

Sygn. akt: KIO 650/12

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Synkret S.A. i Sack Invent Poland Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 136 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zabrze oraz Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Wolności 286, 41-800 Zabrze**

przy udziale **Energopol – Południe S.A., ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Synkret S.A. i Sack Invent Poland Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 136 02-305 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Synkret S.A. i Sack Invent Poland Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 136 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Synkret S.A. i Sack Invent Poland Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Al. Jerozolimskie 136 02-305 Warszawa na rzecz Miasta Zabrze oraz Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Wolności 286, 41-800 Zabrze kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Zabrze oraz Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., (dalej: „Zamawiający”) prowadzą, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Kontrakt 1 pn.: „Poprawa gospodarki ściekowej w dzielnicy Pawłów” w ramach realizacji Projektu pn.: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze. Etap II””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 15 lipca 2011 r. pod nr 2011/S 134-222594.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Synkret S.A. i Sack Invent Poland Sp. z o.o., z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 kwietnia 2012 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o dokonaniu której czynności Zamawiający przesłał Odwołującemu informację faksem w dniu 23 marca 2012 r.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2012 r. wykonawca Energopol Południe S.A. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Przystępujący”) w dniu 6 kwietnia 2012 r. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Postanowieniem Izby z dnia 5 kwietnia 2012 r. sprawa odwołania została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron. Izba rozpoznała wniesione odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2012 r.

Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania w przedmiotowej sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w treści odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwe uznanie, iż zawarte w ofercie Przystępującego błędy w obliczeniu ceny stanowią oczywistą omyłkę

rachunkową, a tym samym nieuprawnione skorygowanie zawartych w tej ofercie błędów w obliczeniu ceny;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jako że zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 3) art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, jako że oferta podlega odrzuceniu;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i innych przepisów ustawy Pzp w wyniku czego Zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę Przystępującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w Przedmiarze Ofertowym PR.0, stanowiącym element oferty Przystępującego
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego;
- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania wywołanego wniesionym odwołaniem.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu otwarcia ofert najniższą cenę zawierała oferta Odwołującego, tj. 48 830 655,60 PLN brutto, zaś cena ofertowa Przystępującego wynosiła: 60 019 544,45 PLN brutto, tj. netto: 48 796 377,60 PLN. Powyższe sytuowało ofertę Przystępującego na ostatniej – czwartej pozycji rankingowej. Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej za taką ofertę uznał ofertę Przystępującego. W dokumentacji postępowania Odwołujący ustalił, że Zamawiający pismem z dnia 13 marca 2012 r. poinformował Przystępującego o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawek w Przedmiarze Ofertowym PR.0 znajdującym się na str. 7 oferty Przystępującego, zastępując wartość 12 115 880,00 zł wartością: 2 121 880,00 zł, traktując zauważoną nieprawidłowość za błąd sumowania i kwalifikując tym samym dokonaną czynność jako skorygowanie oczywistej omyłki rachunkowej. W wyniku powyższego oferta Przystępującego zmieniła się na wartość: 47 727 101,30 PLN brutto, tj. 38 802 521,38 PLN netto.

Odwołujący podkreślił, że modyfikacja ceny netto oferty Przystępującego o niemalże 10 000 000 zł dokonana przez Zamawiającego spowodowała, że oferta Przystępującego sklasyfikowana początkowo na ostatnim miejscu zawierająca najwyższą cenę spośród

