

Sygn. akt: KIO/UZP 654/08

WYROK
z dnia 11 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, 65-950 Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31** protestu z dnia 11 czerwca 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Drogowego KONTRAKT Sp. z o.o., 66-600 Krosno Odrzańskie, ul. Poznańska 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7

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 **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, 65-950 Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31** 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 **STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa, ul. B. Brechta 7.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę drogi krajowej nr 29 na odcinku Urad - Osiecznica, od km 33+373 do km 46+053, numer sprawy: GDDKiA-O/ZG-R2-418R-4/2008, zostało wszczęte przez Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 49-067356 w dniu 11.03.2008 r.

W dniu 03.06.2006 r. Zamawiający umieścił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. firmy: Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT” Sp. z o.o., ul. Poznańska 9, 66-600 Krosno Odrzańskie zwanej dalej: „KONTRAKT Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” na stronie internetowej, a w dniu 04.06.2008 r. (data otrzymania informacji o wyborze) poinformował na podstawie art. 92 ust.1 i art. 94 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: „Pzp”, o powyższym (pismo z dnia 03.06.2008 r., Nr GDDKiA-O/ZG-R2-mg-418R-4/2008) w formie faxy i wysłał pisemnie, firmę: STRABAG Sp. z o.o., 03-472 Warszawa/Polska,

ul. B. Brechta 7 zwaną dalej: „STRABAG Sp. z o.o.” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Zamawiający poinformował także w niniejszym piśmie o odrzuceniu dwóch z siedmiu złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert. Załączonej punktacji ofert wynikało, iż oferta STRABAG Sp. z o.o. uzyskała trzecią pozycję pod względem uzyskany punktów, drugą pozycję zajęła oferta firmy: EUROVIA POLSKA S.A., ul. Fabryczna 20 B, 53-609 Wrocław, Oddział Lubuski, ul. Fabryczna 19-20, 66-400 Gorzów Wielkopolski zwana dalej: „EUROVIA POLSKA S.A.”.

W dniu 11.06.2008 r. (wpływ bezpośredni do kancelarii) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz 180 Pzp Protestujący złożył protest na podjęte czynności oraz zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegające na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy: KONTRAKT Sp. z o.o., pomimo że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty EUROVIA POLSKA S.A. pomimo że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
3. dokonaniu przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę: KONTRAKT Sp. z o.o. niezgodnie z przepisami Pzp, czym Zamawiający naruszył, interes prawny Protestującego.

Wyżej wskazany zarzucił, że działania Zamawiającego naruszają przepisy Pzp, a w szczególności:

- a) art. 7 Pzp poprzez złamanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- b) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KONTRAKT Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- c) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EUROVIA POLSKA S.A., której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Protestujący wniósł o:

- a) odrzucenie oferty KONTRAKT Sp. z o.o., jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- b) odrzucenie oferty EUROVIA POLSKA S.A., jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- c) uchylene czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KONTRAKT Sp. z o.o.,
- d) powtórzenie procedury badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

Protestujący podnosząc wadliwość wyboru Zamawiającego i konieczność odrzucenia oferty wybranej oraz oferty EUROVIA POLSKA S.A., z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ wskazał, że zgodnie z pkt 9.6. SIWZ: „Oferta oraz pozostałe oświadczenia

i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziałach 1 i 2, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy". Ponadto, zgodnie z postanowieniem pkt 11.1. SIWZ - „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach, których wzór stanowi Formularz 2.1." Natomiast, w pkt 11.2 SIWZ Zamawiający wymagał aby: „Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe".

Odnosząc powyższe zapisy SIWZ do stanu faktycznego stwierdził, iż w ofercie złożonej przez KONTRAKT Sp. z o.o. w kosztorysach ofertowych:

- Projekt usunięcia kolizji z siecią TP S.A. na odcinku Urad-Osiecznica od km 42+169,07 do km 42+897,07 - KOLIZJA Nr 2 poz. 1.8 - wybrany Wykonawca wskazał, że jednostką jest: sztuka (szt.), a zgodnie z SIWZ powinno być: metr (m), (*E. ROBOTY TELEKOMUNIKACYJNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych*);
- Projekt usunięcia kolizji z siecią TP S.A. na odcinku Urad-Osiecznica od km 45+167,45 do km 46+053,00 - KOLIZJA Nr 4 poz. 1.15 - wybrany Wykonawca wskazał, że jednostką jest: metr, a powinno być: sztuka (szt.), (*E. ROBOTY TELEKOMUNIKACYJNE poz. 4 Tabela Elementów Scalonych*).

Powyższy stan rzeczy jest dla Protestującego podstawą do wniosku, iż w związku z błędami w kosztorysach ofertowych KONTRAKT Sp. z o.o. dokonało nieuprawnionej zmiany przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem, w związku z wprowadzonymi zmianami niemożliwe było porównanie oferty KONTRAKT Sp. z o.o. z innymi ofertami, złożonymi w postępowaniu. Porównywalność ofert, zaś jest niezbędna dla oceny właściwego przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Wyżej wskazany, zdaniem Protestującego dokonując zmian w kosztorysach dokonał nieuprawnionych modyfikacji w treści oferty.

