

**Sygn. akt KIO/UZP 308/10**

**WYROK**  
**z dnia 6 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Emil Kuriata**

**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Jordan S.A., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., 31-103 Kraków, ul. Zwierzyniecka 17/5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Zabrze – Prezydent Miasta, 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7** protestu z dnia **2 lutego 2010 r.**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A 01-040 Warszawa ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Zabrze – Prezydent Miasta, 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Jordan S.A., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., 31-103 Kraków, ul. Zwierzyniecka 17/5;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Zabrze – Prezydent Miasta, 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7** na rzecz **Konsorcjum: Jordan S.A., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., 31-103 Kraków, ul. Zwierzyniecka 17/5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Jordan S.A., Wojewódzkie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., 31-103 Kraków, ul. Zwierzyniecka 17/5.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na robotę budowlaną pn. „Połączenie autostrady A1 z autostradą A4 poprzez przebudowę układu komunikacyjnego północ-południe w obrębie miasta Zabrze - ETAP I - budowa IV odcinka ul. Nowo-Paderewskiego w Zabrzu od węzła DTS w ul. de Gaulle'a do km 0+660,0". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 listopada 2009 r., pod nr 208867.

W dniu 2 lutego 2010 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze

zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 91 oraz „przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i przepisów ustawy finansów publicznych w zakresie art. 40 ust. 3 pkt 1 i ustawy o ozndfinpubl w zakresie art. 17” i wnosząc o: powtórzenie czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty Odwołującego się do postępowania, powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do wszystkich ważnych ofert.

Odwołujący się podnosi, że jego oferta jest ważna, gdyż posiada wszystkie załączniki wskazane w zaproszeniu do złożenia oferty, określone w pkt 10.6.1.7 SIWZ, a punkt ten nie zawiera tabeli elementów scalonych. Tabela elementów scalonych nie jest opisem przedmiotu zamówienia i nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.

Ponadto, zdaniem Odwołującego się, jeśli Zamawiający uznawał, że jest to ważny dokument, to winien wezwać Odwołującego się do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż dokument ten należy do kategorii dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący się podnosi, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwość, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się wskazuje, że zastosowanie regulacji dotyczącej odrzucenia oferty, zgodnie z komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Prezesa UZP T. Czajkowskiego z 2006 r., ma miejsce w odniesieniu li tylko do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się zwraca uwagę, że nie bez znaczenia jest fakt zastosowania przez ustawodawcę nowego przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający powyższej delegacji ustawowej nie wypełnił, a winien, zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt. KIO/UZP 1326/09, sygn. akt KIO/UZP 1059/09, sygn. akt. KIO/UZP 246/09, sygn. akt. KIO 549/09, sygn. akt KIO/UZP 978/09, sygn. akt KIO/UZP 1005/09).

Odwołujący się zauważa, że w ofercie wskazanej jako najkorzystniejsza (oferta Budimex S.A.), Zamawiający uznał dokument o charakterze tabeli elementów scalonych, który nie jest w rzeczy samej tym dokumentem, lecz jedynie spisem treści kosztorysu ofertowego Budimex S.A., niezawierającym żadnych nowych informacji w stosunku do kosztorysu ofertowego (załącznik nr 1 do protestu). Tym samym w ofercie najkorzystniejszej również nie ma tabeli elementów scalonych, a Zamawiający nie odrzucił danej oferty. Potwierdził tym fakt nieistotności powyższego dokumentu.

W dniu 12 lutego 2010 r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, iż w pkt 10.6 części I SIWZ wskazano, że w skład oferty ma wchodzić

kosztorys ofertowy. Zaś, w pkt 12 części I SIWZ jednoznacznie zdefiniował części składowe prawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego podając, iż do kosztorysu należy dołączyć m.in. tabelę elementów scalonych. Stanowisko to zostało przez Zamawiającego potwierdzone w odpowiedziach udzielanych wykonawcom w trybie art. 38 ustawy Pzp (pismo z dnia 3 kwietnia 2009 r., pismo z dnia 17 grudnia 2009 r.).

Zamawiający zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego się, iż tabela elementów scalonych nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże jest integralną częścią oferty, niezbędną do dokonania jej oceny.

Zamawiający nie podziela poglądu Odwołującego się, iż na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający obowiązany był do wezwania Odwołującego się do uzupełnienia tabeli elementów scalonych. Zdaniem Zamawiającego, nie było to możliwe, z uwagi na fakt, iż przedmiotowy dokument nie mieści się w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreśla również, iż oczywistym jest, że wbrew sugestiom Odwołującego się, że nie można zastosować instytucji poprawy oczywistej omyłki pisarskiej do uzupełnienia brakującej części oferty.