złożonych ofert, stała się ofertą najtańszą, nieznaczenie niższą niż oferta Odwołującego. Odwołujący wskazał, że powyższa czynność została dokonana w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, w szczególności podkreślił, że Zamawiający dokonał niewłaściwej oceny błędu popełnionego przez Przystępującego przy obliczeniu ceny w Przedmiarze Ofertowym PR.0, kwalifikując go jako oczywistą omyłkę rachunkową.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Przedmiar Ofertowy PR.0 wykonawcy mieli obowiązek sporządzić według opracowanego i udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego formularza ofertowego mającego formę arkusza kalkulacyjnego, który składał się z kolejno wymienionych pozycji, w odniesieniu do których wykonawcy mieli podać ustalone przez siebie kwoty częściowe (za wyjątkiem poz. nr 16 posiadającej określoną przez Zamawiającego wartość stałą na kwotę: 6 000 zł), z których suma składała się na zawartą w przedmiarze wartość łączną poszczególnych pozycji. Według niego z formularza wynikało jednoznacznie, w jaki sposób należy go wypełnić i ustalić łączną wartość poszczególnych pozycji przedmiarowych. W związku z tym, że formularz posiadał wersję elektroniczną arkusza kalkulacyjnego możliwym było, przy zachowaniu należytej staranności, dokonanie automatycznego podsumowania wartości poszczególnych pozycji przedmiaru i ustalenie w ten sposób ich wartości łącznej. Podkreślił także, że Przedmiar Ofertowy PR.0 z uwagi na to, że przedmiot zamówienia stanowiły roboty budowlane stanowił także istotną treść oferty i tym samym zawartego w niej oświadczenia woli Przystępującego, był on bowiem źródłem informacji o wysokości zaoferowanej w nim ceny, a także cenach poszczególnych pozycji częściowych.

Według Odwołującego prawidłowa wartość - cena łączna w złożonym przez Przystępującego Przedmiarze Ofertowym PR.0 opiewać powinna na kwotę 2 121 880,00 zł, a nie jak podano w jego treści kwotę 12 115 880,00 zł. Tym samym w jego ocenie nieprawidłowości w ustaleniu ceny w Przedmiarze Ofertowym PR.0 polegały na:

- nie uwzględnieniu przy obliczaniu sumy wartości (cen) poszczególnych pozycji przedmiarowych stałej, określonej przez Zamawiającego wartości pozycji nr 16 w kwocie 6 000,00 zł, co w rezultacie skutkowało podaniem łącznej ceny o 6 000,00 zł mniejszej niż wynikałoby to z prawidłowego dodania wszystkich zawartych w Przedmiarze cen częściowych, tj. 2 115 880,00 zł zamiast 2 121 880 zł;
- powiększeniu uzyskanej z dodania poszczególnych pozycji przedmiarowych sumy o kwotę 10 000 000,00 zł w następstwie czego łączną cenę w Przedmiarze określono na kwotę 12 15 880,00 zł.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo KIO, wskazał też, co należy uznać za omyłkę rachunkową, tj. omyłkę, która polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie

poszczególnych pozycji podlegających działaniom arytmetycznym. Za taką omyłkę uznać należy jedynie niezamierzone działanie wykonawcy, jeśli zaś wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy nie można takiej niezgodności uznać za omyłkę. W jego ocenie podana przez Przystępującego w Przedmiarze Ofertowym PR.0 suma – cena łączna (12 115 880,00 zł) nie wynika z jakiegokolwiek działania arytmetycznego. Brak jest w Przedmiarze pozycji, której wartość przybliżona byłaby do kwoty 10 000 000 zł. Kwota ta także nie stanowiła składnika działań arytmetycznych przeprowadzonych przez wykonawcę według Odwołującego nie można dopisać jej do ujętej w Przedmiarze łącznej ceny i uznać za omyłkę rachunkową o oczywistym charakterze. Tym samym uznał, że jakkolwiek sposób sumowania wartości poszczególnych pozycji zawartych w Przedmiarze Ofertowym PR.0 nie może doprowadzić do uzyskania wyniku 12 115 880,00 zł. Odwołujący wskazał, że o takiej omyłce można byłoby mówić, gdyby sumowanie poszczególnych wartości tego Przedmiaru ograniczyło się do pominięcia w działaniu arytmetycznym jednej pozycji tego przedmiaru. Według Odwołującego dopisanie w treści Przedmiaru kwoty stanowiącej ponad 20% wartości całej ceny ofertowej nie ma charakteru wynikającego wyłącznie z błędnego dodania poszczególnych wartości szesnastu pozycji tego Przedmiaru, zaś podlegająca poprawie omyłka rachunkowa może dotyczyć tylko i wyłącznie takich składników oferty, które były przedmiotem działania arytmetycznego i mają charakter oczywisty.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że ustalenie wartości Przedmiaru Ofertowego PR.0 na kwotę 12 115 880,00 zł, która to kwota powtarza się w treści oferty i stanowi składnik łącznej ceny ofertowej, wynikało ze świadomego działania Przystępującego. Nie sposób w jego ocenie uznać, że błąd w ofercie Przystępującego sięgający wartości 20% wartości tej oferty w postępowaniu, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie mógłby być wykryty przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, że błąd w wycenie oferty Przystępującego mógłby być uznany za omyłkę rachunkową, to w jego ocenie nawet w takiej sytuacji Zamawiający nie byłby uprawniony do jej poprawienia. Podkreślił bowiem, że instytucja poprawiania oferty w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp została przewidziana przez ustawodawcę w celu korygowania drobnych błędów w ofertach wykonawców. W tym zakresie powołał się na uzasadnienie projektu nowelizacji ustawy Pzp z 2008 r. (druk sejmowy nr 471), w którym wyraźnie wskazano, iż ograniczenie obowiązku odrzucania ofert zawierających omyłki jest szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców często podlegają odrzuceniu z uwagi na drobne błędy w ich treści. Zwrócił więc uwagę na możliwość poprawienia wyłącznie drobnych wad w ofertach wykonawców w tym trybie. Tymczasem poprawienie oferty Przystępującego o prawie 10 000 000,00 zł co stanowi obniżenie jej wartości o ponad 20% w stosunku

do pierwotnej wartości, w jego ocenie, nie spełnia tego wymogu. Powołał się na orzecznictwo KIO co do kwestii istotności zmian treści oferty przy poprawianiu oferty. Zwrócił także uwagę na orzecznictwo sądów administracyjnych co do interpretacji pojęcia błędów i omyłek rachunkowych w kontekście istotności. Zwrócił także uwagę na to, że poprawianie omyłek rachunkowych nie przyznaje wykonawcy możliwości odmowy wyrażenia zgody na poprawienie tej oferty, co oznacza, że zamawiający nie ma prawa ani obowiązku zwrócić się do wykonawcy o wyrażenie zgody na dokonanie poprawki i wykonawca nie ma możliwości aby jednostronnym oświadczeniem woli uchylić się od skutków korekty dokonanej przez zamawiającego, nawet w sytuacji gdy nie akceptuje dokonanych poprawek. Podkreślił, że nie było zgodne z wolą Przystępującego obniżenie wartości jego oferty o ok. 20%. Tak daleko idąca poprawka w ofercie Przystępującego jest niedopuszczalna ponieważ zniekształca oświadczenie woli wykonawcy. Zwrócił także uwagę na stosowanie powszechnie przyjętej praktyki przygotowywania ofert, kiedy ofertę techniczną sporządzają kosztorysanci zaś końcowe zatwierdzenie ceny dokonywane jest przez osoby decyzyjne w ramach wewnętrznej struktury przedsiębiorstwa i dokonywane jest to w odniesieniu do ceny całkowitej w ofercie. W ofercie Przystępującego zarówno w Formularzu Ofertowym i Tabeli Zbiorczej wskazano określoną wartość, która została zmieniona przez Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego stanowi zbyt daleko idącą modyfikację treści oświadczenia woli wykonawcy.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawarte w odwołaniu.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3 600 zł.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł następujące okoliczności.

Wskazał na bezzasadność zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie, iż zawarte w ofercie Przystępującego błędy w obliczeniu ceny stanowią oczywistą omyłkę. Podkreślił, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. ofert Przystępującego, nie mogła naruszyć przywołanego przepisu ustawy Pzp, gdyż czynność poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego została dokonana przed wyborem oferty najkorzystniejszej, zatem czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie była sprzeczna z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślił również, że żaden z wykonawców nie odwołał się w terminie od czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO.

Z ostrożności procesowej Zamawiający podniósł, że oferta zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp i postanowieniami SIWZ oferta powinna być złożona w formie pisemnej pod rygorem nieważności, tym samym argumentu Odwołującego o możliwości skorzystania przez wykonawców przy sporządzaniu oferty z elektronicznej wersji przedmiarów nie miały – w ocenie Zamawiającego - w tym zakresie żadnego znaczenia. Powołując się na orzecznictwo Izby Zamawiający podkreślił, że mechanizm poprawiania omyłek rachunkowych w ofertach nie przewiduje jakiegokolwiek uznaniowości – niezależnie od ilości stwierdzonych omyłek podlegają one obowiązkowemu poprawieniu. Zdaniem Zamawiającego w niniejszej sprawie zaistniały trzy przesłanki obligujące Zamawiającego do poprawiania oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego:

- 1) była to omyłka,
- 2) miała charakter rachunkowy, a nie pisarski, bądź inny,
- 3) miała charakter oczywisty, dający się poprawić tylko w jeden sposób.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że błąd w ofercie Przystępującego stanowił świadome działanie po stronie tego wykonawcy, Zamawiający podkreślił, że niedbalstwo zaliczane jest do winy nieumyślnej, a nie do winy umyślnej przejawiającej się w świadomym działaniu. Odniósł się do przywołanego w odwołaniu orzecznictwa KIO, wskazując, że nie ma ono zastosowania w niniejszej sprawie bowiem brak jest w tym przypadku jakichkolwiek przesłanek uprawniających do twierdzenia, że Przystępujący miał zamiar jakiegokolwiek świadomego korygowania zapisów Przedmiarów. Dodatkowo podkreślił, że Przystępujący w piśmie z dnia 13 marca 2012 r. zgodził się na poprawienie wszelkich omyłek stwierdzonych w jego ofercie przez Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie świadomego działania przy popełnieniu omyłki w ofercie Przystępującego.

Powołując się również na orzecznictwo KIO podkreślił, że omyłka stwierdzona w ofercie Przystępującego dotyczy operacji matematycznej dodawania, w której składnikami są ceny za poszczególne pozycje Przedmiaru Robót PR.0, a okoliczność ta nie jest kwestionowana także przez Odwołującego.

Zamawiający wskazał na oczywisty charakter popełnionej w ofercie Przystępującego omyłki rachunkowej bowiem bez najmniejszego problemu ani też konieczności składania jakichkolwiek wyjaśnień przez Przystępującego Zamawiający ustalił prawidłowy wynik działania matematycznego, polegającego na zsumowaniu pozycji nr 1-16 Przedmiaru Robót oferty Przystępującego. Powołał się tutaj na orzecznictwo KIO. Wskazał, że istnieje w tym przykładzie tylko jeden prawidłowy wynik zsumowania wskazanych pozycji Przedmiaru Robót PR.0 (2 121 880,00 zł) istnieje zatem tylko jeden prawidłowy wynik działania matematycznego.

Co do stanowiska Odwołującego odnoszącego się do uzasadniania projektu ustawy nowelizującej ustawę Pzp i możliwości poprawiania jedynie drobnych błędów w ofertach stwierdził, że źródłem prawa w Polsce są w szczególności ustawy oraz rozporządzenia nie zaś ich projekty, czy uzasadnienia tych projektów. Wskazał, że art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w przeciwieństwie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zawiera przesłanki nieistotności dokonanej zmiany w treści oferty. W przypadku bowiem poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej trudno mówić o dokonaniu zmiany istoty oświadczenia woli wykonawcy – składając ofertę wykonawca bowiem wyraził wolę uzyskania zamówienia wyceniając z osobna każdą pozycję Przedmiaru Robót. Fakt zaistnienia niezamierzonej pomyłki w sumie Przedmiaru Robót PR.0 skutkujący niezamierzonym podaniem błędnej sumy cen wszystkich Przedmiarów Robót świadczy o tym, że Zamawiający poprawiając oczywistą omyłkę rachunkową ujawnia rzeczywistą wolę wykonawcy odnośnie zaoferowania ceny nie zaś modyfikuje jej treści. Na marginesie zauważył, że nawet w stanie prawnym obowiązującym przed dniem wejścia w życie w 2008 r. nowelizacji przepisów Zamawiający obowiązany byłby także poprawić przedmiotową omyłkę rachunkową w oparciu o art. 88 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał także na bezzasadność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że metodologia obliczenia ceny przez Przystępującego była merytorycznie zgodna z SIWZ oraz innymi przepisami. W szczególności przyjęte działanie, tj. dodawanie pozycji od 1 do 16 Przedmiaru Robót PR.0 (a nie np. mnożenie) było właściwe, omyłka polegała jedynie na podaniu nieprawidłowego wyniku dodawania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, która to oferta powinna zostać odrzucona, Zamawiający wskazał, że oferta Przystępującego jako oferta z najniższą ceną uzyskała maksymalną ilość punktów, a co za tym idzie dokonany wybór był zgodny z postanowieniami SIWZ oraz nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący z swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego. Według Przystępującego żądania zawarte w odwołaniu są bezzasadne i sprzeczne z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego według niego Zamawiający dokonał poprawnych czynności poprawienia omyłek rachunkowych zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Według niego

omyłka rachunkowa w przedmiarze robót PR.0 jest ewidentna i bezdyskusyjna, gdyż Przystępujący dokonał wadliwego zsumowania pozycji od 1 do 16 i Zamawiający miał ustawowy obowiązek tę omyłkę skorygować. Stwierdził, że wywody Odwołującego są spekulacjami. Podkreślił także, że w tym względzie jest szeroko wypracowana linia orzecznicza.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w zgłoszeniu przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i poprawieniu w tej ofercie omyłki rachunkowej, co spowodowało zmianę pozycji rankingowej oferty Odwołującego. W ocenie Izby powyższe w sposób bezpośredni pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz naraziło go na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Wskazuje to na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ określił jako obowiązujące w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe (pkt 22.2 Części I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców). Wykonawcy, zgodnie z SIWZ, mieli obowiązek sporządzić kosztorysy w oparciu o udostępnione im w wersji elektronicznej przedmiary robót. Należało sporządzić przedmiary: Przedmiar PR.0, PR.01, PR.01-KN i PR.2 i załączyć je do oferty. Przedmiar PR.0 zawierał 16 pozycji, z których tylko jedna (poz. 16-Koszt prowadzenia nadzoru

i dokumentacji archeologicznej) została wyceniona przez samego Zamawiającego na kwotę 6 000 zł, pozostałe pozycje wykonawcy mieli obowiązek wycenić samodzielnie oraz dokonać zsumowania wszystkich pozycji tego przedmiaru. Zamawiający w pkt 23 Części I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców jako jedyne kryterium oceny ofert określił cenę. Zamawiający wymagał także sporządzenia i załączenia do oferty Tabelę Zbiorczą, gdzie należało dokonać zsumowania wszystkich wartości łącznych wymaganych Przedmiarów Robót z podaniem wartości brutto łącznie ceny ofertowej.

W postępowaniu złożono cztery oferty, w tym ofertę złożył Przystępujący z ceną łączną brutto: 60 019 544,45 zł, podaną na otwarciu ofert. Cena ta klasyfikowała ofertę Przystępującego na czwartej pozycji.

Zamawiający w toku czynności badania i oceny ofert pismem z dnia 13 marca 2012 r. dokonał poprawienia oferty Przystępującego, a w tym w zakresie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej co do zsumowania poszczególnych pozycji Przedmiaru Robót PR.0 poprzez zastąpienie kwoty: 12 115 880,00 zł (netto) kwotą 2 121 880,00 zł (netto). Zamawiający także uwzględnił konsekwencje tej poprawki i wprowadził korektę ceny ostatecznej oferty na kwotę: 38 802 521,38 zł (netto), tj. 47 727 101,30 zł (brutto). W ramach wskazanego pisma o poprawieniu przywołanej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawił także inne omyłki rachunkowe w ofercie Przystępującego oraz omyłki poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający także wezwał Przystępującego do wyrażenia zgody na poprawienie omyłek. Przystępujący w piśmie z dnia 13 marca 2012 r. zgodził się na dokonane w jego ofercie poprawki przez Zamawiającego. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób zasadny dokonał poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w ofercie Przystępującego oczywistej omyłki rachunkowej popełnionej w Przedmiarze PR.0 i tym samym w tym zakresie dokonał prawidłowego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Przepis ten wskazuje zatem na obowiązek, a nie prawo Zamawiającego do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach wykonawców składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołana regulacja nie pozostawia podmiotowi zamawiającemu żadnych wyborów, czy szczególnego rodzaju oceny zasadności, rozmiarów (ilości), konsekwencji poprawiania omyłek rachunkowych, jeśli tylko określona nieprawidłowość w ofercie wykonawcy nosi znamiona oczywistej omyłki rachunkowej.

