

WYROK

z dnia 23 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Ewa Jankowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

EGIS POLAND Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz

EGIS ROUTE – Scetauroute S.A. Oddział w Polsce ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie

ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków

protestu z dnia 18 grudnia 2008 r.

przy udziale wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Menedżer**

Budownictwa inż. Józef Kołosowski Sp. jawna ul. Musioła 8, 43- 200

Pszczyna oraz Jerzy Bajer ul. Żelechowskiego 6/27 Kraków

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EGIS POLAND Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz EGIS ROUTE – Scetauroute S.A. Oddział w Polsce ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EGIS POLAND Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz EGIS ROUTE – Scetauroute S.A. Oddział w Polsce ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EGIS POLAND Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz EGIS ROUTE – Scetauroute S.A. Oddział w Polsce ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EGIS POLAND Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz EGIS ROUTE – Scetauroute S.A. Oddział w Polsce ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *pełnienie nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: Budowa drogi klasy GP, na odcinku od km*

0+735 do km 3+225 (według kilometraża lokalnego) oraz od km 327+938,90 do km 330+428,90 (według kilometraża DK nr 94 pomiędzy osiami węzłów) łączącej – poprzez tereny gminy Wielka Wieś – węzeł „Radzikowskiego” z projektowanym węzłem „Modlnica” wraz z budową III etapu węzła „Radzikowskiego” (znak post.: GDDKiA O/KR/R-2en/284/83/2008), którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 października 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 208 – 276371. Jak wynika z protokołu postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 7.542.496,00 zł, tj. 1.945.396,30 euro (w tym zamówienia uzupełniające 50%).

10 grudnia 2008 r. Odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego oraz o odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ średnia miesięczna cena w pozycji II.1. wynosi 5 zł i stanowi 0,005% średniej miesięcznej ceny podanej w pozycji I.2., a nie – jak powinna – 90%, zgodnie z punktem 10.6.3. rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Instrukcja dla wykonawców.

18 grudnia 2008 r. Odwołujący złożył protest na czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty złożonej przez Przystępującego zarzucając mu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Działanie Zamawiającego narusza interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku zarzucanej czynności Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, która powinna być uznana za najkorzystniejszą.

W związku z tym Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej skutkującego wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego zarzucając niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającą na wskazaniu średniej miesięcznej ceny w pozycji II.1. „Formularza cenowego” w wysokości 0,005% średniej miesięcznej ceny podanej w pozycji I.2., podczas gdy, zgodnie z postanowieniem punktu 10.6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena ta winna stanowić 90% średniej miesięcznej ceny ryczałtowej określonej w pozycji I.2. „Formularza cenowego”.

Art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w obecnie obowiązującym brzmieniu przewiduje poprawianie oferty przez zamawiającego nie tylko w zakresie oczywistych omyłek rachunkowych i pisarskich, ale także innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W obecnie obowiązującym stanie prawnym nie ma definicji legalnej określającej, co należy traktować jako „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”. Bez wątplenia przepis ten jest bardzo ocenny, co powoduje konieczność szczegółowego analizowania poszczególnych stanów faktycznych. W „Słowniku języka polskiego” wydanym przez PWN przymiotnik „istotny” zdefiniowano jako: „główny, podstawowy”, a także „duży, znaczny”. „Zmiana” z kolei to „fakt, że ktoś staje się inny lub coś staje się inne niż dotychczas”. Należy więc dojść do wniosku, że „istotna zmiana w treści oferty” to sytuacja, gdy oferta staje się inna niż dotychczas i to w dodatku w sposób znaczny albo, gdy ulega zmianie w kwestiach głównych, podstawowych. W konsekwencji na mocy wprowadzonego przepisu Zamawiający jest upoważniony do dokonywania zmian w ofercie, o ile nie doprowadzą do wypaczenia treści oferty złożonej przez wykonawcę.