Podkreśla także, że jednostki błędnie wskazane w kosztorysach są nieporównywalne, a popełniony błąd nie można potraktować jako pomyłkę. Jego zdaniem jednostka podana w sztukach wskazuje ilość, natomiast jednostka podana w metrach - miarę. Zatem wskazując we wskazanych pozycjach błędne jednostki miary KONTRAKT Sp. z o.o. zobowiązał się do wykonania innego przedmiotu zamówienia, niż wymagał Zamawiający w SIWZ.

Odnosząc się do wadliwości oferty EUROVIA POLSKA S.A., Protestujący także podniósł, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ, gdyż w kosztorysie ofertowym:

- Obiekt: Oświetlenie drogowe od km 35+669,15 do km 36+438,40 (przy przebudowie drogi krajowej nr 29 na odc. URAD-OSIECZNICA) poz. 1.1.2 - wykonawca wskazał ilość: 247 m³, chociaż zgodnie z kosztorysem ofertowym powinno być: 247,2, (*D. ROBOTY ELEKTRYCZNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych*);

- Projekt usunięcia kolizji z siecią TP S.A. na odcinku Urad-Osiecznica od km 45+167,45 do km 46+053,00 - KOLIZJA Nr 4 poz. 1.15 - wykonawca wskazał jednostkę: metr (m), a powinno być: sztuk (szt.), (*E. ROBOTY TELEKOMUNIKACYJNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych*).

Niniejsze, zdaniem Protestującego jest podstawą do wniosku, iż Wykonawca dokonał nieuprawnionych zmian w ofercie. Jego oferta jest, według niego zatem nieporównywalna z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Odnosząc się do interesu prawnego w złożeniu protestu, wskazał, iż jego uwzględnienie i dokonania przez Zamawiającego powtórnego badania ofert złożonych ofert i w konsekwencji odrzucenia ofert KONTRAKT Sp. z o.o. oraz EUROVIA POLSKA S.A. będzie skutkowało po jego stronie szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W dniu 12.06.2008 r. Zamawiający faxem i wysłał pocztą pisemnie uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 13.06.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączy się: KONTRAKT Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie wniesionego protestu, jako bezzasadnego.

Przystępujący podniósł, iż:

Po pierwsze, wybór oferenta został ogłoszony przez Zamawiającego na stronie internetowej GDDKi A w dniu 03.06.2008 r. pismo nr GDDKiA-O/ZG-R-2-418R-4/2008 z dnia 03.06.2008 r., natomiast protest złożony został w dniu 11.06.2008 r. a więc po terminie i z tego względu powinien być odrzucony w oparciu o przepis art. 180 ust. 7 Pzp.

Po drugie, oferta złożona przez Przystępującego opracowana została z podaniem podstawy wyceny, która jednoznacznie określa jednostki w jakich dana pozycja ma być wyrażona. W tym stanie błędnym jest twierdzenie dokonania „nieuprawnionej zmiany przedmiotu zamówienia”, bowiem należy to traktować jako oczywistą omyłkę pisarską. Powyższy pogląd wyrażony przez odpowiadającego w tym zakresie, Przystępujący poparł orzeczeniem Zespół Arbitrów (wyrok z dnia 15.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-697/05) stwierdzającym, że: „Przez „oczywistą omyłkę pisarską” w świetle art. 87 ust. 2 ustawy, rozumie się każdą niedokładność, która nasuwa się każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. W ofercie Odwołującego podanie dla materiałów konkretnej jednostki miary w sytuacji, gdy oczywiste jest, że nie może być ona zastosowana do wszystkich materiałów jest widoczne od razu, w zestawieniu z prawidłowo wskazanymi jednostkami miary w innych częściach oferty dotyczących również wyceny materiałów. Błąd ten jest oczywisty i Zamawiający mógł go od razu zauważyć w toku badania

oferty bez potrzeby przeprowadzania specjalnych badań czy też ustaleń. W świetle powyższego Zamawiający powinien poprawić powstałą omyłkę pisarską na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy lub przynajmniej zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie tej części oferty.

Pomyłka w oznaczeniu jednostki miary nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19 poz. 177 z późn. zm.) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z zapisu tego wynika, iż ustawodawca przesłanki odrzucenia oferty ograniczył wyłącznie do niezgodności treści oferty ze SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot roboty budowlanej (usługi lub dostawy) nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że „nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii oferty zdefiniowanej w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego. Za takim rozumieniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przemawia również wykładnia celowościowa, mająca pierwszeństwo stosowania przed wykładnią literalną, zgodnie z dyrektywami Unii Europejskiej stanowiących podstawę polskiego prawa zamówień publicznych i zasad ich interpretacji. Potwierdza to ukształtowane już na gruncie Prawa zamówień publicznych orzecznictwo Zespołów Arbitrów (tak w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 15.07.2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1058/04, w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 10 grudnia 2004 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2113/04) oraz stanowisko doktryny zgodnie, z którym „nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty niezgodność formy oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (str. 219 teza 4 Prawo zamówień publicznych Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wyd. Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2004)”.

Z tych względów Przystępujący wniósł o nie uwzględnienie protestu, bowiem ma on interes prawny w wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, czego dowodem jest wybór dokonany przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej przy uwzględnieniu nawet istniejącej omyłki pisarskiej nie mającej istotnego znaczenia dla sprawy.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana w tym samym dniu Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 20.06.2008 r. faxem, poprzez jego odrzucenie na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp jako wniesionego po terminie.

Zamawiający podniósł, iż zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informacja dotycząca wyboru oferty najkorzystniejszej i ofertach odrzuconych została zamieszczona, zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 2 Pzp na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 03.06.2008 r. Tym samym dniem w którym wykonawcy mogli powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu był dzień 03.06.2008 r. Protest wpłynął do Zamawiającego w dniu 11.06.2008 r. a zatem z uchybieniem 7 - dniowego terminu na jego wniesienie.

Jednocześnie, Zamawiający informuje, iż protest podlegałby oddaleniu z uwagi na następujące okoliczności:

1) w zakresie zarzutów dotyczących oferty KONTRAKT Sp. z o.o. - w ocenie Zamawiającego nieścisłości w ofercie uznanej za najkorzystniejszą nie mogą być uznane za zmianę przedmiotu zamówienia. Wykonawca bowiem w kosztorysach opisał ww. pozycje prawidłowo, prawidłowo również wskazał ilości oraz krotkości przedmiotowych pozycji.

Omyłki polegają na wskazaniu:

- w pozycji: 1.8, tj. „Zawieszanie kabli naziemnych na podbudowie słupowej, podnoszenie z ziemi, kabel XTKMXn Fi 15 mm" jako jednostki miary sztuk zamiast metrów, co w ocenie Zamawiającego, w kontekście prawidłowo podanej ilości 380,0, co stanowi oczywistą omyłkę pisarską.
- w pozycji 1.15 „Zdemontowanie słupów pojedynczych ze szczudłami w terenie płaskim bez ustoju, długości 6m, grunt kategorii III" jako jednostki miary metrów zamiast sztuk, co również stanowi oczywistą omyłkę pisarską.

Ww. omyłki, zdaniem Zamawiającego mają charakter omyłek oczywistych, gdyż po pierwsze widoczne są „na pierwszy rzut oka". Po drugie omyłki te dotyczą elementów, które zostały narzucone przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający nie wymagał od wykonawców samodzielnego podawania jednostek miar poszczególnych pozycji w kosztorysach, tym samym „oczywistość" ww. omyłek narzuca się sama.

Powołał się w tym względzie, także na podglądy doktryny zgodnie z którą: „omyłka oczywista to taka, która jest bezsporna, niebudząca wątpliwości. Polega ona zazwyczaj na niezgodnym z zamierzonym, niewłaściwym bądź mylnym użyciu wyrazu lub jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu. Omyłka oczywista to taka, która jest widoczna na pierwszy rzut oka, bez potrzeby prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień." (tak: A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych 2006, str. 176).

Jak również, orzecznictwo Zespołów Arbitrów (wyrok z dnia 16.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1364/06) zgodnie z którym: „stwierdzona rozbieżność w ilości robót w zakresie

pozycji 16 winna być uznana przez Zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż, jak to już wyżej zostało stwierdzone, omyłka dotyczy takiego elementu oferty, którego treść została narzucona z góry przez Zamawiającego. Tak więc Zamawiający mógł stwierdzić oczywistość tej omyłki poprzez skonfrontowanie opracowanego przez siebie przedmiaru robót z treścią oferty Odwołującego".

Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowej sprawie mamy także do czynienia z omyłką, która dotyczy takiego elementu oferty, którego treść została narzucona z góry przez Zamawiającego, w związku z czym ma on możliwość jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Niniejszy wskazał także w tej materii na orzeczenie Zespołu Arbitrów (wyrok z dnia 01.07.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1592/05 stwierdzający, iż: „instytucją sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej służy umożliwieniu przywrócenia rzeczywistej woli wykonawcy w sytuacji, gdy zachodzi oczywista niezgodność pomiędzy rzeczywistą wolą wykonawcy, która wynika z okoliczności sprawy a wolą, która została wyrażona na piśmie - w wypadku zaistnienia tzw. błędu logicznego (fallacia expressionis). Dotyczy to zakresu błędów, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc uchybień o charakterze oczywistym, których poprawienie w żadnym wypadku nie może prowadzić do merytorycznej zmiany oferty".

2) w zakresie zarzutów dotyczących oferty EUROVIA POLSKA S.A. – Zamawiający stwierdził, iż pierwszy zarzut jest analogiczny jak w przypadku oferty KONTRAKT Sp. z o.o., tj. polega na podaniu w Projekcie usunięcia kolizji z siecią TP S.A. na odcinku Urad- Osiecznica od km 45+167,45 do km 46+053.00 - KOLIZJA nr 4 poz. 1.15 jednostki: metr (m) zamiast sztuk (szt.), (E. ROBOTY TELEKOMUNIKACYJNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych), dlatego też jego stanowisko odnośnie tego zarzutu jest takie wyrażone powyżej. Względem drugiego zarzutu podania w kosztorysie ofertowym EUROVIA POLSKA S.A. Obiekt: Oświetlenie drogowe od km 35+669,15 do km 36+ 438,40 (przy przebudowie drogi krajowej nr 29 na odcinku URAD-OSIECZNICA) poz. 1.1.2 - ilości: 247 m³ chociaż zgodnie z kosztorysem ofertowym powinno być: 247,2 (D. ROBOTY ELEKTRYCZNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych), Zamawiający poinformował, iż w dokumentacji przekazanej w Przedmiarze robót pozycja 2 „Zасыpywanie rowów dla kabli {980mx0.4mx0.6m} + {30mx0.4mx1,2m}" zostało wskazane 247 m³, natomiast w kosztorysie Ilość ta wynosi 247,2 m³. Zatem, zdaniem Zamawiającego Wykonawca w swojej ofercie nie popełnił błędu przyjmując do wyliczenia wielkość wskazaną w Przedmiarze robót. Zgodnie bowiem, jak podniósł, z poglądem dominującym w doktrynie i orzecznictwie wszelkie ewentualne nieścisłości w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego należy interpretować na korzyść wykonawców. „Zaznaczyć należy, iż wykonawca działa w zaufaniu do ustalonej