Przepis ten nie pozwala też zamawiającemu – na co wskazywał Odwołujący – możliwości oceny istotności zmian w ofercie wprowadzanych w wyniku poprawienia omyłki rachunkowej. W przypadku bowiem stwierdzenia w ofercie omyłki rachunkowej i jej poprawienia nie można mówić o zmianie treści oświadczenia woli wykonawcy tylko o uczytelnieniu rzeczywistej woli wykonawcy. Czynność ta nie modyfikuje treści oferty, w przeciwieństwie do poprawek dokonywanych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdzie w zamierzeniu ustawodawcy leżało wprowadzenie zmian w treści oferty wykonawcy (w jego oświadczeniu woli) przez zamawiającego, o ile te nie prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp natomiast nie może być obwarowane koniecznością spełnienia dodatkowych przesłanek, w tym oceny istotności tych zmian, ponieważ takiego rygoru przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają. Z tych też względów choćby ustawodawca dla poprawienia omyłek rachunkowych nie przewidział konieczności wyrażania zgody przez wykonawcę na poprawienie tego rodzaju omyłki. Z punktu widzenia prawidłowości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ważne jest tylko stwierdzenie, że mamy do czynienia z oczywistym charakterem omyłki natury rachunkowej.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący w swojej ofercie w Przedmiarze Robót PR.0 dokonał wyceny poszczególnych szesnastu pozycji tego przedmiaru, zgodnie z wymogami SIWZ. Dokonane podliczenie tych wartości - suma poszczególnych pozycji przedmiaru wskazana przez Przystępującego nie daje jednak prawidłowego matematycznego wyniku sumowania tych wartości. Niewątpliwie zatem mamy w tym przypadku do czynienia z matematycznym błędem w sumowaniu poszczególnych wycenionych przez wykonawcę pozycji kosztorysu. Błąd ten, mający charakter oczywistej omyłki – niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwa się automatycznie, samodzielnie, poprzez analizę samej oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez wykonawcę, stanowi błąd rachunkowy, tj. oczywistą omyłkę rachunkową. Taką omyłkę zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający ma obowiązek poprawić.

Przepis ten wymaga także od zamawiającego takiego poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie, które uwzględniałyby również konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek. Niewątpliwie konsekwencją poprawienia omyłki rachunkowej w jednym z kosztorysów ofertowych jest poprawienie ostatecznej (łącznie) ceny ofertowej, która stanowi sumę cen z poszczególnych kosztorysów. Tym samym zatem w tym zakresie również było wymagane w omawianym stanie faktycznym dokonanie poprawienia łącznej ceny ofertowej i obniżenie jej do wartości, która stanowiła sumę prawidłowo wyliczonych wartości poszczególnych kosztorysów ofertowych z uwzględnieniem także doliczenia odpowiedniej wartości podatku od towarów i usług. Również w tym zakresie przepisy ustawy Pzp nie przewidują jakiegokolwiek obostrzenia tych poprawek w kontekście np. „istotności”,

a więc dopuszczalnego pułapu zmiany wartościowej oferty np. o 20% czy każdą inną wartość.

Uwzględniając literalne brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba nie mogła zgodzić się z Odwołującym, że poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy oceniać pod kątem tylko drobnych poprawek w ofercie wykonawców, a nie takich poprawek, które powodują zmniejszenie ceny ofertowej o ok. 20% wartości oferty, czy obniżenia wartości oferty o ok. 10 mln zł, czy też zmianę pozycji rankingowej oferty danego wykonawcy w wyniku poprawienia w niej określonych omyłek rachunkowych. Takich przesłanek oceny zasadności poprawki w ofercie wykonawcy przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie przewiduje. Tezy z uzasadnienia do projektu nowelizacji ustawy Pzp z 2008 r. przywoływane przez Odwołującego odnoszą się przede wszystkim do nowej instytucji wprowadzanej wówczas do regulacji ustawy Pzp, mianowicie poprawiania innych omyłek – poza wcześniej już przewidzianymi poprawkami omyłek pisarskich i rachunkowych - sprowadzających się do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W tym zakresie oczywistym jest konieczność oceny wprowadzanych zmian w treści oferty pod kątem ich istotności, na co wprost wskazuje art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp takiego wymogu nie wprowadza.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz - stosownie do w § 3 pkt 2 lit. b) przywołanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Przewodniczący: