

**Sygn. akt: KIO/UZP 502 /08**

**WYROK**  
**z dnia 5 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**

**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** protestu z dnia **12 maja 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów Sp. z o.o. ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice**.

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

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przebudowa mostu nad rzeką Psarką w ciągu drogi wojewódzkiej nr 906 w km 22+487 wraz z rozbiórką istniejącego przepustu i budową nowego pod drogą wojewódzką nr 906 w km 22+417 w miejscowości Piasek.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 lutego 2008 roku pod nr 35014-2008.

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach pismem z dnia 12 maja 2008 roku, doręczonym Zamawiającemu tego samego dnia złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty.

Protest był następstwem powiadomienia Odwołującego w dniu 5 maja 2008 roku o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na błędy zawarte w kosztorysie ofertowym. Zamawiający wskazał na błędy w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego Odwołującego:

1. nr 24 Przedmiaru Robót Drogowych „Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych” - ilość 2 359,30 m<sup>3</sup>, zaś Odwołujący wykazał jednostkę miary m<sup>2</sup>, zamiast zgodnie z modyfikacją jednostki miary dokonaną przez Zamawiającego na m<sup>3</sup> (pismo z dnia 14 marca 2008 roku, opublikowane w internecie).
2. nr 29 Przedmiaru Robót Drogowych „Wykonanie nasypów” - ilość 2 520 m<sup>3</sup>, zaś Odwołujący wykazał jednostkę miary m<sup>2</sup> zamiast zgodnie z modyfikacją jednostki miary dokonaną przez Zamawiającego na m<sup>3</sup> (pismo z dnia 14 marca 2008 roku, opublikowane w internecie).
3. nr 84 Przedmiaru Robót Mostowych „Ustroje niosące mostów drewnianych. Rozebranie dźwigarów głównych lub belek poprzecznych stalowych wykonanych z łądu” - ilość 1,322 m<sup>3</sup>, zaś Odwołujący wykazał jednostkę miary tona, zamiast zgodnie z przedmiarem przekazanym przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu protestu z dnia 12 maja 2008 roku Odwołujący wskazał, że w kwestionowanych pozycjach 24 i 29 Przedmiaru Robót Drogowych w wycenie uwzględnił wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 14 marca 2008 roku, tj.: że roboty ziemne w zakresie wykopów i nasypów wycenia się w m<sup>3</sup>. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia Zamawiającego nie budziły wątpliwości, bowiem oczywistym jest, że roboty ziemne wycenia się w m<sup>3</sup>, zaś poprawienie przez Zamawiającego jednostek przedmiarowych w kwestionowanych pozycjach było poprawieniem oczywistej omyłki pisarskiej, wywołanej nierzetelnym od samego początku postępowania przedmiarem Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że przyjęcie jednostek miary m<sup>2</sup> zamiast m<sup>3</sup> stanowi oczywistą omyłkę pisarską, która powstała przez przeoczenie przy ręcznym poprawianiu wcześniejszych oczywistych omyłek pisarskich tych pozycji przedmiarowych. W ocenie Odwołującego oczywistym jest

zastosowanie jednostki m<sup>2</sup> zamiast m<sup>3</sup> może być odczytane wyłącznie jako oczywista omyłka pisarska, tym bardziej, że sprostowanie tego omyłkowego zapisu w ofercie nie spowoduje odmiennej treści.

W zakresie niezgodności zastosowanej jednostki miary w poz. 84 przedmiaru robót, Odwołujący wskazał, że jednostka ta nie była objęta zakresem modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego, Omyłka ta tj. zastosowanie w przedmiarze przedstawionym przez Zamawiającego jednostki m<sup>3</sup> zamiast tona została zauważona i uwzględniona przez Odwołującego przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego, ale w czasie, kiedy nie było już możliwe zwrócenie uwagi Zamawiającemu na ten błąd. Odwołujący samodzielnie dokonał zmiany jednostki, bowiem w jego ocenie nie można przyjąć, że tymczasowa konstrukcja kładki została zmontowana z użyciem 1,322 t (ton) stali, a następnie tę samą kładkę rozebrano dokonując czynności rozbiórkowych przy użyciu takiej samej ilości stali lecz wyrażonej w m<sup>3</sup>. Odwołujący dodał również, że wskazana przez Zamawiającego podstawa wyceny tej pozycji przedmiarowej, tj. KNR2-33 0102-07-060, określa jednoznacznie, że jednostką miary dla tej pozycji powinna być „t konstrukcji” (tona konstrukcji). Podanie zaś niewłaściwej jednostki miary w poz. 84 przedmiaru stanowi błąd Zamawiającego, którego konsekwencje nie mogą obciążać wykonawców. Na poparcie swojego stanowiska przytoczył orzeczenia Zespołu Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym wykonawcy nie mogą ponosić skutków nieprecyzyjnych, bądź niejasnych zapisów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał także, iż konsekwencją decyzji Zamawiającego winno być unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy ze względu na obciążenie postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, albowiem pozostawienie nieprawidłowego zapisu w przedmiarze i traktowanie go jako prawidłowy, uniemożliwi dokonanie rozliczeń w sposób zapisany w umowie, tj. posługując się cenami jednostkowymi z kosztorysu ofertowego.

Odwołujący podniósł, że omyłki w kosztorysie ofertowym nie powodują zmian w samej wycenie, nie wpływają na treść oferty, a w szczególności na jej cenę. Nie zachodzi w tym zakresie niezgodność co do treści a jedynie co do formy oferty, która w ocenie Odwołującego nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 16 maja 2008 roku protest w całości oddalił, podtrzymując swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na błędy w złożonym kosztorysie ofertowym w poz. 24, 29 oraz 84. Błędy te w jego ocenie stanowią o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu wskazał na definicję oczywistej omyłki, która w jego ocenie jest możliwa do poprawienia wyłącznie przez Zamawiającego bez konieczności podejmowania jakichkolwiek działań przez Wykonawcę ingerujących w treść jego oferty. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany oświadczenia woli Wykonawcy. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że przepis art. 87 ustawy nie jest obowiązkiem a jedynie uprawnieniem do występowania do wykonawców o złożenie wyjaśnień, zatem brak zastosowania trybu przewidzianego w tym przepisie nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 21 maja 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając naruszenie art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 i wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy.

Jednocześnie Odwołujący przekazał kopię odwołania tego samego dnia Zamawiającemu.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty Odwołującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z postępowania i którego oferta jest korzystniejsza niż oferta wybrana w postępowaniu w jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest cena - posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający pismem z dnia 14 marca 2008 roku (WK/JCIC/333/WM/P/080204/1/2597/08), udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z uczestników postępowania określił, że wycena mas ziemnych w pozycjach przedmiaru

drogowego 24 i 29 powinna być podana w m<sup>3</sup>. Jednocześnie Zamawiający zamieścił informację, że w związku z udzielonymi odpowiedziami na mocy art. 38 ust. 4 ustawy modyfikuje odpowiednie postanowienia specyfikacji.

W kwestionowanej poz. 84 przedmiaru robót (dostarczonej na nośniku CD) Zamawiający wskazał jednostkę miary m<sup>2</sup>.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 1.12 p.n. „Sposób obliczenia ceny” Zamawiający określił, że kosztorys ofertowy powinien być opracowany metodą kalkulacji uproszczonej dla ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych podanych w przedmiarze robót, który stanowi załącznik nr 1.

W treści oferty z dnia 17 marca 2008 roku, złożonej przez Odwołującego wskazano w kosztorysie ofertowym w poz. 24, 29 (strona 39 oferty) jednostkę miary odpowiednio m<sup>2</sup>, zaś dla poz. 84 kosztorysu ofertowego (strona 47 oferty) Odwołujący wskazał jednostkę miary tona konstrukcji.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego, że zastosowanie innej niż zmodyfikowana jednostki miary tj. m<sup>2</sup> zamiast m<sup>3</sup> stanowi omyłkę pisarską. Oczywiście omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy należy rozpatrywać w kategorii błędu w rozumieniu art. 84 § 1 k.c., czyli mylnego oświadczeniem woli składającego ofertę. Zgodnie z treścią art. 84 § 1 kc za działanie pod wpływem błędu należy uznać takie działanie, gdzie świadomość składającego oświadczenie woli (ofertę) jest wyłączona, a gdyby składający oświadczenie nie działał pod wpływem błędu, nie złożyłby oświadczenia tej treści ( SN z dnia 19.07.1979r.IVCR227/79). Przez „oczywistą omyłkę pisarską” w świetle art. 87 ust. 2 ustawy, rozumie się zatem każdą niedokładność, która nasuwa się każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. W ocenie Izby w zaistniałym stanie faktycznym wskazanie innej niż zmodyfikowana jednostki miary nie może stanowić oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż jej poprawienie wymagałoby dokonania choćby dodatkowych ustaleń z Wykonawcą.

Zdaniem składu orzekającego Izby nieuwzględnienie przez Odwołującego zmienionych jednostek miary w poz. 24 i 29 kosztorysu ofertowego winno być przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego dokonanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Należy uznać, że Zamawiający ma prawo zawsze w toku badania i oceny ofert, zwrócić się do Wykonawców o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający mógł skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy i zwrócić się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie kwestii czy wyceniając pozycje nr 24, 26 przedmiaru robót uwzględnił

modyfikację dokonaną w dniu 14 marca 2008 rok i czy roboty opisane w tych pozycjach wycenił biorąc pod uwagę m3 czy m2.

Skład orzekający zauważa również, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest wybór najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami prawa w oparciu o kryteria określone przez Zamawiającego. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że art. 87 ust.1 ustawy nie kreuje obowiązku a jedynie uprawnienie do wyjaśnienia treści oferty. Jednakże w ocenie składu orzekającego Izby przy interpretacji treści art. 87 ust. 1 ustawy należy wziąć pod uwagę okoliczność, że Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, której obowiązkiem jest zapewnienie wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny, celowy, zgodnie z zasadą uzyskania najlepszych efektów z poniesionych nakładów. W świetle powyższego należy uznać, że literalnie określone uprawnienie wynikające z treści art. 87 ust. 1 ustawy, staje się powinnością Zamawiającego, bowiem w ocenie składu orzekającego winien on dążyć w oparciu o dostępne mu instrumenty prawa do wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeden z dostępnych instrumentów prawnych tj. wyjaśnienie treści oferty został sformułowany właśnie w przepisie art. 87 ust.1 ustawy.

Pomyłka w oznaczeniu jednostki miary nie stanowi zatem o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji i nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie bowiem z treścią przywołanego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść a nie forma nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zastosowania w poz. 84 kosztorysu ofertowego jednostki miary tona konstrukcji zamiast wskazanej przez Zamawiającego w przedmiarze m2, skład orzekający uznał, że jednostka miary wskazana przez Odwołującego dla robót opisanych w tej pozycji jest właściwa. Jak wykazał Odwołujący w trakcie rozprawy odpowiadający tym robotom KNR o numerze KNR2-33 0102-07-060, określa jednoznacznie, że jednostką miary dla tej pozycji powinna być „t konstrukcji” (tona konstrukcji), co potwierdził również Zamawiający.

Ponadto Odwołujący skutecznie wykazał w oparciu o przedmiar robót, będący załącznikiem do specyfikacji, że skoro w poz. 83 do robót p.n. „ustroje niosące mostów drewnianych. Wbudowanie dźwigarów głównych stalowych ze stężeniami stalowymi wykonywane z łądu” użyto jednostki miary tona to w poz. 84 przedmiaru, gdzie opisano „ustroje niosące mostów drewnianych. Rozebranie dźwigarów głównych lub belek poprzecznych stalowych wykonywanych z łądu” przy tej samej ilości materiału musi być użyta również ta sama jednostka miary czyli tona a nie jak wskazał w przedmiarze Zamawiający m3.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający błędnie wskazał jednostkę miary dla pozycji przedmiarowej o numerze 84, co sam przyznał w trakcie rozprawy. W kontekście

powyższego należy uznać, że postępowanie Odwołującego tj. zastosowanie właściwej jednostki przedmiarowej należy uznać za zasadne.

Wykonawcy bowiem nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędnych działań Zamawiającego, wywołanych rozbieżnościami w dokumentacji przetargowej, będącej podstawą sporządzenia oferty.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*