poprawia oczywiście jego zdaniem omyłki rachunkowe przez wpisanie w RCO w części dotyczącej dokumentacji projektowej - jej pkt. 7.1 - w kolumnie „wartość robót” kwotę „1 530 000,00”, zamiast wpisanej przez Odwołującego kwoty „1400 000,00”.

Odwołujący w piśmie z dnia 1 sierpnia 2018r. przyznał, że ta ostatnia kwota wpisana w tejże kolumnie była zgodna z wymaganiami Zamawiającego, który określił w załączniku do SIWZ, że koszt opracowania dokumentacji projektowej nie może być większy niż 7% wartości netto całej oferty.

Wyjaśnił, że takie oświadczenie woli Odwołującego złożone na kwotę 22 642 810,74 uwzględniało, że jeden ze składników dokumentacji projektowej wymieniony w pkt. 7.1 to kwota 1400 000,00 zł, gdyż gdyby była jakkolwiek inna to łączna kwota oferty byłaby również inna.

Oświadczył również, że popełnił oczywistą omyłkę pisarską w rubryce „cena jednostkowa” w pozycji 7.1 wpisując kwotę „1 530 000,00”, która jednakże nie miała żadnego wpływu na wartość ogólną oferty gdyż podstawy jej wyliczenia stanowiła kwota „1 400 000,00” wpisana w rubryce „wartość robót”.

Według Odwołującego powyższy błąd jest oczywistą omyłką pisarską (nie zaś rachunkową) bowiem:

1. we wszystkich składnikach oferty w rubryce „j.m.” jeżeli ilość danej roboty wynosiła 1 to cena jednostkowa zawsze pozostawała w zbieżności z kwotą wpisaną cyframi jako wartość roboty,

2. w rubryce „wartość robót” składniki w niej wymienione kończą się ich zsumowaniem „Razem netto” 22 642 810,74 zaś jedynym jej składnikiem wymienionym w pkt. 7.1 może być i jest kwota 1 400 000,00, gdyż bez tej właśnie wartości oferta w pkt. 9,10 jak i „Razem netto” musiała by być inna,

3. składając ofertę w zakresie wartości opracowania dokumentacji projektowej Odwołujący kierował się koniecznością przestrzegania wymogu by cena ta nie była większa niż 7% wartości netto całej oferty. Stąd oferowana wartość wskazana w tej pozycji jako kwota 1 400 000,00 nie zaś oczywiście omyłkowo wpisana kwota 1 530 000,00, bo wówczas koszt dokumentacji projektowej przekraczałby 7% wartości netto całej oferty.

Powyższe wskazuje – zdaniem Odwołującego, że zachodzi uzasadniona treścią art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy konieczność sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w pkt. 7.1 RCO przez wpisanie w poz. „cena jednostkowa” kwoty 1 400 000,00 nie zaś 1 530 000,00.

Podniósł również okoliczność, że pismem skierowanym do Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2018 roku DM/253/2018 Odwołujący poinformował go o powyższym swoim stanowisku kwestionując wadliwie dokonaną korektę wpisu w pkt. 7.1 RCO, podniósł że popełnił oczywistą omyłkę pisarską, co do kwoty 1 530 000,00 i zakwestionował, że jest to omyłka rachunkowa, jak i umotywował w tym przedmiocie swoje stanowisko.

Zauważył przy tym, że pismo to zostało doręczone Zamawiającemu w powyższej dacie drogą mailową tj. 1 sierpnia 2018 roku i w tej samej dacie nadto przesłane przesyłką poleconą, która została odebrana przez Zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2018 r.

Obecnie Odwołującemu wydaje się, że Zamawiający uznał jego pismo z dnia 1 sierpnia 2018 r. za nieistniejące lub nie podzielił jego stanowiska w nim zawartego w całości skoro skutkowało to odrzuceniem jego oferty.

W ocenie Odwołującego - przyjęcie, że wpisana kwota 1400 000,00 jest omyłką rachunkową jest sprzeczne z istotą charakteru takiej pomyłki, bowiem omyłką rachunkową może być wyłącznie omyłka powstała wskutek dokonania działania matematycznego, a podana cena jednostkowa nie jest wynikiem takiego działania.

W przekonaniu Odwołującego - korekcie więc winien ulec wpis kwoty 1 530 000,00 na kwotę 1 400 000,00 gdyż pierwszy z nich jest oczywistą omyłką pisarską na co Odwołujący wyrażał zgodę, składając w tym przedmiocie oświadczenie woli jak w piśmie z 1 sierpnia 2018 r.

Wyraził pogląd, że Zamawiający nie kierując się oświadczeniem woli Odwołującego, spójnym z jego złożoną ofertą samowolnie dokonał korekt jakoby omyłek rachunkowych, doprowadzając w rzeczywistości do wytworzenia nowego oświadczenia niezgodnego z wolą Odwołującego, które nie znajduje uzasadnienia w treści złożonej przez niego oferty.

Nadto, zarzucił, że Zamawiający przypisuje mu dowolnie złożenie oświadczenia woli jako wartość całości oferty na kwotę 22 776 710,74 zł, gdy takiego oświadczenia woli nie złożył.

Odwołujący oświadczył, że jego oferta jako oświadczenie woli została złożona na kwotę 22 642 810,74 zł, której składową prawidłowo podaną przez Odwołującego jest wartość 1 400 000,00 zł, a nie 1 530 000,00 zł.

Ostatecznie, stwierdził, że zgodnie z art. 87 pkt. 1 ustawy w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający winien skorzystać z wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż tylko takie działanie mogło doprowadzić do wyjaśnienia błędnego zapisu w pkt. 7.1 RCO w rubryce „cena jednostkowa”, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał, „wytwarzając” nowe oświadczenie niezgodne z wolą Odwołującego.

Pismem z dnia 8 października 2018r. zgłosili, każdy oddzielnie, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i wykonawca ETF Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich.

Pismem z dnia 18 czerwca 2018r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie Zamawiającego i we wniosku z tej samej daty wykonawca EFT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich wnosili zgodnie między innymi o odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym, po wysłuchaniu argumentacji stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z art.182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała, że Odwołujący już w dniu 30 lipca 2018r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania tj. w dacie przekazania mu zawiadomienia o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek zgodnie z art.87 ust.2 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że zarzuty odwołania w istocie dotyczą czynności sprostowania przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej, której pewnym i oczywistym następstwem musiało być odrzucenie oferty Odwołującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 1 sierpnia 2018r. stanowiącym odpowiedź na czynność Zamawiającego Odwołujący wyraźnie zakwestionował czynność Zamawiającego sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej, a mimo tego nie skorzystał ze środka ochrony prawnej.

Odwołujący w tamtej dacie stwierdził, że „...uznano, że omyłka ta ma charakter tzw. omyłki rachunkowej, gdy w rzeczywistości jest to oczywista omyłka pisarska uregulowana w

art.87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp.”.

Nadto, Odwołujący w powyższym piśmie zauważył, że „Mogło to uzasadniać zwrócenie się przez Zamawiającego do złożenia przez nas wyjaśnień zgodnie z treścią art.87 ust.1,...”.

Dodatkowo, Odwołujący wyraził pogląd, że „Przyznać należy, że zapisy zawarte w ofercie przetargowej w punkcie 7.1 są oczywistą omyłką pisarską, lecz co do kwoty 1 530 000,00 zł, nie zaś kwoty 1 400 000,00 zł.”.

Odnosząc się zatem do przedstawionego stanowiska Odwołującego Izba doszła do przekonania, że z treści powyższego pisma wynika jego świadomość w zakresie okoliczności, że poprawienie przez Zamawiającego omyłki z kwoty 1 400 000,00 zł na kwotę 1 530 000,00 zł spowodowałoby, że „...wówczas koszt dokumentacji projektowej przekroczyłby 7% wartości netto całej oferty.”.

W związku z powyższym należy zauważyć, że Zamawiający w załączniku nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ – Rozbicie Ceny Ofertowej przewidział, że przy wypełnianiu Rozbicia Ceny Ofertowej koszt opracowania dokumentacji projektowej nie może być większy niż 7 % wartości netto całej oferty (7% z poz. RAZEM (NETTO)).

Przekroczenie tego wymagania SIWZ – zdaniem Izby – prowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ na zasadzie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp

Według zapatrywania Izby, mając na uwadze przytoczone okoliczności – Odwołujący w chwili powzięcia wiadomości o sprostowaniu oczywistej omyłki rachunkowej dowiedział się o tym, że koniecznym było zakwestionowanie w sposób prawem przewidziany za pomocą środka ochrony prawnej(odwołania) tej czynności, a także ewentualne podniesienie zarzutu zaniechania wyjaśnienia treści oferty, a także zarzutu zaniechania poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

Jeżeli zatem, Odwołujący w terminie skutecznie nie podważył ważności dokonanego sprostowania oczywistej omyłki rachunkowej, ani powyższych zaniechań w warunkach oczywistego następstwa tej czynności w postaci obowiązku Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego, to w chwili obecnej nie może on wnieść odwołania na czynność odrzucenia jego oferty będącej normalnym następstwem prawomocnej czynności

sprostowania oczywistej omyłki rachunkowej.

Izba uznała przy tym, że jeżeli czynność sprostowania przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej jest prawnie skuteczna z powodu jej niezaskarżenia w powołanym na wstępie terminie, to nie może być ona następnie podważana na późniejszym etapie postępowania przetargowego.

W związku z tym, Izba stwierdziła, że Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 5 października 2018 r., co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie, podczas gdy upływ 10 dniowego terminu prawem przewidzianego liczonego od dnia 31 lipca 2018r. nastąpił w dniu 9 sierpnia 2018r.

Stosownie do przepisu art.189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....