

Sygn. akt: KIO 1213/15

WYROK

z dnia 19 czerwca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2015 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2015 roku przez wykonawcę **Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDOM Inżynieria y Consultoria S.A. (Lider), IDOM Inżynieria Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Bilbao w Hiszpanii** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części A i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tej części, w tym zastosowanie do oferty Odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie poprawy w załączniku A do formularza ofertowego dla części A w zakresie wyceny etapów Va, Vb oraz VIIb przez przeliczenie ceny netto oferty przez odpowiednie wartości procentowe określone w punkcie 6.2 OPZ dla tych etapów;**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, i**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania**

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **PKP Egis Polska Inżynieria Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 8 czerwca 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Egis Polska Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektów: - „Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo - Olsztyn”;- „Prace na linii kolejowej nr 219 na odcinku Szczytno” prowadzi Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu: zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej] w dniu 21/02/2015r., numer ogłoszenia: 2015/S 037-063290.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na:

- zaniechaniu poprawienia przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp lub w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w zakresie części A,
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w niniejszym postępowaniu w części A przez Konsorcjum firm: Idom Ingenieria Y Consultoria S.A. z siedzibą w Bilbao, Idom Inżynieria Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez błędne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w zakresie w jakim Odwołujący przyjął sprzeczny z pkt 6.2 OPZ podział procentowy ceny ofertowej i niemożliwe jest poprawienie tej omyłki, podczas gdy omyłka ta winna była zostać poprawiona przez Zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa, ewentualnie jako tzw. inna omyłka, której poprawienie nie powodowało istotnych zmian w treści oferty;
- art. 7 Pzp poprzez zaniechanie zastosowania przez Zamawiającego procedury poprawienia omyłki zawartej w treści oferty Odwołującego i wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o przedstawione zarzuty wnoszono o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- w zakresie części A,

- nakazanie Zamawiającemu poprawienia oferty Odwołującego, w sposób wskazany w odwołaniu,
- nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania oferty oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia - w zakresie części A - chociaż Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób w pełni prawidłowy, ponadto odpowiadającą rzeczywistym potrzebom przedmiotu zamówienia, która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” w znaczeniu określonym przez Pzp i Zamawiającego w SIWZ spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pismem doręczonym Odwołującemu drogą mailową w dniu 29.05.2015r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazywał, że zgodnie z pkt 13.2 SIWZ wymagał, aby w Załączniku A do Formularza Ofertowego Wykonawca dokonał rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie z pkt 6.2 OPZ.

Zamawiającego określił tam m.in., że podział procentowy dla etapów Va, Vb, oraz VIIb powinien przedstawiać się następująco:

- 1) Va - Analiza środowiskowa - 7%,
- 2) Vb - Inwentaryzacja przyrodnicza -13%,
- 3) VIIb - Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko sporządzony na potrzeby uzyskania decyzji środowiskowej - 5%.

Wykonawca w załączniku do formularza przyjął inne wartości procentowe dla etapów Va, Vb, oraz VIIb:

- 1) Va - Analiza środowiskowa -10%,
- 2) Vb - Inwentaryzacja przyrodnicza -14%,
- 3) VIIb - Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko sporządzony na potrzeby uzyskania decyzji środowiskowej -1%.

W ocenie Zamawiającego określenie przez Wykonawcę podziału procentowego dla etapów Va, Vb, oraz VIIb w sposób odmienny, aniżeli ustalił to Zamawiający w SIWZ (pkt 6.2 OPZ) „skutkuje tym, że treść oferty w przedmiotowym zagadnieniu nie odpowiada treści SIWZ, a rozbieżności tych, wobec świadomego działania Wykonawcy, nie można traktować jako oczywistej omyłki rachunkowej w świetle art. 67 ust 2 pkt 2 UPZP”.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie można się zdaniem Odwołującego zgodzić.

Zamawiający w postępowaniu w pkt 13.2 określił, że sposób przedstawienia w ofercie ceny oferty określony jest w Formularzu Ofertowym oraz w Załączniku A do Formularza Ofertowego. W Załączniku A do Formularza Ofertowego należy dokonać rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie z pkt 6.2 OPZ.

W pkt 6.2 OPZ Zamawiający nałożył na Wykonawców obowiązek rozbicia ceny oferty na ściśle określonym procentowo poziomie dla poszczególnych etapów (w tym dla etapów Va, Vb, oraz VIIb odpowiednio na poziomie 7%, 13%, 5%, w sumie 25%).