przez Zamawiającego treści siwz i nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbań ze strony Zamawiającego o ile zaniedbania te nie skutkują nieważnością postępowania." (sygn. akt UZP/ZO/0-394/05).

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, iż nieprawidłowe podanie jednostek miar w pozycjach 1.8 i 1.15 kosztorysów znajdujących się w ofertach KONTRAKT sp. z o.o. oraz EUROVIA POLSKA S.A., nie może skutkować odrzuceniem tych ofert, a jedynie poprawieniem omyłek w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

W dniu 25.06.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu.

Odwołujący dodatkowo zarzucił, iż rozstrzygnięcie narusza:

- art. 180 ust. 2 i 7 Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący uchybił terminowi na złożenie odwołania.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił protest Odwołującego, naruszając tym samym art. 180 ust. 2 i 7 Pzp. Wskazał, że zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. Przytoczył pkt 10.3. SIWZ, gdzie Zamawiający postawił warunek, że:

„W postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia, wszelkie oświadczenia, pytania, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują wyłącznie pisemnie. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje przekazane za pomocą telefaksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie." Odnosząc powyższe do stanu faktycznego, stwierdził, iż informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert wykonawców, Odwołujący otrzymał w formie pisemnej w dniu 04.06.2008 r. Wobec niniejszego, zdaniem Odwołującego, w świetle postanowień SIWZ, termin na wniesienie protestu rozpoczął zatem swój bieg od dnia otrzymania w/w pisma, tj. 04.06.2008 r. Zatem, Odwołujący, który złożył protest do Zamawiającego w dniu 11.06.2008 r., nie uchybił zatem terminowi na jego złożenie. Fakt umieszczenia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej nie ma znaczenia w sprawie.

Wskazał także, że w podobnym stanie faktycznym, tożsame stanowisko zajął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 20.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-860/07, wskazując że: "Zamawiający ma obowiązek przede wszystkim o swoich decyzjach informować wykonawców za pomocą pism i ewentualnie faksu, a dopiero dodatkowo w formie informacji umieszczonej na swojej stronie internetowej. Wszelkie skutki prawne, jakie wiąże z tym art.

180 Pzp, wynikające z faktu powzięcia wiadomości o treści decyzji Zamawiającego przez wykonawcę, mogą być związane z datą otrzymania pisma o tym informującego, a nie data jego opublikowania na stronie internetowej".

Odwołujący kwestionując rozstrzygnięcie protestu Zamawiającego i podtrzymując swoje zarzuty z protestu, że: „jednostki błędnie wskazane w kosztorysach przez wybranego Wykonawcę są nieporównywalne, a popełniony przez wybranego Wykonawcę błąd nie można potraktować jako omyłkę pisarską”, wskazuje, że za omyłkę pisarską należy uznać widoczną, niezamierzoną niedokładność, błąd pisarski, przypadkowe opuszczenie wyrazu lub jego części. Podniósł, iż pojęcie oczywistej omyłki pisarskiej było także wielokrotnie definiowane przez Zespół Arbitrów. W jednym z wyroków Zespołu Arbitrów z dnia 09.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1275/06 orzeczono, jak podnosi, że: „Przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy 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 przeoczenia lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu, a dokonując poprawy tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można jednak w żadnym razie doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia”. Wskazuje także wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 01.07.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1592/05 na który powalał się także Zamawiający swoim rozstrzygnięciem.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, popełnione omyłki wybranego Wykonawcy nie można potraktować jako oczywiste. Przede wszystkim jednostka podana w sztukach wskazuje ilość, natomiast jednostka podana w metrach - miarę. Zatem wskazując w pozycjach błędne jednostki miary wybrany Wykonawca zobowiązał się do wykonania innego przedmiotu zamówienia, niż wymagał Zamawiający w SIWZ. Za nietrafny należy uznać także, jego zdaniem, argument Zamawiającego przedstawiony w rozstrzygnięciu protestu, iż nie wymagał od wykonawców samodzielnego podawania jednostek miar poszczególnych pozycji w kosztorysach. Twierdzenie to bowiem, wbrew zamierzeniom Zamawiającego, potwierdza stanowisko i zarzuty Odwołującego. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający niezasadnie zatem przyjął, że błędy Wykonawcy mogą być uznane za oczywiste omyłki pisarskie.

Powyższą argumentację Odwołujący odniósł tak do oferty KONTAKT Sp. z o.o., jak i EUROVIA POLSKA S.A.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiającego złamał zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie. Zamawiający w odniesieniu do wybranego Wykonawcy oraz EUROVIA POLSKA S.A. uznał, że błędy w ich ofercie należy uznać za

oczywiste omyłki pisarskie. W przypadku innych ofert, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego „ABM” Sp. z o.o., oraz oferty MALDROBUD W. Malinowicz, E. Malinowicz Sp. jawna błędy ilościowe w kosztorysie ofertowym oraz nieścisłości w treści i ilościach w kosztorysie ofertowym stanowiły dla Zamawiającego podstawę do odrzucenia tych ofert. W ocenie Odwołującego takie postępowanie narusza art. 7 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 26.06.2008 r. Zamawiający przesłał faxem i wysłał pocztą pisemnie uczestnikowi postępowania protestacyjnego (Przystępującemu) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 04.07.2008 r. (wpływ do UZP pocztą) KONTAKT Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Przystępujący podtrzymał całą argumentację jaką przytoczył w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, wraz z orzecznictwem tam powołanym. W szczególności Przystępujący zwrócił uwagę, że w wyroku zespołu arbitrów z dnia 15.04.05 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-697/05, gdzie stwierdzono, m.in., iż: (.....). Pomyłka w oznaczeniu jednostki miary nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy zgodnie z art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy.”

Ponadto, zgodził się, iż nastąpiło przekroczenie 7-dniowego terminu na złożenie protestu przez Odwołującego. Bez znaczenia przy tym ma przywoływany przez Odwołującego, zdaniem Przystępującego, zapis SIWZ pkt 10.3., gdyż zapis ten dotyczy jedynie formalnej strony udzielania wyjaśnień do SIWZ przez Zamawiającego i wiążących się z tym oświadczeń i pism. Za takim rozumieniem cytowanego przez Odwołującego punktu przemawia, jego zdaniem, usytuowanie w pkt 10 SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu udzielania wyjaśnień treści SIWZ”, wśród zapisów dotyczących kwestii wyłącznie związanych z wyjaśnieniami SIWZ. Nie można więc go - wobec takiej nie budzącej wątpliwości redakcji SIWZ - uznać za odnoszący się do całości postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia.

Sprawę sposobu składania protestów reguluje, zdaniem Przystępującego autonomicznie i wyłącznie pkt 19, jednoznacznie, z przywołaniem zapisów art. 180 Pzp, wskazując na początek biegu terminu na złożenie protestu.

Ponadto, jak wskazał, nawet jeżeliby uznać, że pkt 10.3 SIWZ odnosi się do całości postępowania przetargowego - trzeba podkreślić, że zapisu pkt 10.3 nie można zmieniać - jak chce tego Odwołujący - ogólnej reguły wyrażonej w art. 180 ust. 2 Pzp, która nakazuje liczyć termin na złożenie protestu generalnie od dnia w którym Wykonawca mógł powziąć

wiadomość o okolicznościach do wywiedzenia protestu. Takie brzmienie cytowanego przepisu wprost wskazuje, że liczy się sama możliwość zapoznania z okolicznościami uzasadniającymi ewentualne złożenie protestu a nie fakt ich skutecznego powzięcia przez Wykonawcę. W niniejszej sprawie natomiast bezspornym jest, że taka możliwość stworzyła się dla Odwołującego już w dniu zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tym bardziej, że adres tej strony był znany Odwołującemu (podano go w SIWZ), sam dostęp do strony tej jest otwarty dla każdego i bezproblemowy, a obowiązek umieszczenia takiej informacji na stronie internetowej wynikał z art. 92 ust. 2 Pzp.

Stanowisko takie, Przystępujący oparł także na postanowieniu Zespołu Arbitrów z dnia 27.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-747/07, zgodnie z którym umieszczenie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej oznacza, że Wykonawca ma w tym momencie możliwość zapoznania się z tą informacją, gdyż powinien on działać w postępowaniu tak jak Zamawiający, tj. z należytą starannością, a w konsekwencji od tej chwili liczony jest termin do wniesienia protestu).

Pogląd ten jest tym bardziej aktualny, zdaniem Przystępującego, gdyż Zamawiający w SIWZ nie wykluczył w sposób jednoznaczny elektronicznej drogi komunikowania się stron.

Przystępujący, uważa, iż wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20.07.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-860/07 nie ma zastosowania albowiem dotyczy ono innej, nie porównywalnej sytuacji, tzn. inne, odmienne od przedmiotowych, są zapisy SIWZ dotyczące komunikowania się stron. W sprawie której dotyczy powoływane orzeczenie, zapisy SIWZ w sposób jednoznaczny wyłączały bowiem elektroniczną drogę przekazywania informacji, czego w przedmiotowej SIWZ (dotyczącej niniejszego postępowania) brak.

Odnosząc się do zarzutów merytorycznych Przystępujący stwierdził, iż stanowisko Zamawiającego w zakresie oceny jego ofert oraz EUROVIA POLSKA S.A. za zasadne. Uznał, iż w aktualnym stanie faktycznym nie można mówić o jakiegokolwiek zmianie przedmiotu zamówienia, a jedynie wchodzi w grę istnienie oczywistej omyłki, która w żadnym razie nie może skutkować odrzuceniem ofert.

Biorąc pod uwagę opis prac w kosztorysie ofertowym jasnym jest, w mniemaniu Przystępującego, że przedmiot ten jest zbieżny ze wskazanym w SIWZ. Co najwyżej można mówić o oczywistej omyłce polegającej na błędnym wpisaniu jednostek miary. Niemniej jednak skoro jest to oczywista omyłka w rozumieniu art. 87 Pzp o zmianie przedmiotu zamówienia tym bardziej nie może być mowy. Celnie, jego zdaniem, Zamawiający wskazał przy tym, że za oczywistym charakterem tej omyłki przemawia to, że jest ona widoczna na pierwszy rzut oka, a zwłaszcza, że dotyczy ona elementu, który został narzucony w SIWZ przez Zamawiającego i nie podlegał dowolnemu uzupełnieniu przez poszczególnych Wykonawców. Co więcej, jak podkreślił z oczywistą omyłką mamy do czynienia, gdy jest ona

możliwa do zweryfikowania w oparciu o pozostałe dokumenty przetargowe, a tak jest w niniejszej sprawie, jeżeli porówna się treść oferty z dokumentami-wzorem kosztorysu-podanymi w SIWZ. Tym bardziej o omyłce pisarskiej można mówić i z tego względu, że we wskazanych przez Odwołującego pozycjach można było przyjąć tylko takie jednostki miary i wagi jak we wzorze kosztorysu podanym przez Zamawiającego. Dodatkowo wszystkie pozycje kosztorysowe w ofercie były opisane podstawą wyceny (katalogiem TPSA oraz KNR) który jednoznacznie określa jednostki w jakich wyrażana jest dana pozycja kosztorysowa i czynności przewidziane do wykonania.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert m.in. Odwołującego oraz Przystępującego i po wysłuchaniu oświadczeń woli, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania na posiedzeniu i rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, brak było podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie na posiedzeniu Izby złożonego odwołania na podstawie pkt 4 tego artykułu w związku z art. 180 ust. 2 Pzp. Skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie zostało złożone w terminie. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zawarte w wyroku KIO z 28.02.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 113/124/08, jak również wcześniejszych orzeczeniach Zespołów Arbitrów (wyrok ZA z dnia 08.11.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3213/05, wyrok ZA z dnia 15.02.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-385/06, wyrok ZA z dnia 06.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-650/07).

Skład orzekający Izby uznał, że bez znaczenia dla rozpoczęcia biegu terminu na złożenie protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest data zamieszczenia informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej Zamawiającego, czy też np. jego tablicy ogłoszeń. Stosownie bowiem do treści art. 92 ust. 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek zamieścić na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń informacje o wynikach postępowania w ograniczonym zakresie. Zamieszcza tam bowiem wyłącznie informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej (informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp). Pełna informacja o wynikach postępowania, tj. ewentualnie o ofertach odrzuconych, czy wykluczeniu wykonawców z udziału w postępowaniu jest przesyłana wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu – stosownie do dyspozycji ust. 1 art. 92

Pzp. Od tego momentu (doręczenia pełnej informacji o wynikach postępowania) – na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp – rozpoczyna swój bieg termin na złożenie protestu. Izba uznaje, iż powyższa argumentacja jest zbieżna i stanowi rozwinięcie stanowiska wyrażonego w wyroku KIO z dnia 19.12.2007 r., sygn. akt. KIO/UZP 1431/07, zgodnie z tezą wynikającą z niniejszego – skoro mimo informacji na stronie internetowej Odwołujący mógł je powziąć dopiero w dniu otrzymania informacji pisemnie (w tym stanie faktycznym także faxem), to należy to uwzględnić przy obliczaniu terminu na wniesienie protestu.

Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mają obowiązku systematycznego monitorowania strony internetowej Zamawiającego, a zgodnie z oświadczeniem Odwołującego nie strona internetowa była podstawą powzięcia informacji o wyborze (w tym również o ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych). Ponadto obowiązujące przepisy Pzp nie przewidują określonego terminu na zamieszczenie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na stronie internetowej.

Faktem jest, na co zwrócił uwagę Przystępujący, iż Zamawiający nie wyłączył elektronicznej formy porozumiewania się. Jednak wyraźnie wskazanie formy pisemnej z dopuszczalnością faxowej, pod warunkiem niezwłocznego potwierdzenia pisemnie, jasno wyraża stanowisko Zamawiającego, co do wybranej formy porozumiewania się w postępowaniu. Pozostała argumentacja zawarta w przystąpieniu odnośnie autonomicznego charakteru zapisów SIWZ w zakresie formy porozumiewania się w postępowaniu, od zapisów dotyczących wnoszenia środków ochrony prawnej, jest także chybiona, wystarczy w tej materii wskazać art. 180 ust.1 zd.2 Pzp.

Izba dodatkowo stwierdza, iż niniejsze stanowisko znajduje potwierdzenie w podstawie prawnej, wskazanej w informacji o wyborze z dnia 03.06.2008 r. przez Zamawiającego, który oprócz art. 92 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż Zamawiający „niezwłocznie (.....) zawiadamia”, powołuje się na art. 94 ust.1 Pzp, w którym mowa m.in. o tym, że: „Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty (.....)”. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 6 Pzp: „Wniesienie protestu jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy”.

Ponadto, Izba powołuje się na dokumentację postępowania dostarczoną przez Zamawiającego, wśród której znajduje się informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, przesłanej do uczestników przedmiotowego postępowania faksem z odrębną adnotacją (co także znajduje potwierdzenie w przedłożonej do wglądu oryginalnej dokumentacji), z której

w sposób niezbity wynika, iż Zamawiający miał świadomość faktu, że ostatnim dniem na składanie protestu na niniejszą czynność jest dzień 11.06.2008 r.

Ustalono również, że Odwołujący posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofertach firm, których konieczność odrzucenia Odwołujący wskazuje, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów merytorycznych, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jak i oferty EUROVIA POLSKA S.A., których treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba rozpatrzyła łącznie z uwagi na ich charakter, uznając je za niezasadne.

W SIWZ dla przedmiotowego postępowania Zamawiający zawarł zapis (pkt 9.5 SIWZ): „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w Rozdziałach 1 i 2, winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy”. Ponadto, zgodnie z postanowieniem pkt 11.1. SIWZ - „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach, których wzór stanowi Formularz 2.1.” Natomiast, w pkt 11.2 SIWZ Zamawiający wymagał aby: „Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe”.

W ofercie złożonej przez Przystępującego w kosztorysach ofertowych:

- Projekt usunięcia kolizji z siecią TP S.A. na odcinku Urad-Osiecznica od km 42+169,07 do km 42+897,07 - KOLIZJA Nr 2 poz. 1.8 - wskazał, że jednostką jest: sztuka (szt.) – dowód str. 53 oferty, a zgodnie z SIWZ powinno być: metr (m),
(*E. ROBOTY TELEKOMUNIKACYJNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych*);
- Projekt usunięcia kolizji z siecią TP S.A. na odcinku Urad-Osiecznica od km 45+167,45 do km 46+053,00 - KOLIZJA Nr 4 poz. 1.15 - wskazał, że jednostką jest: metr – dowód str. 55 oferty, a powinno być: sztuka (szt.),
(*E. ROBOTY TELEKOMUNIKACYJNE poz. 4 Tabela Elementów Scalonych*).

Zgodnie z przedmiarami robót i kosztorysem ślepym w ramach opisu pozycji podstawy nakładów w pierwszym wypadku Zamawiającemu chodziło o: „Element - TPSA 40/506/1-Zawieszenie kabli nadziemnych na podbudowie słupowej, podnoszenie z ziemi, kabel XTKMXn Fi 15 mm”, a w drugim o: „Element – KNR 5032/622/6 – Zdemontowanie słupów pojedynczych ze szczudłami w terenie płaskim bez ustroju, długości 6 mm, grunt kategorii III”.

W ofercie złożonej przez EUROVIA POLSKA S.A. w kosztorysach ofertowych:

- Obiekt: Oświetlenie drogowe od km 35+669,15 do km 36+438,40 (przy przebudowie drogi krajowej nr 29 na odc. URAD-OSIECZNICA) poz. 1.1.2 - wykonawca wskazał ilość: 247 m³ – dowód str. 54 oferty, chociaż zgodnie z kosztorysem ofertowym powinno być: 247, 2 m³,
(D. ROBOTY ELEKTRYCZNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych);
- Projekt usunięcia kolizji z siecią TP S.A. na odcinku Urad-Osiecznica od km 45+167,45 do km 46+053,00 - KOLIZJA Nr 4 poz. 1.15 - wykonawca wskazał jednostkę: metr (m) – dowód str. 65 oferty, a powinno być: sztuk (szt.),
(E. ROBOTY TELEKOMUNIKACYJNE poz. 2 Tabela Elementów Scalonych).

Zgodnie z przedmiarami robót i kosztorysem ślepym w ramach opisu pozycji podstawy nakładów w pierwszym wypadku Zamawiającemu chodziło o: „Zasypywanie rowów dla kabli {980m x 0.4m x 0.6m}+{30m x 0.4m x 1.2m}”, a w drugim o: „Element – KNR 5032/622/6 – Zdemontowanie słupów pojedynczych ze szczudłami w terenie płaskim bez ustroju, długości 6 mm, grunt kategorii III”.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 09.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1275/06, zgodnie z którym: „Przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy 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 przeoczenia lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu, a dokonując poprawy tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można jednak w żadnym razie doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia”.

W przedmiotowym stanie faktycznym poprawienie podanych jednostek miar nie stanowi merytorycznej zmiany treści SIWZ (którą byłaby zmiana, co do zakresu, ilości,

jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego), ale mają bezsprzecznie charakter oczywistych omyłek pisarskich. Świadczy o tym fakt, że ewentualne sprostowanie nie wytworzy nowej treści oświadczenia, gdyż dotyczy takiego elementu oferty, którego treść została narzucona z góry przez Zamawiającego. Została ona błędnie „powielona” przez Przystępującego oraz w ofercie EUROVIA POLSKA S.A. i nie mogła być dowolnie uzupełniona przez uczestników przedmiotowego postępowania. Podobnie w wyrokach Zespołu Arbitrów z dnia 15.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-697/05, z dnia 16.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1364/06 oraz z dnia 01.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1592/05, które Izba uznaje za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego.

Ponadto, Izba podzieliła pogląd Przystępującego, iż o omyłce pisarskiej można mówić i z tego względu, że we wskazanych przez Odwołującego pozycjach w ofercie Przystępującego oraz ofercie EUROVIA POLSKA S.A. można było przyjąć tylko takie jednostki miary, jak we wzorze kosztorysu podanym przez Zamawiającego. Nie istnieje, bowiem co do zasady faktyczna możliwość zaoferowania wymienionych w kwestionowanych pozycjach tabeli elementów, w jednostkach omyłkowo wpisanych przez Przystępującego. Z powyższego wynika ich oczywisty, widoczny na pierwszy rzut oka charakter. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, podniesionej podczas rozprawy, względem elementu: „Zawieszenie kabli nadziemnych na podbudowie słupowej, podnoszenie z ziemi, kabel XTKMXn Fi 15 mm”, Izba stwierdza, iż nie podanie długości takiego kabla (podano tylko Fi 15 mm), czyni uwagi o możliwości oferowania kabla w sztukach za bezprzedmiotowe, tym bardziej, iż nie był wskazany sposób konfekcjonowania tegoż kabla.

Dodatkowo, Izba zgadza się, iż Przystępujący trafnie podniósł, że wszystkie pozycje kosztorysowe w ofercie były opisane podstawą wyceny (katalogiem TPSA oraz KNR), który jednoznacznie określa jednostki, w jakich wyrażana jest dana pozycja kosztorysowa i czynności przewidziane do wykonania, co także potwierdza trafność stanowiska o ich omyłkowym charakterze.

Stanowisko Odwołującego, odnośnie konieczności przeprowadzenia „procesu myślowego”, czyli analizy, co samo w sobie powoduje, iż sporne omyłki nie mają charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, jest nieadekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego. Po pierwsze dlatego, iż każde badanie i ocena ofert wiąże się z koniecznością przeprowadzenia „procesu myślowego”, po drugie dlatego, iż błąd co do formy, a nie treści nie może być podstawą odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp.

Wnioskowany dowód z kosztorysów ofertowych, załączonych do obu zakwestionowanych ofert na okoliczność, czy zapisy tam zawarte nie budzą żadnych wątpliwości, wbrew stanowisku Odwołującego, w ocenie Izby, potwierdza trafność rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego. W ofercie Przystępującego nie została zmieniona ani nazwa pozycji, ani ilość, ani KNR, można więc stwierdzić oczywisty charakter omyłki tylko na podstawie kosztorysu ofertowego, bez analizy dodatkowych dokumentów. Skonfrontowanie tego stanu rzeczy z dokumentami Zamawiającego nie tyle potwierdzi powyższy stan rzeczy, ale wykaże, iż jest to błąd, co do formy, a nie treści.

Odnosnie stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący, jak i Wykonawca drugi w kolejności, nie dokonali modyfikacji spornych pozycji, zgodnie z modyfikacją nr 2 z dnia 24.04.2008r., w ramach której Zamawiający zmodyfikował 3 z 4 pozycji kosztorysu robót telekomunikacyjnych załączając 3 nowe formularze, tj. kosztorys ślepy odcinek 1 DK 29, kosztorys ślepy odcinek 2 DK 29 i kosztorys ślepy odcinek 4 DK 29, Izba uznała, że nie zostało to w sposób nie budzący wątpliwości wykazane, a ewentualne potwierdzenie w odniesieniu do jednostek miar należy traktować jak błąd co do formy, a nie co do treści.

Izba także stwierdza, iż za zasadnością wyrażonego stanowiska przemawia fakt, iż tak Przystępujący, jak i drugi w kolejności Wykonawca, złożyli na formularzu ofertowym oświadczenie: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami Specyfikacji przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania”.

Izba uznaje, iż przedstawioną argumentację należy rozpatrywać łącznie do obu oprotestowanych ofert. Odnosząc się do zarzutu względem firmy: EUROVIA POLSKA S.A., Izba potwierdziła zasadność rozstrzygnięcia Zamawiającego, iż Wykonawca ten w swojej ofercie nie popełnił błędu, przyjmując do wyliczenia wielkość wskazaną w Przedmiarze robót. Izba podtrzymuje wcześniejsze stanowisko przyjęte przez orzecznictwo Zespołów Arbitrów, iż wszelkie ewentualne nieścisłości w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego należy interpretować na korzyść Wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 Pzp, tj. poprzez złamanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Izba uznała, że z uwagi na nie potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp, niniejszy nie może być uznany za zasadny. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu przez Odwołującego wobec innych ofert, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego „ABM” Sp. z o.o., oraz oferty

MALDROBUD W. Malinowicz, E. Malinowicz Sp. jawna, stanowi rozszerzenie treści protestu. Ponadto, jest nieadekwatna do stanu faktycznego, będącego przedmiotem odwołania, z uwagi na fakt, iż błędy ilościowe w kosztorysie ofertowym oraz nieścisłości w treści i ilościach w kosztorysie ofertowym, mające tam miejsce, miały charakter merytoryczny. Dodatkowo, należy stwierdzić, iż nie miał on interesu prawnego w podniesieniu powyższej kwestii wobec ofert, które zostały skutecznie odrzucone, tym bardziej iż Wykonawcy ci nie oprotowali czynności odrzucenia swoich ofert.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji nie uwzględniając odwołania, uznając zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jak i oferty EUROVIA POLSKA S.A, jak również art. 7 Pzp za nie potwierdzone.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w przepis.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*