W przedmiocie zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazuje, iż aby dokonać jakichkolwiek poprawek potrzebny jest przede wszystkim materiał, który zawiera ewentualne błędy, omyłki, bądź inne niedoskonałości, które wymagają dokonania poprawy w celu uzyskania jego prawidłowej postaci.

W dniu 17 lutego 2010 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto podniósł, iż cena oferty jest w tym zadaniu wynagrodzeniem o charakterze ryczałtowym, a tym samym, pominięcie tabeli elementów scalonych na nie w żaden sposób nie wpływa.

Odwołujący się podnosi, że odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może li tylko mieć miejsce, jeżeli to dotyczy pozycji przedmiarowych i to takich, które nie nadają się do poprawek, a mają wpływ na cenę oferty. Zaś, brak elementów scalonych w naszej ofercie nie wywołuje zmiany ceny oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pkt 10.6.1 części I SIWZ Zamawiający określił zawartość oferty, wskazując, iż jednym z jej elementów jest kosztorys ofertowy (część C wg Spisu zawartości treści oferty). Zaś, w pkt 12 części I SIWZ Zamawiający postanowił, iż „do kosztorysu należy dołączyć tabelę elementów scalonych, zestawienie robocizny, sprzętu i materiałów.”

Powyższy wymóg został również potwierdzony w udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach do SIWZ. I tak, wystarczy wskazać na pismo z dnia 3 kwietnia 2009 r.

(odpowiedź na pytanie nr 16, 17 i 18) i z dnia 17 grudnia 2009 r. (odpowiedź na pytanie nr 31).

Tabela elementów scalonych stanowi sumaryczne zestawienie wartości robót określonego rodzaju, dotyczących danego obiektu, czy też pewnych istotnych elementów tego obiektu. W niniejszym stanie faktycznym tabela elementów scalonych stanowiła zestawienie określonych rodzajowo robót odnoszących się do danej branży. Powyższe jest konsekwencją sporządzenia kosztorysów ofertowych z podziałem na branże (zgodnie z przedmiarem robót). I tak dla przykładu, w ramach kosztorysu dotyczącego robót drogowych – odc. 1 można wymienić następujące rodzaje robót: roboty rozbiórkowe – dojazd od osiedla Dzierżona, roboty rozbiórkowe – przy rondzie de Gaule'a, roboty rozbiórkowe – wjazd przez chodnik, wywóz gruzu, roboty przygotowawcze, roboty ziemne, konstrukcja nawierzchni nr 1 – jezdnia – ul. Nowopaderewskiego, konstrukcja nawierzchni nr 1 – dojazd do os. Dzierżona, wyspy skrzyżowania, wzmocnienia styków konstrukcji nawierzchni siatką z włókien szklanych, chodniki, urządzenia odwadniające – ścieki skarpowe – strona prawa, roboty wykończeniowe i te rodzaje robót należało wymienić w tabeli elementów scalonych i określić ich wartość. Jednakże istotna jest okoliczność, iż rodzaje tych robót wynikają z kosztorysu ofertowego, podobnie jak ich wartość. Kosztorys ofertowy bowiem stanowi niejako rozwinięcie tabeli elementów scalonych, bowiem wymienione są tam i wycenione roboty składające się na poszczególne rodzaje. Tabela elementów scalonych stanowi więc co do rodzaju robót odzwierciedlenie kosztorysu, zaś ich wycena nie jest zawarta, co do zasady, w kosztorysie ofertowym, jednakże dla potrzeb sporządzenia tabeli, dokonywana jest na podstawie kosztorysu ofertowego. Cena określonego rodzaju robót stanowi sumę wartości poszczególnych robót składających się na dany ich rodzaj, które to wartości określone są w kosztorysie ofertowym.

W tych okolicznościach do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W opinii Izby nie budzi bowiem wątpliwości, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Zamawiającemu nie przysługiwało uprawnienie do skorzystania z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania do uzupełnienia dokumentu w postaci tabeli elementów scalonych. Wezwanie może dotyczyć bowiem dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy tabela elementów scalonych nie zalicza się do kategorii dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Twierdzenie więc, że dokument kwalifikuje się do wspomnianej grupy dokumentów przeczy istocie samego dokumentu w postaci tabeli elementów scalonych. Jak wspomniano bowiem wyżej, celem złożenia przedmiotowego

dokumentu jest przedstawienie poszczególnych rodzajów robót w ujęciu wartościowym, nie zaś wykazanie jakiś określonych cech robót. Wobec powyższego brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powracając do zagadnienia omyłek, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż z faktu braku przedstawienia treści, które powinny znaleźć się w tabeli elementów scalonych w postaci tabeli (odrębnego dokumentu na odrębnej kartce) należy wiązać niemożność poprawienia omyłki. Sam brak istnienia odrębnego dokumentu nie stoi bowiem na przeszkodzie stwierdzeniu istnienia omyłki, zaś możliwość jej poprawienia należy oceniać jedynie w świetle art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i ram tam zakreślonych, a nie z powodu jak to określa Przystępujący „braku substratu”, który mógłby być podstawą poprawy.

Zgodzić zaś należy się z Zamawiającym, że w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. W niniejszym stanie faktycznym, stwierdzenie przedmiotowego uchybienia wymaga sięgnięcia do dokumentacji postępowania i określenie na tej podstawie wymagań Zamawiającego. Dokonanie tak daleko idących czynności, w powiązaniu z ewentualnym wykonaniem działania arytmetycznego powoduje, iż nie ma możliwości stwierdzenia przedmiotowej omyłki „na pierwszy rzut oka”, a w związku z tym, nie sposób uznać, że sporna omyłka mieści się w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Stąd też, Izba stoi na stanowisku, iż bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy, a więc elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*). Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z

określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Dokonanie zmiany w spornym przedmiocie, zdaniem Izby, nie spowodują istotnych zmian w treści ofert. Po pierwsze, za takim stanowiskiem przemawia fakt, iż zmiany te nie dotyczą przedmiotowo istotnych elementów umowy. Jak podkreśla się w doktrynie, pod pojęciem istotnych postanowień proponowanej umowy należy rozumieć „przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*), a więc te postanowienia, które decydują o istocie danej umowy, indywidualizują ją pod względem prawnym spośród innych umów. Bez ich określenia dana umowa nie może dojść do skutku. (Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski: Kodeks cywilny. Komentarz.”, LEX, 2009). Zatem, ewentualna korekta nie sprzeciwiałaby się naturze stosunku umownego. Po drugie, sam Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż tabela nie jest podstawą dokonywania rozliczeń i nie ma charakteru wiodącego, a jedynie służy ułatwieniu pracy Zamawiającego.

Nie budzi wątpliwości Izby, iż działanie Odwołującego się jest skutkiem popełnionego błędu. Wskazuje na to nie tylko przebieg rozprawy, ale również sama treść złożonej oferty. Odwołujący się dołączył bowiem pozostałe dokumenty, których przedstawienia wraz z kosztorysem ofertowym wymagał Zamawiający (koszty robocizny, zestawienie materiałów).

Dodatkowo, wskazać należy, iż popełniona omyłka może być poprawiona przez Zamawiającego właściwie bez udziału Wykonawcy (poza obligatoryjnym wyrażeniem zgody na jej poprawienia), bowiem sposób jej poprawienia, nie pozostawia Zamawiającemu możliwości arbitralnych decyzji i w żadnym razie nie wymaga dokonania jakichkolwiek uzgodnień, czy konsultacji z Odwołującym się.

Konkludując, w opinii Izby, z faktu, iż oświadczenie zawarte w tabeli elementów scalonych nie należy do przedmiotowo istotnych postanowień umowy wynika możliwość poprawienia przedmiotowej wady oferty. Brak podstaw do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu nie niweczy możliwości uzyskania przez Zamawiającego informacji, które zawarte są w tabeli elementów scalonych. Sam Zamawiający przyznał bowiem na rozprawie, iż sporna tabela w istocie stanowi wyciąg z kosztorysu ofertowego, wystarczy więc przedmiotowy kosztorys uzupełnić o wartości poszczególnych rodzajów robót, odnoszących się do danych branż tak, aby uzyskać dane zawarte w tabeli elementów scalonych. W niniejszym wypadku, tabela elementów scalonych będzie więc częścią kosztorysu ofertowego. Jednakże, zdaniem Izby, forma przedstawienia informacji nie może mieć

rozstrzygającego znaczenia dla stwierdzenia o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czy też stwierdzenia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo podkreślić należy, iż okoliczność, że Zamawiający w sposób jednoznaczny sformułował wymagania dotyczące treści konkretnych oświadczeń, składających się na ofertę, pozostaje bez wpływu na ocenę charakteru popełnionych omyłek.

W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Błędne stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się przyczyną odrzucenia oferty, która to czynność w konsekwencji również obarczona jest błędem, a to z kolei przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony. Odrzucenie bowiem prawidłowej oferty stanowi przejaw złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do skorzystania z instytucji wyjaśnień, skoro Zamawiający posiadał wiedzę, iż tabela elementów scalonych stanowi wyciąg z kosztorysu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp również nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria sformułowane w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1, 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł



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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....