

Sygn. akt: KIO/UZP 181 /08

WYROK

z dnia 14 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozprawie w dniu **14 marca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o. ul. 1 Maja 42, 38-100 Strzyżów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestu z dnia **21 lutego 2008 r.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. jako Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów w Leżajsku S.A., Lubaczowskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. oraz INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa;**

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 uiszczzonego przez **Konsorcjum: DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o. ul. 1 Maja 42, 38-100 Strzyżów**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664,00 zł** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o. ul. 1 Maja 42, 38-100 Strzyżów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 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: DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o. ul. 1 Maja 42, 38-100 Strzyżów**

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ulica Żelazna 59, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Przebudowę drogi krajowej nr 4 na odcinku Machowa - Łańcut km 527+456 - 613+ 767,30”.

Przedmiot zamówienia został podzielony na cztery części:

Część I. Machowa - Pilzno km 527+456 - 534+949 o długości 7493 m,
Część II. Pilzno - Ropczyce km 538+256 - 561+355 o długości 23099 m,
Część III. Ropczyce - Klęczany km 565+454 - 578+312 o długości 12858 m,
Część IV. Rzeszów - Łańcut km 602+347 - 613+767,30 o długości 11420,3 m

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich dnia 23 lutego 2007 roku, poz. 46331-2007.

Pismem z dnia 15 lutego 2008 roku Zamawiający poinformował Wykonawców, biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 4 postępowania została oprotestowana przez innego uczestnika postępowania tj. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. jako Lider Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów w Leżajsku S.A., Lubaczowskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. oraz INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o.

Protestujący w piśmie z dnia 21 lutego 2008 roku zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty Odwołującego, której treść jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W uzasadnieniu protestu Konsorcjum podniosło, że w ofercie Odwołującego zostały umieszczone dodatkowe pozycje nie występujące w Formularzu 2.3 Kosztorys ofertowy na zadanie nr 4 w części B tj. „Rekonstrukcja drogi krajowej nr 4 (E-40,) Jędrzychowie - Wrocław - Kraków - Rzeszów - Korczowa na odcinku Rzeszów - Łańcut od km 6 02 + 347 do km 613+767,30 , zgodnie z aktualizacją z dnia 23 listopada 2007 roku oraz modyfikacją nr 19 z dnia 26 listopada 2007 roku. Protestujący wskazał na następujące pozycje, znajdujące się w Formularzu 2.3 oferty Odwołującego (strona 135 oferty):

1. pozycja grupowania elementów rozliczeniowych 01.03.09.00 „Przebudowa napowietrznych linii teletechnicznych przy przebudowie dróg”,
2. wyceniona pozycja elementu rozliczeniowego o liczbie porządkowej 32 - 01.03.03.10 „Przestawienie słupów teletechnicznych” szt. 2 z ceną jednostkową 1 500 PLN o łącznej wartości 3 000 PLN.

W ocenie Protestującego wskazany stan faktyczny stanowi omyłkę, której Zamawiający nie może poprawić na podstawie art. 88 ustawy i świadczy o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenie ponownej oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Protestującego.

W odpowiedzi na informację Zamawiającego o wniesieniu protestu (pismo z dnia 22 lutego 2008 roku, przekazane Wykonawcom w dniu 25 lutym 2008 roku) Odwołujący w dniu 27 lutego 2008 roku, zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego, żądając oddalenia protestu.

Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2008 roku, doręczonym Odwołującemu w dniu 28 lutego 2008 roku, uwzględnił w całości protest złożony przez Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. i postanowił dokonać powtórnej oceny ofert.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego protestu w zakresie zadania numer IV, Odwołujący tj. Konsorcjum firm „DROGBUD” Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o., jako Lider Konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB -Podbeskidzie” Sp. z o.o. wniosło w dniu 4 marca 2008 roku odwołanie.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Odwołujące się Konsorcjum dla zadania numer IV jest zgodna z SIWZ. Odwołujący przyznał, że zawiera ona co prawda pozycję numer 32 nie występującą w Formularzu 2.3. Kosztorysu Ofertowego, jednak tego rodzaju uchybienie nie stanowi merytorycznej wady oferty skutkującej jej odrzuceniem. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego zamieszczenie w ofercie dodatkowej pozycji nie jest brakiem, czy uchybieniem merytorycznym.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wskazana przez Protestującego omyłka jest omyłką usuwalną na podstawie art.88 ustawy.

Oczywiste omyłki rachunkowe podobnie jak i oczywiste omyłki pisarskie nadające się do poprawienia nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty, zaś omyłka pisarska w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza jest omyłką o charakterze oczywistym, nadającą się do usunięcia według reguł określonych w przepisie art.88 ustawy.

Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust.2, art. 88 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 wniósł w zakresie zadania numer IV o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A.
3. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. nakazanie dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 10 marca 2008 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum, którego Liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Odwołującego oraz zapisy warunku kontraktu na budowę FIDIC, 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, składający ofertę w niniejszym postępowaniu w zakresie części IV zamówienia, którego oferta została odrzucona, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami tom I w pkt 9.1 dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny oferty, wskazał, że Wykonawcy winni wyliczyć cenę oferty w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach, których wzór stanowi Formularz 2.3 p.n. Kosztorys Ofertowy. W trakcie trwania procedury Zamawiający dokonywał licznych zmian w przedmiarach robót. Pismem z dnia 26 listopada 2007 roku (modyfikacja nr 19) dokonał zmiany poprzez:

1. wykreślenie pozycji grupowania elementów rozliczeniowych 01.03.09.00 p.n. Przebudowa napowietrznych linii teletechnicznych przy przebudowie dróg,
2. wykreślenie pozycji elementu rozliczeniowego o liczbie porządkowej 32 pod poz. 01.03.03.10 tj. Przystawienie słupów teletechnicznych.

Skład orzekający Izby ustalił, że w ofercie Odwołującego na stronie 135 oferty Formularza 2.3 w zakresie części B. Konstrukcja drogi krajowej nr 4 (E-40) Jędrzychowice - Wrocław - Kraków - Rzeszów - Korczowa na odcinku Rzeszów - Łańcut od km 602+347 do km 613+767,30 znajdują się pozycje, wykreślone przez Zamawiającego.

W odniesieniu do pozycji elementów rozliczeniowych 01.03.09.00. Przebudowa napowietrznych linii teletechnicznych przy przebudowie dróg, skład orzekający Izby uznał, że ich zamieszczenie nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ, bowiem pozycje te nie zostały w ogóle wycenione, a zatem nie mają one wpływu na treść merytoryczną oferty Odwołującego.

Zamieszczenie dodatkowych, ale nie wycenionych pozycji w Formularzu 2.3 Kosztorys ofertowy nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby uznał również, że zamieszczenie i wycena w Formularzu 2.3 Kosztorys ofertowy pozycji 32 01.03.03.10 tj. Przystawienie dwóch słupów teletechnicznych, nie stanowi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy. Należy stwierdzić, że Odwołujący wycenił w ofercie cały wymagany przez Zamawiającego zakres przedmiotu zamówienia, a więc wykona wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia. Zaoferowany zakres świadczenia Wykonawcy odpowiada zatem oczekiwaniom Zamawiającego a zatem nie zachodzi okoliczność niezgodności treści oferty i treścią SIWZ.

Zaoferowanie większego niż wymagał tego Zamawiający zakresu przedmiotu zamówienia (tj. przestawienie słupów teletechnicznych w ilości 2 sztuk) nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę sposób rozliczenia stosowany w zaproponowanym Wykonawcom kontrakcie. Zgodnie bowiem z Warunkami Kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 r.), które jest stosowane w niniejszej umowie wszelkie ilości zamieszczone w przedmiarze robót i Formularzu 2.3 należy traktować jako szacunkowe i nie należy ich brać pod uwagę jako ilości rzeczywistych i prawidłowych. Jednocześnie zapisy FIDIC dopuszczają możliwość wprowadzenia zmian w realizacji przedmiotu zamówienia, zaś w przypadku pominięcia w realizacji części robót dopuszcza zmianę ceny kontraktowej. Skład orzekający Izby uznał zatem, że z analizy warunków kontraktu jasno wynika, że Zamawiający nie zapłaci za pozycje 32 wymienioną w Formularzu 2.3 Kosztorys ofertowy, jeśli faktycznie nie zostanie ona wykonana. Stanowisko to zostało przyznane w trakcie rozprawy tak przez Odwołującego jak i Zamawiającego.

Ponadto skład orzekający Izby zwraca uwagę na brzmienie przepisu art. 140 ust. 3 ustawy, który stanowi o nieważności umowy w zakresie wykraczającym poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Zatem umowa w części wykraczającej poza zakres przedmiotu zamówienia określony przez Zamawiającego w SIWZ jest umową nieważną z mocy prawa.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, że wycena pozycji 32 winna być traktowana jako oczywista omyłka pisarska i rachunkowa, którą Zamawiający zobowiązany jest poprawić w trybie art. 87 i 88 ustawy. Zastosowanie tego przepisu w zaistniałym stanie faktycznym prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany treści oświadczenia woli Wykonawcy. Przepis art. 88 ustawy dopuszcza jedynie w enumeratywnie wymienionych tam sytuacjach na poprawienie omyłek rachunkowych i nie odnosi się do korygowania oferowanego przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo skład orzekający wskazuje na okoliczność, że fakt wyceny nie objętej przedmiotem zamówienia pozycji 32 Formularza nie ma wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż nawet z pominięciem tej pozycji oferta Odwołującego jest ofertą, najkorzystniejszą w jedynym kryterium oceny ofert jaką jest cena.

Różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego tj. 86 472 345,07zł., a ceną oferty uznanej za najkorzystniejszą po ponownym wyborze ofert tj. ceną 91 956 842, 04 zł. przewyższa kwotę 3 000 zł. wynikającą z ujęcia w kosztorysie Odwołującego pozycji Przystawienia 2 sztuk słupów teletechnicznych.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*