W świetle powyższego bez względu na to, jaką cenę całkowitą oferty zaproponował Wykonawca struktura jej rozbicia dla poszczególnych etapów była determinowana przez zapis pkt. 6.2. OPZ. Wykonawcy nie dysponowali zatem jakąkolwiek swobodą w kształtowaniu struktury ceny oferty w odniesieniu do poszczególnych etapów. Struktura ta została narzucona przez Zamawiającego.

W formularzu ofertowym Odwołujący dla etapów Va, Vb, oraz VIIb dokonał rozbicia procentowego ceny w sposób odbiegający od tego, który został określony przez Zamawiającego. Niemniej jednak fakt ten nie mógł stanowić podstawy dla odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający był zobowiązany do poprawienia sposobu rozbicia procentowego ceny w sposób określony w pkt 6.2 OPZ.

Stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Jak wskazuje się w orzecznictwie i literaturze przedmiotu *„oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność”* (zob. Interpretacja dostępna na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: <http://uzp.oov.pl/cmsws/page/7D:2916>).

Jak wynika z powyższego, kwestia, czy w danym przypadku mamy do czynienia ze „świadomym działaniem Wykonawcy” nie ma znaczenia dla przyjęcia, że Zamawiający powinien dokonać poprawy oczywistej omyłki rachunkowej zawartej w ofercie wykonawcy.

Uprzedzając ewentualne argumenty Zamawiającego wskazać należy, że ustawodawca nie definiuje, co należy rozumieć pod pojęciem „omyłki”. Sposób interpretacji tego pojęcia powinien opierać się zatem na potocznym sposobie jego rozumienia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego, pod terminem omyłka należy rozumieć: spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie. Istotą omyłki jest powstanie stanu, w którym istnieje rozbieżność pomiędzy istniejącym stanem rzeczy, a zakładanym (postulowanym). Do powstania omyłki może dojść w wyniku błędu w obliczeniach (omyłka rachunkowa), pominięciu wyrażenia lub zwrotu (omyłka pisarska), czy błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia, sposobu rozumienia instrukcji Zamawiającego i wyrażenia tego w ofercie (inna omyłka). Każdą z tych omyłek - co do zasady - jest wynikiem pewnego działania lub zaniechania wykonawcy, a więc stanowi przejaw jego działania, tyle, że błędnego w tym znaczeniu, że w jego konsekwencji, czy to za sprawą błędu w obliczeniach, czy omyłkowego nieuwzględnienia pewnych wymagań zawartych w SIWZ dochodzi do powstania rozbieżności pomiędzy istniejącym stanem rzeczy, a przez niego zakładanym. Istotą omyłki nie jest zatem to, czy wykonawca działał świadomie, każde bowiem działanie lub zaniechanie stanowi akt świadomości, bez której to nie doszłoby w ogóle do działania lub zaniechania, ale to, czy istnieje rozbieżność pomiędzy osiągniętym przez niego efektem, a zakładanym. Samo zatem przypisanie wykonawcy tego, że poszczególne jego działania stanowiły akty świadome, nie wyklucza możliwości przypisania im omyłki. Wręcz przeciwnie, istotą omyłki jest to, że do jej stwierdzenia dochodzi *post factum*, po dokonaniu błędu pisarskiego, rachunkowego, czy innego błędu. Istotą omyłki jest zatem to, że wykonawca nie zdaje sobie sprawy o jej istnieniu do chwili jej ujawnienia. Dlatego też dla stwierdzenia, że dane działanie nie jest wynikiem omyłki nie jest wystarczające wskazanie, że było ono aktem świadomym, bez tej bowiem cechy nie można byłoby w ogóle przypisywać danemu działaniu charakteru aktu woli wykonawcy, co jest nieodłącznym elementem oferty, ale to czy, treść w niej wyrażona stanowi akt woli, który miał zostać wyrażony przez Wykonawcę, a w wyniku omyłki nie został on wyrażony. Nie można zatem z góry zakładać, jak to czyni Zamawiający, że rozbieżności pomiędzy SIWZ a ofertą Wykonawcy nie można było poprawić z uwagi na to, że znajdują się tam treści niezgodne z SIWZ, bo do tego sprowadza się twierdzenie Zamawiającego, o tym, że rozbieżności powstały w wyniku świadomego działania Wykonawcy. Jak wykazano wyżej sam fakt świadomego działania nie pozwala na identyfikację tego, czy doszło do omyłki, ale jedynie do tego, czy w ogóle dany wykonawca

