

Sygn. akt: KIO/UZP 896/08

WYROK
z dnia 11 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Niedziałek

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~1w dniach~~* 11 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD sp. z o.o., WODGAZ A. Kosendka, A. Michalska Sp. J., Zakład Instalacji Wod-Kan., Gazowej i Elektrycznej S.C. K. Podpora, K. Podpora, 59-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wodociągi i Kanalizację „AKWA” Sp. z o.o., 48-300 Nysa, Al. Wojska Polskiego 2** protestu ~~protestów~~* z dnia 8 sierpnia 2008 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Wodociągi i Kanalizację „AKWA” Sp. z o.o., 48-300 Nysa, Al. Wojska Polskiego 2**

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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD sp. z o.o., WODGAZ A. Kosendka, A. Michalska Sp. J., Zakład Instalacji Wod-Kan., Gazowej i Elektrycznej S.C. K Podpora, K. Podpora, 59-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wodociągi i Kanalizację „AKWA Sp. z o.o., 48-300, Al. Wojska Polskiego 2** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD sp. z o.o., WODGAZ A. Kosendka, A. Michalska Sp. J., Zakład Instalacji Wod-Kan., Gazowej i Elektrycznej S.C. K Podpora, K. Podpora, 59-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD sp. z o.o., WODGAZ A. Kosendka, A. Michalska Sp. J., Zakład Instalacji Wod-Kan., Gazowej i Elektrycznej S.C. K Podpora, K. Podpora, 59-916 Bogatynia, ul. Młodych Energetyków 3**

Uzasadnienie

Zamawiający – Wodociągi i Kanalizacja AKWA sp. z o.o. – zwany dalej „Akwa” – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zadanie 2004/PL/16/C/PE/012-07/2 Roboty Budowlane. Zakres działania II Podzadanie nr 5 (czerwona książka FIDIC) – realizowane w ramach projektu pn. „Odprowadzenie ścieków sanitarnych z miasta Nysa i wsi Gminy Nysa” 2004/PL/16/C/PE/012”.

W dniu 1.08.2008r. Zamawiający dokonał czynności odrzucenia ofert :

- oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD sp. z o.o., WODGAZ Arkadiusz Kosendka, Aleksandra Michalska sp. jawna, Zakład Instalacji Wod-Kan, Gazowej i Elektrycznej s.c. Krzysztof Podpora, Krystyna Podpora – zwanego dalej Konsorcjum Egbud,
- oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „WPBK” sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. zwanego dalej Konsorcjum WPBK.

Odnosnie odrzucenia oferty Konsorcjum Egbud Zamawiający wskazał na niezgodność oferty na stronie 138, tabela LP. 102, kolumna Dział/Temat – zamiast wymaganego opisu pozycji „Rozebranie nawierzchni tłuczniowej wraz z odbudową gr. 6 cm.” – w ofercie znajdował się opis „Rozebranie i odtworzenie podbudowy tłuczniowej gr. 30 cm). Uznano to za niezgodność treści oferty z SIWZ i odrzucono ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie odrzucenia oferty Konsorcjum WPBK Zamawiający wskazał na to, że pismem z 23.07.2008r. Zamawiający poinformował o poprawie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny oferty a wykonawca pismem z 30.07.2008r. nie wyraził zgody na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Uznano, że w wyniku powyższego zaistniała podstawa o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i odrzucono ofertę.

Tym samym pismem Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Cena Konsorcjum PZH Bartimpex S.A. oraz Energopol Trade Opole sp. z o.o. wynosiła 10.278.594, 39 Euro a kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia to 8.601.000,00 euro.

W dniu 8.08.2008r. protest wniosło Konsorcjum Egbud. Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez brak wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

naruszenie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie poprawy oczywistej omyłki pisarskiej pomimo obowiązku ustawowego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty jako nie spełniającej wymogów zawartych w SIWZ oraz naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez stwierdzenie, że nie złożono oferty nie podlegającej odrzuceniu. Zażądano dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty, anulowania decyzji o unieważnieniu postępowania oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W argumentacji wskazano, że zamawiający nie dokonał wyczerpującej analizy przyczyny wpisania przez Konsorcjum Egbud w przedmiarze robót na str. 69 oferty tabela LP 102 kolumna 4 omyłkowego opisu pozycji gdyż omyłkowo powtórzono opis pozycji LP 101 w pozycji LP 102. Błędne rozumowanie zamawiającego polegało na potraktowaniu oczywistej omyłki pisarskiej jako niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wskazano dalej, że powodem oczywistej omyłki pisarskiej było podobieństwo sąsiadujących ze sobą pozycji Przedmiaru Robót (Poz. 101 i 102) co podkreślone było różnicą cenową tych pozycji pomimo takich samych opisów. Omyłkowy opis pozycji nie wpłynął na kształt złożonej oferty. W ofercie podane były prawidłowo wszystkie informacje dotyczące pozycji przedmiaru – pozycja katalogowa, specyfikacja techniczna oraz ilość a oczywista omyłka pisarska dotyczyła jedynie opisu pozycji.

W dniu 14.08.2008r. Zamawiający oddalił protest. W argumentacji wskazał na to, że postępowanie przygotowane zostało i przeprowadzone zgodnie z art. 7 ustawy Pzp. Wskazał, że niezgodny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia opis pozycji przedmiotu zamówienia nie stanowi omyłki pisarskiej którą można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie zacytowano brzmienie komentarzy do ustawy Prawo zamówień publicznych na potwierdzenie swojej tezy. Wskazano na treść zapisu pkt 14 ppkt 3 ust. 1 lit I Tomu I SIWZ oraz na punkt 24 ppkt 1 SIWZ z których wynikało, że konieczne jest wypełnienie Przedmiaru Robót bez możliwości wprowadzania jakichkolwiek zmian w poszczególnych pozycjach. Brak oprotestowania tych zapisów oznaczał konieczność sporządzenia oferty zgodnie z nimi.

Wskazano następnie na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów które potwierdzały tezę o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w przypadku niezgodności treści oferty w stosunku do treści SIWZ. Odmienność oferty w stosunku do postanowień SIWZ ma miejsce również wtedy gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisowi w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na koniec zacytował orzecznictwo sądowe i Zespołów Arbitrów mające potwierdzać tezę o wysoce sformalizowanym charakterze postępowań o udzielenie

zamówienia publicznego oraz o niemożności dokonywania oceny poprzez pryzmat intencji zamawiającego.

W dniu 19.08.2008r. Konsorcjum Egbud wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. W treści odwołania wskazano na zarzuty i żądania wynikające z protestu a ponadto podniesiono, że oddalenie protestu było całkowicie nieuzasadnione. Wskazano, że uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu było niewystarczające oraz mało przekonujące. W argumentacji podniesiono, że zamawiający nie dokonał poprawy omyłki w ofercie wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślono, że niezamierzoną niedokładność spowodowało podobieństwo pozycji kosztorysu ofertowego. Omyłka pisarska nie wiąże się z jakąkolwiek zmianą oświadczenia woli odwołującego ani nie miała żadnego wpływu na podaną w ofercie cenę. Następnie powołano się na brzmienie komentarza do Pzp. Ponadto przywołano wyrok ZA z dnia 21.04.2006r. odnośnie stwierdzenia czym jest omyłka pisarska. Podniesiono, że odrzucenie oferty odwołującego stanowi dowód bardzo pobieżnej i mało wnikliwej oceny złożonej przez niego oferty. W pozycji tej określono w prawidłowy sposób ilość i cenę jednostkową za rozebranie nawierzchni tłuczniowej wraz z odbudową gr. 6 cm. Nie dokonanie poprawy oczywistej omyłki spowodowało niedokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a tym samym naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego zawierała cenę nie przekraczającą kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia przez zamawiającego a tym samym powinna podlegać wyborowi jako najkorzystniejsza.

Na koniec Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu anulowania decyzji o unieważnieniu postępowania, unieważnienia decyzji odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w stosunku do oferty Odwołującego, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy oraz dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Izba postanowiła uwzględnić odwołanie.

Kluczowe znaczenie dla przedmiotowego rozstrzygnięcia miała kwestia uznania niezgodności w ofercie Konsorcjum Egbud polegającej na nieprawidłowym opisie jednej z pozycji kosztorysu, za oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Konsekwencją uznania tej nieprawidłowości za oczywistą omyłkę jest konieczność jej poprawienia przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nieprawidłowość na stronie 138 oferty Konsorcjum Egbud w poz. 102, polegająca wyłącznie na nieprawidłowym opisie pozycji, powinna zostać uznana za oczywistą omyłkę pisarską w przedmiotowym postępowaniu.

Oczywistość tej omyłki wynika ze stanu faktycznego – wykonawca składający ofertę omyłkowo przepisał treść opisu pozycji poprzedzającej w miejsce pozycji 102. KIO uznała, że znaczna różnica w cenie jednostkowej poz. 102 w stosunku do poz. 101 – 4,20 w stosunku do 12,60, jak również zupełnie inna ilość pozycji w przedmiarze – poz. 102 – 602 jednostki, a poz. 101 – 91,90 jednostki wskazują jednoznacznie, że w pozycji 102 wykonawca nie zaoferował przedmiotu z poz. 101. Tym samym należało wskazać, że zamawiający powinien wyjaśnić tę kwestię bez naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2, a w przypadku stwierdzenia oczywistej omyłki dokonać jej poprawienia.

Istotne znaczenie dla niniejszego rozstrzygnięcia ma również fakt niezmienności istotnych elementów oferty w wyniku poprawienia omyłki. Nie zostanie poprawiona cena oferty jak również niezmieniony zostanie zakres zamówienia co powoduje, że zmiana polegająca na poprawieniu omyłki w ofercie Konsorcjum Egbud będzie miała w istocie charakter kosmetyczny. Należy wskazać, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, w wyniku czego wąska interpretacja „oczywistości” omyłki pisarskiej – sprowadzenia jej wyłącznie do upuszczenia przecinka czy braku litery w wyrazie jest w niniejszej sytuacji bezzasadna. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 grudnia 2007r. – „o ile należy się zgodzić na możliwość poprawiania oczywistych błędów pisarskich, które dotyczą nazw poszczególnych jednostek lub ich kolejności, braku liter w poszczególnych nazwach, błędów w oznaczeniach symboli, to jednak nie można stwierdzić, że można poprawiać wartości powodujące w konsekwencji zmianę ceny całkowitej oferty” (sygn. KIO/UZP 1436/07, 1451/07).

Niezmiennność istotnych elementów oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz oczywistość niezamierzonego błędu w opisie jednej z pozycji kosztorysowych powodują w istocie konieczność poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum Egbud na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na powyższe 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*