

Sygn. akt KIO/UZP 525/09

**WYROK**  
z dnia 8 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Majstrowicz**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: WAKOZ sp. z o.o. ul.gen.Sikorskiego 3, 84-242 Luzino, (lider konsorcjum), POLDIM S.A., ul. Kochanowskiego 37a, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk** protestu z dnia 3 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **SKANSKA. S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: SKANSKA. S.A Oddział Budownictwa Drogowo - Mostowego ul. Budowlanych 1, 80-298 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: WAKOZ Sp. z o.o. ul. gen.Sikorskiego 3, 84-242 Luzino, POLDIM S.A. ul. Kochanowskiego 37a, 33-100 Tarnów,**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: WAKOZ sp. z o.o. ul. gen. Sikorskiego 3, 84-242 Luzino, POLDIM S.A. ul. Kochanowskiego 37a, 33-100 Tarnów,**

2) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: WAKOZ Sp. z o.o. ul. gen. Sikorskiego 3, 84-242 Luzino, POLDIM S.A. ul. Kochanowskiego 37a, 33-100 Tarnów,**

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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, zwana dalej Zamawiającym, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Remont ze wzmocnieniem drogi krajowej nr 7 Żukowo - Chyże na odcinku Żukowo - Gdańsk”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowane zostało 15 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 9-011537.

W dniu 3 kwietnia 2009 r. konsorcjum Wazko sp. z o.o. z siedzibą w Luzino oraz Poldim S.A. z siedzibą w Tarnowie wniosło protest na następujące czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania: bezpodstawne odrzucenie oferty z postępowania, zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rodzaju omyłki oferty w zakresie poz. 82 kosztorysu ofertowego, zaniechania dokonania poprawienia oferty wykonawcy w zakresie omyłkowo wskazanej jednostki miary w pkt 82 kosztorysu ofertowego oraz wybór najkorzystniejszej oferty.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą poprzez nieuzasadnione jego

zastosowanie, w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy była zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie badania jej zgodności z treścią SIWZ bez dokonania przez Zamawiającego poprawki oczywistej pomyłki w ofercie polegającej na wprowadzeniu właściwej opisanej w SIWZ jednostki miary w pozycji 82 kosztorysu ofertowego.

3. niezastosowanie art. 87 ust. 1 pkt ustawy Pzp i brak wezwania do wyjaśnienia wykonawcy, w sytuacji gdy od wyjaśnienia przez Wykonawcę wątpliwości co do treści oferty zależało jej właściwe zakwalifikowanie,

4. niezastosowanie art. 87 ust. 2 pkt ustawy Pzp w sytuacji, gdy oczywista omyłka wykonawcy polegała na podaniu innej niż określony we wzorze kosztorysu ofertowego jednostka miary.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, iż w przedłożonym kosztorysie ofertowym uwzględnił on wykonanie wszystkich robót określonych w SIWZ, a jedynie omyłkowo w pozycji 82 kosztorysu ofertowego podał jednostkę „Mg” zamiast wskazanej w SIWZ jednostki "m<sup>2</sup>". Podniósł, iż zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 1 Zamawiający powinien poprawić tak dostrzeżoną omyłkę pisarską lub co najmniej wezwać wykonawcę do wyjaśnienia, czy podana jednostka miary jest omyłką pisarską czy pomyłką wpływająca na zgodność oferty z SIWZ. Zaniechanie tych czynności – w ocenie Protestującego - doprowadziło do sprzecznego z ustawą odrzucenia jego oferty i wyboru oferty droższej.

Protestujący zażądał w proteście nakazania dokonania zaniechanej poprawki treści oferty w zakresie jednostki miary wskazanej w punkcie 82 kosztorysu ofertowego poprzez zastąpienie jednostki "m<sup>2</sup>" jednostką prawidłową "Mg", unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty protestującego.

W dniu 9.04.2009 r. do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przystąpiła Skanska S.A wskazując swój interes prawny w przystąpieniu, gdyż oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 10 kwietnia 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w całości. Wskazał, iż oferta nie była zgodna z treścią specyfikacji, kosztorys zawierał nieprawidłową jednostkę miary „m<sup>2</sup>” zamiast jednostki prawidłowej „Mg”. Zamawiający podniósł, iż nie mógł poprawić oferty, gdyż cena oferty została zaniżona o prawie 2,5 mln

złotych, niewłaściwie skalkulowano cenę jednostkową, gdyż podana cena nie była adekwatna do właściwej jednostki miary.

W odwołaniu z dnia 20 kwietnia 2009 r. wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Odwołujący podtrzymał zarzuty naruszenia art.89 ust.1 pkt 2, art.7, art.87 ust.1, art.87 ust.2 ustawy, wnioski oraz argumentację zawartą w proteście.

Pismem z dnia 6.05.2009 r. wykonawca Skanska S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:**

Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, gdyż Odwołujący zaoferował niższą cenę niż cena oferty wybranej przez Zamawiającego.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie naruszył art. 7, art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy oraz art. 87 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Pismem z dnia 24 marca 2009 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty wskazał podanie przez Odwołującego w poz. 82 kosztorysu ofertowego nieprawidłowej jednostki miary, wpisania omyłkowo ceny jednostkowej w wysokości 21,39 złotych za „m<sup>2</sup>”, nie podał zaś ceny za prawidłową jednostkę miary wymaganą przez Zamawiającego „Mg”, czyli jedną tonę warstwy wyrównawczej betonem asfaltowym 0/16 o grubości minimalnej 4 cm.

Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt ww.ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podanie przez odwołującego w poz. 82 kosztorysu ofertowego ceny 21,39 zł za „wyrównanie istniejącej jezdni betonem asfaltowym 0/16 gr min.4 cm ” za „ m<sup>2</sup>”, nie zaś za 1 „Mg”, czyli tonę, nie odpowiadało treści siwz i było niezgodne z wymaganiem stawianym przez Zamawiającego we wzorcowym kosztorysie ofertowym załączonym do siwz, który wymagał podania ceny jednostkowej w pozycji 82. za 1 „Mg”.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż omyłka popełniona przez Odwołującego nie zobowiązywała Zamawiającego do poprawienia oferty w trybie art.87 ust.2 ustawy. Omyłka popełniona przez Odwołującego nie jest ani oczywistą omyłką pisarską, ani też oczywistą omyłką rachunkową. Omyłka ta polega na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zaś jej poprawienie powoduje istotną zmianę treści oferty.

Uwzględniając wyliczenia Zamawiającego i przystępującego, zaproponowanie przez Odwołującego w poz.82 kosztorysu ofertowego ceny 303 181,86 złotych za „m<sup>2</sup>”, było faktycznym zaniżeniem ceny oferty o około 2 834 800 zł, gdyż prawidłowo obliczona wartość w tej pozycji powinna wynosić netto około 2 834 800 złotych, z zastosowaniem prawidłowej jednostki miary „Mg” i prawidłowej ceny jednostkowej tego rodzaju betonu (ok.200 złotych/1 MG). Nie ma przy tym znaczenia fakt, iż Odwołujący oświadczył na rozprawie, że za oferowaną cenę jest w stanie zrealizować zamówienie.

Wszyscy wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu w poz.82 kosztorysów ofertowych podali cenę jednostkową prawie dziesięciokrotnie wyższą niż odwołujący w swojej ofercie. Ceny te kształtowały się bowiem od kwoty 190,75 zł (Skanska S.A), do kwoty 242,32 zł ( Poldróg Człuchów) za 1 „Mg”. W związku z powyższym wynagrodzenie podane przez wykonawców w poz.82 kosztorysu ofertowego kształtowało się od kwoty 2 703 690,50 zł zaproponowanej przez Skanska S.A. do kwoty 3 434 643,68 zł zaproponowanej przez Poldróg Człuchów, a więc było około 10 - krotnie wyższe od ceny zaproponowanej przez Odwołującego (303 181,86 zł).

Zamawiający i przystępujący do postępowania udowodnili, iż niemożliwe technicznie i ekonomicznie jest wyprodukowanie 1 mg mieszanki mineralno-asfaltowej na warstwę wyrównawczą zgodnie z wymaganiami specyfikacji technicznej oraz przy użyciu wymaganych materiałów składowych za cenę jednostkową określoną w ofercie (21,39 zł) Odwołującego poprzez przedstawienie własnych wyliczeń

oraz cenników asfaltu (niezbędnego składnika mieszanki mineralno-asfaltowej) Orlenu Asfalt sp.żo.o. oraz Lotos Asfalt sp.żo.o.( pismo GDDKIA z dnia 5 maja 2009 r, pismo Skanska S.A. z dnia 7 maja 2009 r. złożone do akt sprawy). Odwołujący nie udowodnił, iż zawarcie w poz.82 kosztorysu ofertowego ceny jednostkowej 21,39 zł za „m<sup>2</sup>” jest ceną realną za 1 „Mg”, a tym samym wypełnienie tej pozycji było omyłką nie powodującą istotnych zmian treści oferty, a tym samym nie potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający był zobowiązany w tym przypadku do poprawienia oferty w trybie art.87 ust.2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art.191 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) orzeczono jak w sentencji.

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

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku** .

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....