złożył ofertę. Dlatego też Zamawiający obok stwierdzenia, że oferta stanowi akt świadomości wykonawcy, powinien zweryfikować, czy wyrażone w niej treści są zgodne aktem woli, który miał zostać wyrażony przez Wykonawcę, a w wyniku omyłki nie został on wyrażony. Nieracjonalnym w tym względzie jest zakładanie, że wykonawca chciał w swojej ofercie złożyć akt woli, który byłby niezgodny z treścią SIWZ, powodując tym samym jej odrzucenie. Składanie takiej oferty nie miałyby sensu. Dlatego należy zakładać, że intencją Wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego (por wyrok z dnia 24 lipca 2014r. sygn. akt KIO 1419/14, KIO 1420/14, KIO 1426/14), a jedynie w wyniku omyłki treści w ofercie nie są zgodne aktem woli, który miały zgodnie z zamiarem Wykonawcy w niej wyrażone. Jest to szczególnie widoczne w niniejszym postępowaniu, gdzie Zamawiający dla wszystkich etapów określił procentowe poziomy rozbięcia ceny ofertowej (pkt 6.2 OPZ). Każdy racjonalnie działający wykonawca - pod warunkiem, że nie popełniłby omyłki - chcąc sprostać wymaganiom Zamawiającego dokonałby rozbięcia ceny ofertowej w sposób określony przez Zamawiającego (pkt 6.2 OPZ). Inny sposób myślenia musiałby zakładać, że Wykonawca składał ofertę, która niejako automatycznie podlegałaby odrzuceniu.

Na tej zasadzie, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien być poprawić omyłkę zawartą w treści jego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje także, że ustawodawca nakazał Zamawiającym poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.08.2010r., sygn. akt KIO 1724/10).

Powyższy sposób poprawienia omyłki jest zgodny z ugruntowaną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dla przykładu wyrok z dnia 26.08.2010r., sygn. akt KIO 1724/10, wyrok z dnia 21 września 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1946/11. W stanie faktycznym sprawy, Izba ustaliła, że *„Na etapie złożenia ofert, zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu metodą uproszczoną stosownie do postanowień § 2 ust 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), jako sumy iloczynów jednostek przedmiarowych robót i ich cen*

jednostkowych, zawierających wszystkie czynniki cenotwórcze z uwzględnieniem określonych nakładów rzeczowych na jednostkę obmiarową. Z uwagi na powyższe, zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał od wykonawców sporządzenia kosztorysu ofertowego ściśle według stanowiącego załącznik do SIWZ kompletu przedmiarów robót." (...) „Odwołujący nie przedstawił w ofercie kosztorysu branży - Zabezpieczenia ekologiczne, obejmującej ekrany akustyczne wraz z fundamentami, konstrukcją stalową słupów nośnych i ram nośno- montażowych. Natomiast bezspornie ujął koszt tych robót w cenie całkowitej oferty, zgodnie z kwotą wynikającą z ceny tego elementu, podaną w obydwu Tabelach wartości elementów scalonych w pozycji zbiorczej nr 14:”

W świetle powyżej opisanego stanu faktycznego Izba uznała, że: „Bezspornym faktem jest, że ustawa Pzp w art. 87 ust. 2 pkt 3 pozwala i nakazuje jednocześnie poprawienie omyłek innych niż rachunkowe i pisarskie, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednak wyłącznie niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Prawdą jest również, podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że możliwość poprawy błędów w ofercie na podstawie wyżej wskazanej, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. Jeśli obowiązek poprawy wymaga samodzielnego działania zamawiającego, a do tego sprowadza się przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania przez wykonawcę.

Analizując stwierdzone powyżej nieprawidłowości - omyłki skutkiem przypadkowego pominięcia 8 podpozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego pod kątem możliwości ich poprawy w oparciu o art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba miała na względzie, iż zamawiający dysponował instrumentami umożliwiającymi samodzielne przeprowadzenie takiej czynności. Nakłady rzeczowe dla wymienionych 8 podpozycji kosztorysu ofertowego odwołującego w zakresie Zabezpieczeń ekologicznych były możliwe do przyjęcia wprost z opisów zawartych w odnośnych przywołanych w przedmiarze Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, ilość jednostek przedmiarowych została podana w przedmiarze. Natomiast ceny jednostkowe mogły zostać wyprowadzone ze zbiorczej ceny całkowitej netto dla danej części kosztorysu ofertowego (poz. 14), określonej jednolicie w obydwu Tabelach elementów scalonych, w kwocie 40 771 173,59 zł i mieszczącej się w przedziale cenowym ofert pozostałych wykonawców, za wymieniony zakres zamówienia. Najczęściej wykonawcy w kosztorysach ofertowych popełniają błędy tego rodzaju, iż pominięte zostają pozycje kosztów jednostkowych, wartość pozycji, a co za tym idzie nie znajdują one żadnego odzwierciedlenia w podsumowaniu ceny całkowitej oferty.

W niniejszym przypadku zachodzi odmienna sytuacja. bowiem cena oferty obejmuje kwotę 40 771 173. 59 zł z tytułu robót zabezpieczenia ekologicznego (ekranów akustycznych). Natomiast wymieniona kwota nie znalazła szczegółowego przyporządkowania do robót określonych w przedmiarze, które miał obejmować kosztorys ofertowy branży Zabezpieczenia ekologiczne.

W konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy, Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, iż jest możliwa korekta jego oferty, z wyprowadzeniem cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych pozycji z ceny całkowitej netto dla danej branży, Izba uznała jednocześnie za stosowne sposób tej korekty pozostawić w całości w gestii zamawiającego, aby wyeliminować jakikolwiek wpływ na ukształtowanie cen jednostkowych w sposób dogodny dla odwołującego po upływie terminu złożenia ofert, dający możliwość osiągnięcia korzyści na etapie obmiarów i rozliczeń. Odwołujący w treści protestu i odwołania sugerował wprowadzenie metody konwalidacji jego oferty, jednakże nie wykluczył możliwości poprawy kosztorysu według uznania zamawiającego, bez zasięgania jakichkolwiek wyjaśnień wykonawcy. Odwołujący zaś może jedynie odmówić swej zgody na dokonaną poprawę, do czego upoważnia go art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp - z konsekwencją odrzucenia oferty". (tak wyrok KIO z dnia 21 września 2011r., sygn. akt KIO/UZP 1946/11).

Powyższe stanowisko potwierdza tezę, iż nawet tak daleko idąca omyłka Wykonawcy, jak ta polegająca na braku dołączenia przez niego do oferty kosztorysu, jest możliwa do poprawienia w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego, skoro w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwe jest uzupełnienie oferty o ceny jednostkowe na podstawie ceny całkowitej, to tym bardziej, możliwe jest poprawienie jej, gdy ceny te zostały z oczywistych względów — jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - błędnie podane. Zamawiający zaś dysponuje danym do dokonania poprawy rozbicia ceny ofertowej (pkt 6.2 OPZ) dla etapów Va, Vb, oraz VIIb , w związku z czym samodzielnie będzie mógł dokonać wypełnienia cen dla tych pozycji. W tym względzie należy dodać, że zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pojęcie "innej omyłki" nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażań czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z SIWZ. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.05.2011r., sygn. akt KIO 1066/11).

W świetle powyższego, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum w składzie **IDOM Inżynieria y Consultoria S.A. (Lider), IDOM Inżynieria Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Bilbao w Hiszpanii**. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości przedstawiając szczegółową argumentację merytoryczną.

Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo przedstawił w odwołaniu stan faktyczny, w tym prawidłowo przytoczono brzmienie zapisów SIWZ mających znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, ustalonych kryteriów oceny ofert oraz sposobu obliczenia ceny i wypełnienia formularza ofertowego, a także zapisy opisu przedmiotu zamówienia, które stanowiły wymagania dla wykonawcy zainteresowanego postępowaniem.

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne

omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższe brzmienie przepisu zostało nadane ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008 roku.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. 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 ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami (...)*”.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, za oczywistą omyłkę, w tym omyłkę rachunkową, uznaje się taką, która ma charakter przypadkowy, niezamierzony, jej poprawienie nie wymaga głębszej analizy. Omyłka taka nie zmienia treści oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą, ma raczej jedynie za zadanie doprowadzić do formalnej zgodności treści oświadczenia do jego prawidłowego brzmienia. Oczywistą omyłkę Zamawiający jest w stanie poprawić samodzielnie, bez uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień ze strony wykonawcy.

Izba uznała, że w ofercie Odwołującego nie mamy do czynienia z omyłką o charakterze rachunkowym. Błąd znajdujący się w złożonej ofercie nie wynikał z nieprawidłowego działania matematycznego na liczbach, był wynikiem przyjęcia błędnego założenia do przeprowadzenia działań matematycznych. Dlatego też uznano, że poprawienie oferty przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe.

Bezspornym było między Stronami to, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, w zakresie postanowienia Rozdziału 13.2 SIWZ w związku z pkt 6.2. OPZ. Należało więc rozważyć, czy poprawienie oferty jest możliwe przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sam fakt, że poprawa dotyczyła składowych ceny, a więc *essentialia negotii* przyszłej umowy nie przemawiał za brakiem dopuszczalności poprawy omyłki. Przypomnienia wymaga, że Sąd Najwyższy w uchwałach z 20.10.2011 r. wydanych w sprawach o sygn. akt III CZP 53/11 i III CZP 54/11 wyraził pogląd, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą być poprawiane niezgodności oferty z SIWZ w obszarze ceny ofertowej.

Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści SIWZ; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

A zatem w ocenie Izby nie było podstaw do przyjęcia założenia, że Odwołujący celowo założył odmienne progi procentowe w przypadku etapów Va, Vb i VIIIb za realizację podstawowych części przedmiotu zamówienia narażając się na odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Element świadomego działania wykonawcy nie został ani przez Zamawiającego, ani przez Przystępującego wykazany. Nawet jeżeli wycena należnego wykonawcy wynagrodzenia miała mieć w postępowaniu charakter ryczałtowy, to nie można z góry założyć, że wykonawca działał z zamiarem zawyżenia wynagrodzenia za część podstawową zamówienia i chcąc w ten sposób uzyskać większe wynagrodzenie, przyjął do wyliczenia ceny za poszczególne etapy błędne wartości procentowe. Ponadto, gdyby

przyjąć, że jest to założenie prawdziwe i w takich przypadkach wykonawca zawsze działa w świadomym zamiarze, to nie istniałaby możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy przy tym podkreślić, iż poprawienie oferty Odwołującego nie prowadzi do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia Wykonawcy wyrażonego w ofercie.

Oceniając zaś w aspekcie faktycznym i prawnym skutek dokonanej poprawki Izba nie dopatrzyła się istotności zmiany w treści oferty Odwołującego. Izba oceniła zakres zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy, a także jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. Ustalono, że nie wystąpi żadna różnica w cenie oferty Odwołującego po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności a więc sama poprawa nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia treści tej oferty. Dostrzeżenia wymagał również fakt, że w wyniku poprawy omyłki nie zmienił się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu. Nie zmienił się także w żaden sposób przedmiot świadczenia. Wysokość należnego wykonawcy w poszczególnych etapach wynagrodzenia zostanie w odpowiedni sposób zweryfikowana i skorygowana, przez przyjęcie zamierzonych założeń procentowych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. W ten sposób treść oferty wykonawcy w warstwie merytorycznej odpowiadała będzie w pełni treści zapisów SIWZ.

Odnosząc się zaś do samego sposobu poprawienia omyłki Izba stwierdziła, że Zamawiający, dostrzegając omyłkę jaką popełnił Odwołujący winien skorygować wartość pozycji wiersza za etap Va, etap Vb oraz etap VIIIb formularza ofertowego w ten sposób, cenę oferty netto winien przemnożyć przez właściwe progi procentowe określone w punkcie 6.2.OPZ i wpisać prawidłowe wartości liczbowe w odpowiednie wiersze tabeli. Suma wartości z tabeli po dokonaniu korekty i zliczeniu wszystkich pozycji odpowiadać będzie cenie całkowitej netto ujętej w punkcie 4 formularza ofertowego i wynosić będzie 1 427 807,47 zł. Nadwyżka kwot za etapy Va i Vb przeniesiona zostanie do etapu VIIIb. Tym samym wykonawca uzyska niższe wynagrodzenie za realizację prac w etapie Va i Vb, które to etapy należą do części zamówienia gwarantowanej do wykonania przez Zamawiającego. Nie można było również zgodzić się z tezą zaprezentowaną przez Przystępującego, że istniały co najmniej dwie możliwości poprawienia omyłki. Wbrew twierdzeniom Przystępującego, sposób ustalenia ceny był bardzo jednoznacznie określony. Podział zamówienia na część obligatoryjną do wykonania i część opcjonalną, z wykonania której Zamawiający może zrezygnować ma tu znaczenie drugorzędne. Zamawiający jednoznacznie określił, że cenę należy wyliczyć jako sumę za poszczególne etapy przy przyjęciu odpowiednich wartości procentowych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Z tego względu uwzględniono zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie tego przepisu, a także zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty tego wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Konsekwencją uwzględnienia powyższego zarzutu było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: