

Sygn. akt: KIO 1309/12

WYROK
z dnia 5 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Pawła Piotrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „AGAT” Paweł Piotrowski, „KAWON” Sp. z o.o., „CHYBO-TEX”, 92 – 456 Łódź, ul. Bartoka 29/38** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90-056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9,**

przy udziale wykonawcy: **Zdzisława Janczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Sprzętowo-Transportowe Zdzisław Janczyk, 97 – 408 Drużbice, Zwierzyniec 63** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Pawła Piotrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „AGAT” Paweł Piotrowski, „KAWON” Sp. z o.o., „CHYBO-TEX”, 92 – 456 Łódź, ul. Bartoka 29/38** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, 90 – 056 Łódź, ul. F.D. Roosevelta 9, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Roboty i usługi w części 1, w zakresie bieżącego utrzymania dróg i mostów w asortymencie utrzymania czystości i zieleni przydrożnej na sieci dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2012 roku pod numerem 2012/S 74-122396.

Zamawiający dnia 13 czerwca 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 22 czerwca 2012 roku wykonawca - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Paweł Piotrowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „AGAT” Paweł Piotrowski, „KAWON” Sp. z o.o., „CHYBO-TEX”, 92 – 456 Łódź, ul. Bartoka 29/38 (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając odwołujący wskazał, iż czynności zamawiającego polegające na samodzielnym wprowadzeniu zmian w Formularzu Cenowym stanowią naruszenie art. 87 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zdaniem odwołującego zamawiający oczywiście jest uprawniony do poprawiania omyłek rachunkowych lecz muszą być one oczywiste. W opisanym stanie faktycznym „*oczywistość*” nie występuje.

Odwołujący w pozycji 26 Formularza Cenowego określił w sposób nie budzący wątpliwości wartość oferty na wykonanie robót opisanych w tej pozycji, na kwotę 259 200,00 zł brutto oraz ujął ją w podsumowaniu całego formularza. Podzielenie proponowanej kwoty przez ilość pracy daje stawkę 0,24 zł za 1 m² na 4 lata, natomiast przemnożenie ilości pracy przez stawkę 2,40 zł /m² daje kolosalną różnicę rzędu omalże 1000%. Jest to tak istotna zmiana, że nie mieści się w pojęciu oczywistej pomyłki rachunkowej. Rezultatem ingerencji w

Formularz Cenowy bez zażądania wyjaśnień było, wbrew stanowisku odwołującego, ustalenie wartości oferty na 4 949 545,20 zł, a w dalszej konsekwencji wybór innej oferty, która w rzeczywistości nie była korzystniejsza (odwołujący: 2 616 745,20 zł, inny oferent 2 683 923,00 zł).

Kopię odwołania, odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 22 czerwca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 22 czerwca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 25 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Zdzisław Janczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Sprzętowo-Transportowe Zdzisław Janczyk, 97 – 408 Drużbice, Zwierzyniec 63.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pkt 10. 2 (opis sposobu obliczenia ceny oferty) specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, iż kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle wg. kolejności pozycji wyszczególnionych robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto i brutto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie oraz wyliczy w nim wartość za całość zamówienia netto, wartość podatku VAT oraz brutto za całość zamówienia (cena oferty). Tak wyliczoną wartość brutto za całość zamówienia (cenę oferty) należy przenieść do Formularza Oferty.

Odwołujący odniósł się wymagań zamawiającego w sposób prawidłowy, wypełniając wszystkie pozycje kosztorysowe. W pozycji 26 kosztorysu ofertowego, dla jednostki obmiarowej 10 m², łącznej ilości 1 000 000 dotyczących kompleksowego, ręcznego i mechanicznego koszenia traw i chwastów, jednorocznych odrostów drzew, samosiejek wraz z powierzchnią stożków, skarp i terenów pod obiektem mostowym podał cenę jednostkową netto 2,40 zł. Z przeliczenia dokonanego przez odwołującego cena pozycji dla łącznej ilości wyniosła 240 000,00 zł netto i 259 200,00 zł brutto.

Zamawiający oceniając złożoną przez odwołującego ofertę stwierdził, że poz. 26 kosztorysu ofertowego zawiera omyłkę rachunkową i dlatego też pismem z dnia 4 czerwca 2012 roku poinformował odwołującego, że na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie, w ten sposób, że przeliczono cenę jednostkową podaną przez odwołującego (2,40 zł) przez ilość (1 000 000), w wyniku czego uzyskano nową wartość pozycji 26, która wyniosła 2 400 000,00 zł netto i 2 592 000,00 zł brutto. W wyniku poprawienia omyłki rachunkowej końcowa cena oferty wyniosła 4 539 490,00 zł netto i 4 949 545, 20 zł brutto.

Odwołujący, dnia 11 czerwca 2012 roku (pismo datowane 25.05.2012 r.) złożył zamawiającemu wyjaśnienie, że „*podana w poz. 26 kosztorysu ofertowego cena usługi w postaci wartości netto i brutto została podana właściwie. Cena jednostkowa podana została błędnie i powinna wynosić 0,24 zł, a nie jak wpisano 2,40 zł. Zamawiający powinien potraktować ten zapis jako oczywistą omyłkę pisarską i przyjąć cenę ofertową zaoferowaną w formularzu oferty.*”.

Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego - czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż zamawiający nie był zobligowany do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż treść oferty odwołującego nie budziła zastrzeżeń, czy też wątpliwości. Jedynym wyjątkiem była omyłka rachunkowa, którą nie mniej zamawiający poprawił w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego prowadzą *de facto* do wniosku, że zamawiający zmuszony byłby do niedopuszczalnej, przepisami prawa negocjacji treści złożonej oferty.

Nie jest bowiem dopuszczalne, w sytuacji, w której wykonawcy zostają zobowiązani do

złożenia uproszczonego kosztorysu ofertowego, do poprawienia omyłki, nie wynikającej z treści oferty. Oświadczenia odwołującego, iż wyjaśnieniem z dnia 11 czerwca 2012 roku sprostował stawkę na 0,24 zł pozostają bez wpływu na ocenę faktyczną i prawną przedmiotowej sprawy, gdyż odwołujący bezprawnie próbuje sanować błędy własnej oferty. Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien dołożyć wszelkich starań, by złożona przez niego oferta nie budziła żadnych wątpliwości u zamawiającego. Oczywiście mogą się zdarzyć błędy i omyłki, jednakże nie każde z nich dają się poprawić w trybie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. Takiemu wyłączeniu podlega właśnie omyłka poczyniona przez odwołującego.

Omyłka możliwa do poprawienia to taka omyłka, która daje się ustalić jednoznacznie bez możliwości opcji. Opcjonalność poprawienia omyłki wyłącza jej oczywistość. Zachodzić bowiem może sytuacja, w której tak jak w przedmiotowej sprawie stanowisko zamawiającego odmienne jest ze stanowiskiem wykonawcy. Z tym, że w zależności od sytuacji wykonawcy, w odniesieniu do rankingu ofert (ceny), zachowanie wykonawcy może być odmienne i może różnie kreować jego sytuację.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, dlatego też orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: