

SKANSKA

Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu
ul. Gen. J. Hallera 79
86- 300 Grudziądz

FAX (+48 56) 45 10 395

Skanska S.A.

Siedziba Zarządu

Biuro ul. Gen. J. Zajączka 9
01-616 Warszawa, Polska
Tel. +48 22 561 30 00
Faks +48 22 561 30 01
Web www.skanska.pl
E-mail info@skanska.pl

Siedziba Oddziału

**Oddział Budownictwa
Inżynieryjnego w Poznaniu**

Biuro ul. Bystra 7
61-366 Poznań 41, Polska
Tel. +48 61 891 70 00
Faks +48 22 560 83 62
E-mail drogi.poznan@skanska.pl

Date
2012-07-13

Nasze pismo/Nr
4401/2012

Osoba do kontaktu
p. Alicja Maruszewska

Telefon bezpośredni
61 891 71 10

Wasze data
XXXXX

Wasze pismo/Nr
XXXXXXXX

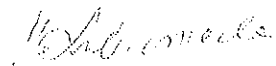
Dotyczy: przetargu nieograniczonego na wybór Wykonawcy zadania pod nazwą „Remont ulicy Chełmińskiej” (Nr ref. sprawy ZDM-I-Z.271.2.12.2012).

Szanowni Państwo,

Działając w imieniu spółki Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, w oparciu o art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Ustawa) w załączeniu przesyłam kopię odwołania wnoszonego w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie art. 27 ust. 2 Ustawy proszę o zwrotne potwierdzenie na niniejszym piśmie otrzymania faksu w ilości 8 stron odwołania + pełnomocnictwo (9 strona) i dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (jedna strona). Zwrotne potwierdzenie proszę wysłać na numer faksu (22) 560 83 62

Z poważaniem



Poznań, dnia 13.07.2012 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu
Ul. Gen. J. Hallera 79
86 – 300 Grudziądz

Odwołujący:
Skanska S.A. w Warszawie
ul. Gen. Józefa Zajączka 9
01-518 Warszawa
(adres do korespondencji i dla doręczeń:
Skanska S.A. Oddział Budownictwa
Inżynieryjnego w Poznaniu, ul. Bystra 7, 61-366
Poznań)

NR/

/10

ODWOŁANIE

**od decyzji Zamawiającego z 11.07.2012 r. i 12.07.2012 w sprawie odrzucenia oferty
Odwołującego oraz rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego, którego
przedmiot stanowi:
„Remont ulicy Chelmińskiej w Grudziądzu”**

Działając w imieniu Odwołującego na podstawie pełnomocnictwa załączonego do niniejszego pisma, w oparciu o art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. – zwanej dalej Ustawą) wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie j.w. , a polegających na:

1/ bezpodstawnym i niezgodnym z Ustawą odrzuceniu oferty Wykonawcy

- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2) oraz art. 92 ust. 1 Ustawy;

2/ bezzasadnym i niezgodnym z Ustawą wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którym jest Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., ul. Laskowicka 3, 86 – 100 Świecie

- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy oraz art. 92 ust. 1 Ustawy;

3/ zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do dokonania której jest on uprawniony przepisami Ustawy, a polegającej na żądaniu od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty

- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy;

4/ zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do dokonania której jest on zobowiązany przepisami Ustawy, a polegającej na poprawieniu w ofercie Odwołującego omyłek stanowiących niezgodność oferty ze SIWZ, w przypadku gdy nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, co właśnie zachodzi w odniesieniu do oferty Odwołującego złożonej w niniejszym postępowaniu przetargowym

- zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3) Ustawy.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza zgodnie z art. 91 Ustawy. Najniższa cena była jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, a oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę spośród ważnych ofert w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego opiewa na kwotę 985.513,49 zł, natomiast oferta zwycięskiego wykonawcy opiewa na kwotę 1.072.832,92 zł (jest to kwota przewyższająca wartość, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację tego zamówienia, wynikającą z kosztorysu inwestorskiego, tj. 1.065.000,00 zł).

Natomiast szkoda, jaką Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów Ustawy, polega na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Powyższe stanowi zatem wystarczającą przesłankę, uprawniającą Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jak o tym mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy.

W dniu 11.07.2012 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo informujące o odrzuceniu jego oferty, a 12.07.2012 Odwołujący otrzymał pismo o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. w Świeciu jako najkorzystniejszej. Zatem niniejsze odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem ustawowego 5 – dniowego terminu.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. w Świeciu jako najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- zażądania od Wykonawcy stosownych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy odnośnie treści złożonej przez niego oferty i dokonanie w niej, z uwzględnieniem tychże wyjaśnień, poprawki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3) Ustawy;

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący ponownie podkreśla, że w wyniku wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego interes prawny Wykonawcy w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku bowiem prawidłowego i zgodnego z przepisami Ustawy oraz postanowieniami SIWZ działania Zamawiającego oferta Wykonawcy nie tylko nie zostałaby odrzucona, lecz byłaby ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Uzasadnienie

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ oraz dochowując przepisom Ustawy. Zatem odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego było całkowicie bezpodstawne.

Jednocześnie Zamawiający, biorąc pod uwagę fakt bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, dokonał w rezultacie bezzasadnego wyboru oferty innego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, co stanowi ewidentne naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy i postanowień SIWZ.

W związku z powyższym wniesienie niniejszego odwołania, co Odwołujący poniżej wykazuje, jest w pełni uzasadnione.

W pierwszej kolejności Odwołujący podaje, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty nie może się ostać z uwagi na błędy formalne. Została ona podjęta i oznajmiona Odwołującemu przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli z naruszeniem art. 92 ust. 1 Ustawy. Zamawiający ma obowiązek jednoczesnego zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych (i innych okolicznościach nieistotnych dla niniejszej sprawy). Zamawiający w niniejszej sprawie zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego pismem z dnia 11.07.2012, natomiast wyboru najkorzystniejszej oferty dokonał dnia następnego, tj. 12.07.2012, w której to decyzji nie ma informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. W tym stanie faktycznym jednoznacznie trzeba stwierdzić, że obie ww. decyzje wydane zostały z naruszeniem prawa.

Podstawą merytoryczną przedmiotowego odrzucenia stało się omyłkowe pozostawienie nieaktualnego opisu jednej z pozycji kosztorysowych w poz. 2.7 „Zbrojenie nawierzchni bitumicznej geosiatką, wykonaną z włókien szklanych wstępnie powlekaną warstwą bitumiczną z jednostronną posypką z piasku kwarcowego i ochronną folią poliestrową, o wytrzymałości nie mniejszej niż: 200 kN/m w kierunku poprzecznym (przy wydłużeniu 3%)”. Pierwotny opis tejże pozycji w załączonym do SIWZ przedmiarze robót brzmiał tak, jak wpisał Odwołujący. Na skutek wprowadzenia zmian do SIWZ dokonanych pismem Zamawiającego z 5.07.2012, opis przedmiotowej pozycji został zmodyfikowany w zakresie dopisania słów: „(w kierunku podłużnym) i włókien węglowych (w kierunku poprzecznym)”, czego Odwołujący omyłkowo nie uwzględnił w opisie pozycji kosztorysu załączonym do oferty, pomimo tego, że wycenił właściwy i żądany przez Zamawiającego asortyment. Zmieniony przedmiar został przekazany wykonawcom dopiero na 3 dni przed upływem terminu składania ofert.

Z punktu widzenia technicznego, dopisek j.w. dotyczący włókien węglowych nic w praktyce nie zmienia. Zamieszczenie przez Zamawiającego wymagania wytrzymałości w kierunku podłużnym 120 kN/m przy maksymalnym wydłużeniu 3,0 % oraz 200 kN/m przy maksymalnym dopuszczalnym wydłużeniu 1,2% w kierunku prostopadłym

