

**WYROK**  
**z dnia 21 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL S.A.

w postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., Heilit+Woerner Budowlana Sp. z o.o., 52-200 Wrocław, ul. Lipowa 5A zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołania i nakazać zamawiającemu w zakresie zadania 2:
  - unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
  - unieważnienie czynności wyboru oferty,
  - poprawienie w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na pominięciu w kosztorysie ofertowym zadania 2 ceny jednostkowej i wartości montażu znaków wysokościowych na przepuście P-8,
  - powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., Heilit+Woerner Budowlana Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., Heilit+Woerner Budowlana Sp. z o.o. na rzecz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

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 z późn. zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi wojewódzkiej nr 384 na odcinku Dzierżoniów-Łagiewniki w podziale na dwa zadania: Zadanie 1: odcinek II przebudowywanej drogi wojewódzkiej nr 384 od istniejącego km 22+458,37 do km 28+333,15; Zadanie 2: odcinek III przebudowywanej drogi wojewódzkiej nr 384 od km 28+250 do km 35+807 istniejącej kilometracji. Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie Koźlu i POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. w Warszawie ( zwanych dalej „odwołującym”) zarzucono zamawiającemu naruszenie w postępowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zakresie oferty odwołującego dotyczącej zadania 2 poprzez:

- zaniechanie czynności poprawienia innej omyłki polegającej na pominięciu w kosztorysie ofertowym załączonym do tej oferty ceny jednostkowej i wartości montażu znaków wysokościowych na przepuście P-8,
- odrzucenie oferty odwołującego dotyczącej zadania 2 jako niezgodnej z treścią siwz,
- wybór oferty innego wykonawcy w zadaniu 2.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu w zakresie zadania 2 unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie wyboru oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu na realizację zadania 2, w tym oferty odwołującego i poprawienia w tej ofercie innej omyłki polegającej na pominięciu w kosztorysie ofertowym zadania 2 ceny jednostkowej i wartości montażu znaków wysokościowych na przepuście P-8.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami siwz (pkt III.2) do oferty należało załączyć wypełnione i podpisane zbiorcze zestawienie kosztów wraz z kosztorysami ofertowymi. Odwołujący w swojej ofercie, zawierającej najniższą cenę, dotyczącej zadania 2, w kosztorysie ofertowym wycenił montaż znaków wysokościowych na konstrukcji przepustów P-6, P-7 i P-9 z zastosowaniem jednakowej ceny jednostkowej wynoszącej 66,50 zł (s. 41, 45 i 53) i pominął wycenę montażu znaków wysokościowych na konstrukcji przepustu P-8 (s. 49 oferty w zadaniu 2).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o wskazanie, w której pozycji kosztorysu ofertowego ujęto wycenę znaków wysokości na przepuście P-8 wobec niewypełnienia rubryki dotyczącej ceny jednostkowej i wartości montażu odwołujący wyjaśnił, że montaż tych znaków nie został wyceniony w wyniku omyłki podlegającej poprawieniu przez zamawiającemu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez dokonanie tej wyceny z zastosowaniem określonej w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowej montażu znaków wysokościowych na konstrukcji pozostałych przepustów P-6, P-7 i P-8, wynoszącej 66,50 zł. Zamawiający rozstrzygając postępowanie na wykonanie zadania 2 odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stwierdzając, że wykonawca nie wycenił poz. 2 (Montaż znaków wysokościowych na konstrukcji szt. 6) kosztorysu Budowa przepustu p-8 (s. 49) co oznacza niezgodność treści oferty z treścią siwz, a wskazanie przez odwołującego na powinność poprawienia oferty stanowi niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy pzp negocjacje wykonawcy z zamawiającym.

Odwołujący kwestionuje takie stanowisko zamawiającego i wskazuje, że kosztorys ofertowy zawierał informację umożliwiającą dokonanie poprawienia, gdyż wyceniając montaż znaków wysokościowych na innych przepustach zastosował jednakową cenę jednostkową 66,50 zł, a poprawienie takie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający pismem z dnia 13 października 2011 r., na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego zgłosił dnia 17.10.2011 r. sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wniósł o odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z ustawą i treścią siwz z powodu:

- braku wyceny znaków wysokościowych na przepuście P-8 tj. pozycji kosztorysu ofertowego obejmującego cenę jednostkową i montaż (s. 49 oferty),
- braku wyceny wywozu nadmiaru humusu – części przeznaczonej do rekultywacji terenu w ilości 81 m<sup>3</sup> (s. 27 oferty odwołującego) tj. pozycji kosztorysu ofertowego dla Mostu MD-8, obejmującego cenę za wykonanie usługi,

Ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty w tym trybie, wniósł o odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niewyrażenie zgody na dokonane poprawki omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Uzasadniając zarzuty i żądania przystępujący wskazał, że w pkt XI.1 siwz stwierdzono, że cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem zadania. Stwierdził, że brak wyceny montażu znaków wysokościowych nie jest oczywistym błędem pisarskim ani inną omyłką podlegającą poprawieniu w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, lecz błędem

braku wyceny pozycji kosztorysu ofertowego. Zauważył, że obowiązkiem wykonawcy jest dokonanie wyceny poszczególnych pozycji robot określając ceny jednostkowe i wartość usługi polegającej na montażu.

Stwierdził, że pierwotna ocena oferty odwołującego dokonana przez zamawiającego była poprawna, a potwierdzenie przez wykonawcę braku oferty i żądanie jej zmiany jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarówno brak wyceny znaków na konstrukcji, jak i brak ceny za wywóz humusu dla ww pozycji wskazuje na konieczność odrzucenia oferty.

Wskazał na wzór umowy, zgodnie z którym ostateczne wynagrodzenie ustala się na podstawie obmiaru robót wg cen przyjętych w ofercie (§ 1.6 zd. drugie in fine i § 10.3a).

Wobec nie uwzględnienia w kosztorysie wszystkich kosztów, jakie wykonawca zobowiązany był wskazać, jego oferta nie zawierająca wskazanych cen jednostkowych uniemożliwia dokonanie rozliczeń między stronami, a w konsekwencji podlega odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem odwołującego, zamawiającego i uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego oraz uwzględniając przedstawione stanowiska stron i dokumentację postępowania, w tym w tym treść oferty odwołującego, zważyła, co następuje.

W wyniku przeanalizowania ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, rozstrzygając zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy, w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Odwołujący w swojej ofercie dotyczącej zadania 2, w kosztorysie ofertowym nie przedstawił wyceny montażu znaków wysokościowych na konstrukcji przepustu P-8 (s. 49 oferty). Wymóg złożenia w ofercie wypełnionych zbiorczych zestawień kosztów wraz z kosztorysami ofertowymi został jednoznacznie określony w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedmiotem sporu między odwołującym a przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, jest ocena, czy wskazany brak w ofercie może być uznany za omyłkę w treści oferty podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

Zdaniem przystępującego, powołującego na tę okoliczność wyrok KIO sygn. 1603/11 ceny jednostkowe, wiążące w zakresie podstawy dla rozliczeń stron umowy zawsze stanowiąc będą istotną treść oferty, a zatem i w sprawie rozpatrywanej, przy czym brak w treści oferty nie może być uznany za omyłkę, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Izba nie podziela takiego stanowiska. W okolicznościach niniejszej sprawy należy zauważyć, że montaż znaków wysokościowych na przepustach jest czynnością kilkakrotnie występującą

w przedmiocie zamówienia i za wyjątkiem wskazanego wyżej braku został przez odwołującego wyceniony na konstrukcji trzech innych przepustów z zastosowaniem jednakowej ceny jednostkowej wynoszącej 66,50 zł (s. 41, 45 i 53). W ocenie składu orzekającego biorąc powyższe pod uwagę, w pełni zachodzi podstawa do dokonania przez zamawiającego zmiany treści oferty poprzez uzupełnienie wskazanego braku jako poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiające miało bowiem wystarczające przesłanki do tej czynności w oparciu o informacje zawarte w ofercie. Fakt, iż wykonawca w drodze wyjaśnień udzielonych zamawiającemu wskazał na potrzebę poprawienia omyłki nie oznacza, że strony prowadziły niedopuszczalne, w świetle art. 87 ust. 1 zd. drugie, negocjacje dotyczące złożonej oferty. Należy przy tym zauważyć, że nakazana zmiana treści oferty nie spowoduje istotnej zmiany jej treści prowadząc jedynie do zmiany ceny o kwotę 399 zł przy cenie oferty, wynoszącej 36.605.613,44 zł.

Rozpatrując złożony przez przystępującego wniosek ewentualny o odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w związku z tym, że wykonawca nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki należy stwierdzić, że z powyższego przepisu w związku z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie wynika, iż poprawienie omyłki przez zamawiającego dla odniesienia skutku w postaci zmiany treści oferty, wymaga złożenia przez wykonawcę odrębnego oświadczenia akceptującego czynność zamawiającego. Skutek w postaci zmiany treści oferty następuje z mocy prawa w razie upływu 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki także w razie milczenia wykonawcy.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....