

Sygn. akt: KIO 2625/12

## WYROK

z dnia 10 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn;**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28 b, 10-602 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 541 na odcinku Lubawa-Lidzbark ze zmianą przebiegu w m. Lubawa” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy: ZDW-NZP/3220/109/2012), które zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 sierpnia 2012 r. pod numerem 2012/S 151-252548.

W dniu 22 listopada 2012 r. Odwołujący został powiadomiony przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Skanska S.A., zwana dalej Przystępującym lub Skanska S.A.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce w dniu 30 listopada 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec:

1. dokonania niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Skanska S.A. winna zostać odrzucona;
2. zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
3. zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A. z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Skanska S.A. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Skanska S.A. winna zostać odrzucona, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Skanska S.A., jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu;
3. odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A. na podstawie 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący zażądał od Zamawiającego jak we wnioskach.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w punkcie 15 SIWZ (Opis sposobu obliczania ceny) Zamawiający określił, że:

1. Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o Przedmiary Robót na formularzach Kosztorysów Ofertowych zamieszczonych w Tomie V niniejszej SIWZ.
2. Kosztorysy Ofertowe, o których mowa w pkt. 15.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach Robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach Robót.
3. Wyliczone w Kosztorysach Ofertowych, o których mowa w pkt. 15.1., wartości netto Wykonawca powinien wpisać do Tabeli Wartości Elementów Scalonych, której wzór stanowi Formularz 2.2., a następnie w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto, doliczając do zsumowanej wartości netto elementów scalonych kwotę podatku VAT wyliczona na podstawie przewidzianej prawem wysokości stawki procentowej obowiązującej w dniu złożenia oferty.
4. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w Kosztorysach Ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach Robót (pliki przedmiarów \*.pdf). Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacji Projektowej (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach Robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert.

Ponadto zauważył, że w punkcie 5.2. Wzoru Umowy (Tom II, Rozdział 1 SIWZ) Zamawiający wskazał, iż „Rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy za przedmiot umowy nastąpi na podstawie cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy oraz ilości Robót stwierdzonych obmiarem

powykonawczym, zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego kosztorysem ofertowym i protokołem konieczności, z zastrzeżeniem Subklauzli 12.3”.

Zamawiający wymagał również, aby wykonawcy wycenili w oparciu o Przedmiary robót pozycje określone w formularzach Kosztorysów Ofertowych.

W Kosztorysie dla Robót Ziemnych pozycja 2.1.2. Zamawiający wymagał zaoferowania oraz wykonania wyceny następującej pozycji „Załadunek i wywóz humusu przez Wykonawcę na wysypisko (z wykonaniem utylizacji)”.

Odwołujący wskazał, iż w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A. zaoferowała i wyceniła „Załadunek i wywóz humusu - na składowisko Wykonawcy”.

Zdaniem Odwołującego Skanska S.A. nie dokonała wyceny i nie zaoferowała utylizacji humusu, a także zaoferowała wywiezienie humusu na swoje składowisko, a nie jak wymagał Zamawiający na wysypisko.

W dalszej części odwołania zwrócił uwagę, że w Kosztorysie dla Zieleni Drogowej pozycja 9.3.1. Zamawiający wymagał zaoferowania oraz wykonania wyceny następującej pozycji: „Sadzenie drzew liściastych (z bryłą korzeniową) na ter. Płaskim, w gruncie kat. I-II, z zaprawą dołów (0,7 m) wraz z palikowaniem trzema palikami”.

Odwołujący podniósł przy tym, iż w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A. zaoferowała i wyceniła „Sadzenie drzew liściastych (z bryłą korzeniową) na ter. Płaskim, w gruncie kat. I-II, z zaprawą dołów (0,7 m)”, jednak, wbrew wymaganiom Zamawiającego, nie dokonała wyceny i nie zaoferowała palikowania posadzonych drzew.

Ponadto zauważył, że w Kosztorysie ofertowym dla Zieleni Drogowej pozycja 9.5.1. - 9.5.9. Zamawiający wymagał zaoferowania oraz wykonania wyceny pielęgnacji w okresie gwarancji, tj. zgodnie z punktem 7 Wzoru umowy w okresie 60 miesięcy od dnia zakończenia czynności odbioru końcowego (wydania świadectwa Przejęcia), podczas gdy w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A. w pozycjach 9.5.1. - 9.5.9. zaoferowała i wyceniła wykonanie pielęgnacji przez okres jednego roku po posadzeniu, a nie jak wymagał Zamawiający, przez cały okres gwarancji.

Według Odwołującego wyżej opisane niezgodności nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek i nie mogą zostać poprawione przez Zamawiającego na mocy

art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Nadto podkreślił, iż w Kosztorysie dla Hydroizolacji Mostu w Tuszewie - pozycja 27.01.02. Zamawiający wymagał zaoferowania oraz wykonania wyceny następującej pozycji „murek oporowy przy fundamencie kruszywowym”, a w swoim Kosztorysie ofertowym Skanska S.A., wbrew wymaganiom Zamawiającego, nie dokonała wyceny ww. pozycji.

W ocenie Odwołującego ten brak nie stanowi oczywistej omyłki i nie może zostać poprawiony przez Zamawiającego na mocy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający wezwał Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie niewycenionej ww. pozycji kosztorysowej, co świadczy o braku przekonania, co do „oczywistości” nie wycenienia ww. pozycji kosztorysowej przez tegoż wykonawcę.

Wobec wyżej opisanych okoliczności oferta Skanska S.A. – zdaniem Odwołującego - powinna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ.

W dniu 6 grudnia 2012r. Skanska S.A. zgłosiła swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 22 listopada 2012r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty z dnia 29 października 2012r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 31 października 2012r., zawiadomienia o poprawieniu omyłek z dnia 7 listopada 2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 6 grudnia 2012r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 grudnia 2012r., pisma Przystępującego z dnia 10 grudnia 2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jedyne stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczyło niezastosowania przez Zamawiającego tego przepisu w poz.9.3.1. w warunkach wystąpienia przesłanek określonych tym przepisem.

Powyższe naruszenie przepisu prawa nie stanowiło jednak – w ocenie Izby - dostatecznej podstawy do uwzględnienia odwołania wobec uznania przez Izbę braku wpływu tego naruszenia oraz braku możliwości wystąpienia istotnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w rozpatrywanej sprawie była przede wszystkim kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do poprawienia w ofercie Przystępującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz czy treść tej oferty pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

Zgodnie z art.87 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zdaniem Izby wszystkie poprawione przez Zamawiającego omyłki w kosztorysie ofertowym Przystępującego mieściły się w dyspozycji przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy zauważyć, że jeżeli chodzi o poz.2.1.2 kosztorysu ofertowego, to omyłka polegała jedynie na wadliwym wpisaniu przez Przystępującego w pozycji elementu scalonego – rodzaj robót, szczegółowy opis robót i obliczenie ich ilości, załadunku i wywozu humusu na składowisko wykonawcy, zamiast na wysypisko (z utylizacją). Jednak omyłka ta – według Izby - nie dotyczyła tak istotnych elementów tej pozycji kosztorysowej, jak ilość, cena jednostkowa i wartość.

Należy wskazać, że stosownie do pkt.3.2.2, str.5 SIWZ wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót, który jest konieczny z punktu widzenia dokumentacji projektowej, przepisów prawa, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej dla uzyskania finalnego efektu określonego przedmiotem zamówienia.

W wykonaniu tego zobowiązania Przystępujący złożył w swojej ofercie oświadczenie, że akceptuje treść SIWZ, wyjaśnienia i zmiany SIWZ oraz, że uznaje się za związanego określonymi postanowieniami i zasadami postępowania.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu za cenę ofertową zgodnie z załączonymi do oferty kosztorysami ofertowymi.

Powwyższa cena oferty zgodnie z pkt.15.6 powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-V niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach Robót i Tabeli Wartości Elementów Scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach Robót.

Powołane wyżej postanowienia zmuszają Izbę do wyrażenia poglądu o kompletności oferty Przystępującego, zarówno w zakresie zaoferowanej ceny, jak i przedmiotu świadczenia.

Odnosząc się do kolejnej pozycji kosztorysu ofertowego 9.3.1, Izba stwierdza, że w tym przypadku wystąpiła sytuacja niewpisania w niej palikowania trzema palikami, co jednak kwalifikowało powyższy zapis pozycji – zdaniem Izby – do poprawienia tej omyłki, jako niepowodującej istotnej zmiany SIWZ.

Podobnie jak w poprzednim przypadku omyłka ta nie dotyczyła tak istotnych elementów tej pozycji kosztorysowej, jak ilość, cena jednostkowa i wartość.

Zakres rzeczowy przedmiotu umowy wynikał zaś z opisu przedmiotu zamówienia i dokumentacji projektowej w stosunku, do której Przystępujący złożył stosowne oświadczenie.

W zakresie poz.9.5.1 – 9.5.9 kosztorysu ofertowego wystąpiła sytuacja analogiczna.

Izba również doszła do przekonania, dokonując analizy cen jednostkowych, że Przystępujący wyszacował wartości podanych cen jednostkowych w sposób odpowiadający zakresowi przedmiotu zamówienia.

W szczególności należy wskazać, że cena jednostkowa zaoferowana przez Przystępującego w pozycji kosztorysowej 2.1.2 wynosiła 10 zł, podczas gdy Odwołujący zaproponował cenę 6.16 zł, co wskazuje – według uznania Izby, że Przystępujący w pozycji tej uwzględnił również wywóz humusu na wysypisko z uwzględnieniem utylizacji, z racji prawie dwukrotnie wyższego oszacowania tej pozycji przez Przystępującego w stosunku do ceny Odwołującego.

Z powyższych względów Izba uznała, że poprawione elementy kosztorysu ofertowego pozostają w zgodzie z postanowieniami pkt.15.4 SIWZ, bowiem wykonawca obliczając cenę uwzględnił w Kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach Robót.

Jednocześnie Izba uznała, że wyjaśnienia treści oferty Przystępującego z dnia 31 października 2012r. były na tyle wyczerpujące, że Zamawiający miał pełne podstawy do przyjęcia wyceny murka oporowego na poziomie 0,00 zł, która to poz.27.01.02 została wyceniona w ramach wyceny elementu D formularza 2.2. – Roboty Mostowe.

Z powyższych wyjaśnień Przystępującego wynika, że Przystępujący cenę jednostkową i wartość pozycji Kosztorysu ofertowego: „Roboty mostowe – most w Tuszewie, Hydroizolacja (izolacje powłokowe w pozycji 27.01.02 – Murek oporowy przy fundamencie kruszywowym, str.21)” ustalił na 0,00 zł, gdyż koszt przedmiarowych robót został uwzględniony w kosztach wykonania innych robót mostowych ( w ramach wyceny elementu D formularza 2.2. – Roboty Mostowe).

Izba przyjęła przytoczone wyjaśnienia Przystępującego o wystąpieniu w tym zakresie drobnego przeoczenia spowodowanego błędem technicznym programu komputerowego za wiarygodne, które to uchybienie nie może skutkować obowiązkiem odrzucenia oferty.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że wartość całej pozycji 27.01.02 zaoferowanej przez Odwołującego wyceniono na 90 zł, co stanowi kwotę marginalną w stosunku do całości przedmiotu zamówienia.

Jako podstawę do rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie Izba skorzystała również z przepisów kodeksu cywilnego w zakresie wykładni oświadczeń woli przy składanej ofercie.



Należy zważyć, że zgodnie z art. 60 kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Zdaniem Izby wola Przystępującego w złożonej ofercie i jego wyjaśnieniach została wyrażona przez niego w sposób dostatecznie jednoznaczny i została ona przez Zamawiającego odczytana prawidłowo.

Nadto brak zakwestionowania przez Przystępującego poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp nakreśla merytorycznie zakres oświadczenia woli składającego ofertę.

W kontekście powyższych rozważań Izby wymaga podkreślenia, że celem zasadniczym regulacji art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp jest utrzymanie w obrocie prawnym ofert, których treść w sposób nieistotny odbiega od treści SIWZ.

Przepis ten ma również działanie prewencyjne, które ma zapobiegać wyeliminowaniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę zawierającą nieistotne uchybienia merytoryczne, w warunkach możliwości wygrania przetargu przez wykonawcę składającego ofertę z wyższą ceną bądź w inny sposób mniej korzystną.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić 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 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**