jednoznacznie formułuje wymagania istotnych technicznie parametrów geosyntetyku i one nie uległy zmianom. Rzeczą oczywistą jest że przy wymaganiu 1,2% wydłużenia włókna w kierunku prostopadłym muszą być węglowe: wydłużenie włókien szklanych przy zerwaniu wynosi około 3% i takie założenia Odwołujący poczynił na etapie przygotowania i złożenia oferty, pomimo błędnego zapisu w pierwotnym kosztorysie (nie jest możliwe uzyskanie 1,2 % wydłużenia przy zerwaniu dla materiału, w skład którego wchodzi tylko włókno szklane). Natomiast część dostawców posługuje się na rynku dla materiałów składających się zarówno z włókien węglowych jak i szklanych skróconą nazwą handlową "siatka z włókna szklanego" wychodząc z założenia, że parametry wystarczająco precyzyjnie definiują szczegółowy skład materiału. Ponadto zwrócić należy uwagę na kwestie sformułowań w opisie pozostałych asortymentach robót: pisząc "stabilizacja gruntu cementem" w pozycji kosztorysowej Zamawiający nie wyklucza zastosowania niezbędnych dodatków umożliwiających uzyskanie zakładanych parametrów wytrzymałościowych. Analogicznie należy traktować sformułowanie "geosiatka z włókien szklanych" w połączeniu z ograniczeniem wydłużenia do 1,2%: stanowi ono skróconą nazwę pozycji kosztorysowej szczegółowo opisanej poprzez podanie wymaganej wytrzymałości i dopuszczalnym wydłużeniu w obu kierunkach.

U źródeł odrzucenia oferty Wykonawcy leżało więc niczym nieuprawnione przyjęcie przez Zamawiającego, iż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ oraz, że „taki błąd merytorycznej części oferty nie może być potraktowany jako oczywista omyłka, która mogłaby ulegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 PZP” [cyt. z uzasadnienia Zamawiającego, dotyczącego Jego rozstrzygnięcia odnośnie odrzucenia oferty Wykonawcy]. Z uzasadnienia tego można wywnioskować, że Zamawiający wcale nie oceniał przedmiotowej omyłki jako możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust.2 p. 3 PZP, do czego jest zobowiązany. To, że omyłka nie może zostać uznana za oczywistą, nie oznacza, że nie może zostać poprawiona w innym trybie.

Treść uzasadnienia decyzji Zamawiającego wskazuje, że pominął on ocenę omyłki w aspekcie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 oraz błędnie interpretuje on także treść art. 89 ust. 1 pkt. 2) Ustawy.

Mianowicie, gdy chodzi o powołanie się przez Zamawiającego na niezgodność treści oferty Odwołującego wobec treści SIWZ jako podstawę odrzucenia jego oferty wobec uchybienia w kosztorysie ofertowym Odwołującego, to Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że omyłka nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 p. 3, czyli nie wykazał, że jest istotna.

Co więcej, z uwagi na zawarte na wstępie przepisu art. 87 ust. 2 Ustawy sformułowanie „Zamawiający poprawia w ofercie”, rodzące obowiązek Zamawiającego stosowania tego przepisu w sytuacjach w nim określonych, jest oczywistym, że tylko wykazanie przez Zamawiającego wystąpienia takich omyłek, które nie są objęte dyspozycją tego przepisu, pozwala mu go nie stosować. Zgodnie natomiast z art. 6 K.c. w zw. z art. 14 Ustawy, ciężar udowodnienia powyższego faktu spoczywa w takiej sytuacji na Zamawiającym. „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 p. 2 p.z.p. jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom. To na Zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny w postaci odrzucenia oferty, spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, zgodnie z art. 190 ust. 1 p.z.p.” (wyrok KIO z 22.11.2011 sygn. KIO 2428/11)

Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, której obowiązkiem jest zapewnienie wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny, celowy, zgodnie z zasadą uzyskania najlepszych efektów z poniesionych nakładów. Należy uznać, że literalnie określone uprawnienie wynikające z treści art. 87 ust. 1 ustawy, staje się powinnością Zamawiającego, bowiem winien on dążyć w oparciu o dostępne mu instrumenty prawa do wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeden z dostępnych instrumentów prawnych został sformułowany właśnie w przepisie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt. 3 Ustawy. O tej powinności traktuje choćby wyrok KIO z 3.04.2012 Sygn. akt: KIO 556/12 stanowiący iż: „[...] celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z siwz. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował, iż wykona całość przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem kosztorysowym ustalonym na podstawie kosztorysu ofertowego, wykonanego wg przedmiaru robót załączonego do siwz (pkt 1 formularza ofertowego). [...] Trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści siwz. Innymi słowy zdaniem Izby zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie z siwz, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli (oferty) nieodpowiadającego siwz, nie wyraził zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11).”

Oferta Wykonawcy była najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu, ponieważ w świetle kryteriów oceny – posiadała najniższą cenę. Zamawiający widząc nieaktualny opis pozycji umieszczony na skutek nieuwzględnienia wprowadzonej przez Zamawiającego zmiany kosztorysu, mógł z łatwością zauważyć, że jest to omyłka polegająca na pozostawieniu „starego” opisu przez Wykonawcę.

Co wymaga podkreślenia: błędnie nieaktualniona w opisie pozycja kosztorysu Wykonawcy wyliczona została na kwotę ok. 16 tys. PLN w stosunku do ceny całej oferty – blisko 1 mln. PLN, więc biorąc już pod uwagę reguły zdrowego rozsądku i doświadczenia życiowego, nie sposób przyjąć, że omyłka ta ma istotny wpływ na treść oferty.

Z uwagi na to, Zamawiający winien zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty do Wykonawcy w tym zakresie, czego jednak bezpodstawnie nie uczynił. Takie działanie jest niedopuszczalne, co potwierdza wyrok z dnia 7 lipca 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO/UZP 782/09), gdzie

postawiono tezę, że „Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza, że przepis art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze P.z.p. dozwala Zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień.”

W związku z powyższym oczywistym jest, że Zamawiający nie zachował należytej staranności przy ustalaniu okoliczności faktycznych i prawnych, stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Niezależnie od wyżej powołanych argumentów, trzeba zaznaczyć także, że poprawienie jednej omyłki dotyczącej nazwy pozycji kosztorysowej nie wymagałoby znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego w treść oferty Odwołującego, ani też nie dotyczyłoby jej istotnych postanowień.

Przytoczone w niniejszym odwołaniu argumenty Odwołującego są też dowodem na to, że Wykonawca słusznie zarzucił Zamawiającemu, naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy. Gdyby bowiem Zamawiający nie zaniechał czynności zażądania od Odwołującego stosownych wyjaśnień odnośnie treści złożonej przez niego oferty, to wówczas miałby możliwość poprawienia oferty Odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3), skutkiem czego nie doszłoby do jej bezpodstawnego odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2) Ustawy.

Na zasadność powyższych twierdzeń Wykonawcy wskazuje zarówno istniejące już w tym zakresie orzecznictwo KIO, jak również uzasadnienie do nowelizacji ustawy z dn. 04.09.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058).

I tak w uzasadnieniu do w/w nowelizacji przyjmuje się, iż: „(...) Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu [...]. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. (...) Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami. (...)”.

Z kolei w wyroku KIO z dn. 26.11.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1277/08, stwierdzono, iż: «(...) Z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający ma obowiązek poprawienia wszelkich innych omyłek, powodujących niezgodność oferty z SIWZ, innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe, których poprawa nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty. (...) Jak słusznie wskazano w publikacji pod red. J. Sadowego „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008r.” - „Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.” („Prawo

zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008r.”, red. J. Sadowy, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008). (...) W celu oceny kwestii, czy dana omyłka ma charakter istotny – należy zważyć przede wszystkim, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty, **tzn. ile wyniesie wartość zmiany, jak również, ile pozycji będzie musiało ulec poprawie**. W konsekwencji, należy stwierdzić, że charakter omyłki powinien być oceniany na tle danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach danej oferty. Zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłek, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, wobec czego powinien badać konsekwencje poprawienia danej oferty w postępowaniu i uzasadniać, że zmiany w ofercie miałyby charakter istotny, bądź nie. (...) Znowelizowana ustawa Prawo zamówień publicznych nałożyła na zamawiającego obowiązek poprawiania omyłek, polegających na nie zgodności oferty z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. (...) Obowiązek poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest uzależniony od rodzaju określenia ceny w danym postępowaniu, ani od sposobu jej obliczenia. (...)».

Z kolei w wyroku z dnia 23.01.2009 (sygn. Akt KIO/UZP 21/09, 38/09, 41/09) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „[...] **Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż błąd w opisie pozycji kosztorysowej dyskwalifikuje ofertę. W żaden sposób nie można też mówić, w tych okolicznościach o ofercie wariantowej. Prawdą jest, że Zamawiający w piśmie z dnia 26.11.2008, udzielając odpowiedzi na pytanie 14, wskazał, że dla wyceny robót budowlanych (poz. 6,7, 8) należy przyjąć beton klasy B-30. Odwołujący się we wskazanych opisach pozycji kosztorysowych nie uwzględnił przedmiotowej okoliczności, jednakże błąd ten mieści się w kategorii omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wymaga zatem poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 p. 3 ustawy Pzp**”.

Wreszcie w wyroku z dn. 24.08.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1034/09, KIO wypowiedziała się co do omyłek w nazewnictwie pozycji kosztorysowych i stwierdziła w tym zakresie, co następuje: „(...) uwzględniając prawidłową ilość jednostek wycenioną w spornej pozycji Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia ze strony wykonawcy wymaga co faktycznie zostało wycenione w przedmiotowej pozycji i w zależności od treści uzyskanych przez Zamawiającego wyjaśnień konieczne będzie podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią Specyfikacji bądź o poprawieniu zaistniałej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. (...)”.

W świetle powyższego należy zatem obiektywnie stwierdzić, że przedmiotowa omyłka w ofercie Odwołującego stanowi wprawdzie o jej niezgodności ze SIWZ, jednakże w oczywisty sposób nie powoduje istotnych zmian w treści tejże oferty.

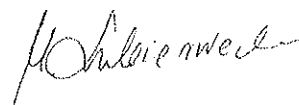
Tym samym więc Zamawiający, po uprzednim uzyskaniu wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy, czego bezzasadnie, a więc z naruszeniem tego przepisu zaniechał, powinien był potraktować w/w omyłkę jako inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3) Ustawy. W rezultacie miał więc obowiązek poprawić ją zgodnie z tym przepisem, czego jednak nie uczynił. Idąc dalej, Zamawiający odrzucił z powodu w/w omyłki ofertę Odwołującego, a to z kolei jako działanie bezpodstawne stanowiło naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2) Ustawy. Wybrał natomiast jako najkorzystniejszą ofertę innego wykonawcy, ale w ten z kolei sposób uchybił przepisowi art. 91 ust. 1 Ustawy. Skoro bowiem oferta Wykonawcy nie kwalifikuje się do odrzucenia, jak o tym wyżej mowa, i zawiera cenę niższą niż oferta wybrana, to bezsprzecznie jest ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia kryteriów

wyboru ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym, gdzie kryterium tym jest wyłącznie cena (100%).

Reasumując, oczywistym jest, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy, gdyż treść tejże oferty odpowiada treści SIWZ, a ewentualna omyłka w tej ofercie powinna zostać uprzednio wyjaśniona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy, a następnie zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3) Ustawy.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest więc w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Pełnomocnik Skanska S.A.



Załączniki:

- pełnomocnictwo
- odpis KRS Odwołującego
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- dowód uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa
- dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu

Warszawa, dnia 8 maja 2012 roku

PEŁNOMOCNICTWO

Działając w imieniu i na rzecz SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, wpisanej do rejestru przedsiębiorców przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy KRS pod Nr 0000033102, kapitał zakładowy opłacony w całości w wysokości 203 937 500,00 PLN, udzielamy niniejszym pracownikowi Spółki :

Pani Martynie Lubienieckiej-Kiljańskiej

legitymującej się dowodem osobistym nr AUW 643353

pełnomocnictwa do reprezentowania Spółki w postępowaniach przed sądami powszechnymi, sądami administracyjnymi, do reprezentowania Spółki przed organami administracji państwowej i samorządowej oraz organami egzekucyjnymi we wszystkich sprawach, w których Spółka jest stroną, a także do składania odwołań oraz przystępowania do postępowań odwoławczych w trybie ustawy „Prawo zamówień publicznych” składania informacji w rozumieniu art. 181 ust. 1 cyt ustawy, zgłaszania opozycji, wnoszenia sprzeciwów oraz do reprezentowania Spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą, na posiedzeniu i rozprawie w wyniku wniesienia przez Spółkę odwołania lub przystąpienia do postępowania odwoławczego.

SKANSKA S.A.

CZŁONIEK ZARZĄDU:

Martyna Lubieniecka-Kiljańska

PROKURENT

Jolanta Mitrega
Jolanta Mitrega