Rozwiązanie proponowane w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało przyczynić się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszania liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań prowadząc do zniesienia obowiązku odrzucenia najkorzystniejszej oferty tylko dlatego, że nie można było poprawić w niej nieistotnych błędów. Szeroka uznaniowość pozostawiona Zamawiającemu co do oceny wagi popełnionej przez Odwołującego może prowadzić jedynie do rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Zgodnie z pkt. 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” cena oferty jest liczona przez wykonawcę w oparciu o „Formularz cenowy”, którego wzór załączono do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cena oferty winna obejmować koszt wykonywania usługi nadzoru w okresie podstawowym, tj. 38 miesięcy od daty rozpoczęcia usługi (w tym: 24 miesiące nadzoru nad robotami + 12 miesięcy nadzoru w okresie usuwania wad + 2 miesiące na rozliczenie kontraktu) oraz koszt pełnienia nadzoru w okresie ewentualnego wydłużenia okresu realizacji robót budowlanych (pkt 10.3.). Cenę oferty oblicza się więc sumując wartość brutto usługi w podstawowym okresie oraz wartość brutto usługi przy maksymalnym wydłużeniu okresu robót (maksymalnie na sześć miesięcy). Z punktu 10.6.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynikało zaś, że średnia miesięczna cena za okres wydłużenia robót winna stanowić 90% średniej miesięcznej ceny ryczałtowej przysługującej za sprawowanie nadzoru w okresie wykonywania robót.

W swojej ofercie Odwołujący zaoferował wynagrodzenie za okres podstawowy w łącznej kwocie 3.195.043,36 zł brutto, w tym z tytułu nadzoru w okresie prowadzenia robót 2.364.984,00 zł netto (tj. średnio 98.541,00 zł netto miesięcznie). Za realizację usługi w przedłużonym okresie robót Odwołujący zaproponował średnią miesięczną cenę 5,00 zł, co za maksymalnie sześciomiesięczny okres przedłużenia robót dało kwotę 36,60 zł brutto. Średnia miesięczna wartość nadzoru w przedłużonym okresie robót wyniosła więc 0,005% średniej miesięcznej ceny ryczałtowej nadzoru w podstawowym okresie robót. Łączna cena ofertowa zaproponowana przez Odwołującego wynosiła zatem 3.195.079,96 zł i była aż o 1.439.700,04 zł niższa od oferty

wybranej przez Zamawiającego i nawet przy wskazaniu przez Odwołującego wynagrodzenia za przedłużony okres robót na poziomie 90% wynagrodzenia za nadzór w okresie podstawowym oferta przez niego złożona byłaby nadal najkorzystniejsza cenowo (3.195.079,96 zł brutto za nadzór w okresie podstawowym + 649.188,11 zł brutto za nadzór w okresie dodatkowym = 3.844.231,47 zł brutto).

Wskazanie wynagrodzenia za przedłużony okres robót w zaoferowanej wysokości nie dyskwalifikuje złożonej oferty i nie może prowadzić do jej odrzucenia. Omyłka ta kwalifikuje się bowiem do poprawy, której winien dokonać Zamawiający w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest ona bowiem inną omyłką (a więc nie oczywistą omyłką pisarską i nie oczywistą omyłką rachunkową), powodującą niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Omyłka ta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, mimo że dotyczy ceny zaoferowanej przez Odwołującego, dotyczy bowiem wynagrodzenia za nadzór jedynie w przedłużonym okresie realizacji robót, które byłyby płatne wyłącznie w sytuacji, gdyby do takiego przedłużenia doszło. Mogłoby się okazać np. że ograniczyłaby się do średniego wynagrodzenia za jeden miesiąc. Popelniona omyłka nie stoi na przeszkodzie obliczeniu prawidłowej ceny ofertowej, którą winien zaproponować Odwołujący, bowiem ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że średnia miesięczna cena za nadzór w okresie przedłużonego kontraktu winna stanowić 90% średniej miesięcznej ceny ryczałtowej za nadzór w okresie prowadzenia robót, a zatem sprowadza się do dokonania zwykłego zadania matematycznego. polegającego na ustaleniu 90% wynagrodzenia za nadzór w podstawowym okresie robót i pomnożenia otrzymanej kwoty przez sześć miesięcy.

Zamawiający niepotrzebnie żądał od wykonawców wypełnienia w tym zakresie formularza cenowego, skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie ustalił wynagrodzenie za ten okres na poziomie 90%. Ustalone wynagrodzenie na poziomie 90% za przedłużony okres robót nie stanowiło więc w ogóle istotnego elementu oferty, ponieważ było określone w stałej wysokości przez Zamawiającego. Gdyby to wykonawcy mogli wskazywać różną wysokość wynagrodzenia za okres dodatkowy,

mieszcząc się jedynie w kwocie maksymalnej wskazanej przez Zamawiającego, kwota wynagrodzenia za okres dodatkowy stanowiłaby element oferty podlegający ocenie przez Zamawiającego, i mogłaby przesądzić o wyborze innego oferenta. W niniejszej sytuacji jednak Zamawiający równie dobrze mógł w załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Formularzu cenowym” ominąć obowiązek wskazania wynagrodzenia za dodatkowy okres robót, a nawet samodzielnie wyliczyć to wynagrodzenie. Byłoby to wystarczające dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantowałyby porównanie cen bazowych zaproponowanych przez oferentów, przy czym kwota wynagrodzenia za przedłużony okres robót wynikałaby jedynie z wyliczenia matematycznego. Wpisując natomiast do „Formularza cenowego” rubrykę dotyczącą wynagrodzenia za realizację usługi w przedłużonym okresie robót Zamawiający naraził wykonawców, którzy przy sporządzaniu oferty sięgali do wcześniejszych formularzy stosowanych przez Zamawiającego, na popełnienie nieistotnego błędu poprzez wskazanie wynagrodzenia za dodatkowy okres robót w wysokości niższej niż 90% kwoty za nadzór w okresie podstawowym.

Omyłka ta nie ma istotnego znaczenia dla treści całej oferty, mimo że dotyczy ceny, ponieważ nie wpływa na nią w sposób decydujący i bez większych trudności mogła zostać sprostowana przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa może zostać zawarta jedynie w zakresie określonym w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie. Świadczenie, określone w zawartej umowie, które ma spełnić wykonawca, powinno być jednocześnie odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Popełniony przez Odwołującego błąd w formularzu ofertowym nie wpływa natomiast na zakres oferowanego przez niego świadczenia. Odwołujący nie kwestionuje, że Zamawiający za nadzór w przedłużonym okresie realizacji robót przewidział 90% wynagrodzenia za nadzór w okresie podstawowym i ma świadomość, że wartości te zostaną do umowy wpisane zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (przedmiotowy błąd popełniony został zresztą na korzyść Zamawiającego). Poza tym Zamawiający

w ogóle nie był zobowiązany do czynienia nadzoru w przedłużonym okresie robót elementem oferty, a jedynie mógł wskazać takie postanowienie w projekcie umowy. Potwierdzeniem, że popełniona przez Zamawiającego omyłka ma charakter nieistotny, jest to, że podobnego błędu dopuścił się Zamawiający, który w § 6 pkt 1b projektu umowy napisał: „Wynagrodzenie Konsultanta za wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z zaakceptowaną przez Zamawiającego ofertą, strony ustalają na kwotę netto nie wyższą niż zł [...], w tym: wynagrodzenie za wykonanie usługi w przedłużonym okresie realizacji robót budowlanych w wysokości nie wyższej niż zł [...]”. Widocznie sam Zamawiający sięgnął po wzór umowy z kontraktów, gdzie wysokość wynagrodzenia za okres dodatkowy była ustalana przez wykonawcę, a kwota wskazana przez Zamawiającego miała jedynie charakter ceny maksymalnej.

Zmiana ta nie powoduje dla Zamawiającego również żadnych negatywnych skutków finansowych, skoro już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił stałą kwotę wynagrodzenia za nadzór w przedłużonym okresie realizacji robót. Poza tym nawet przyjmując wynagrodzenie za nadzór w przedłużonym okresie robót na poziomie przewidzianym przez Zamawiającego (90%), oferta Odwołującego nadal pozostaje ofertą najkorzystniejszą cenowo.

30 grudnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest

Zdaniem Zamawiającego w niniejszym postępowaniu omyłka dotyczy wprawdzie jednej pozycji, ale jest istotna, ponieważ „Formularz cenowy” zawiera jedynie pięć pozycji, które należało wycenić. Największe znaczenie ma jednak fakt, że omyłka ta polega na określeniu ceny jednostkowej w sposób sprzeczny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i może być również traktowana jako błąd w obliczeniu ceny. Poprawienie takiej omyłki byłoby ingerencją Zamawiającego w ustaloną przez Wykonawcę wysokość jednostkowej ceny ryczałtowej, a w konsekwencji spowodowałoby istotną zmianę w treści oferty polegającą na znaczącej zmianie ostatecznej ceny oferty. Odwołujący przyznał w proteście, że popełnił omyłkę na etapie kalkulacji cen jednostkowych, opierając się podczas

wyceny na specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej innego, wcześniejszego postępowania. Zamawiający nie zgodził się z poglądem, że popełniony błąd nie wpływa na zakres oferowanego świadczenia. Skoro bowiem cena jednostkowa (5 zł za miesiąc) nie obejmuje wszystkich składników kosztów, nie gwarantuje również należytego wykonania tej części zamówienia. Nie ma żadnego znaczenia, że Odwołujący popełnił błąd na korzyść Zamawiającego.

Odwołujący nie popełnił omyłki, lecz celowo zaproponował cenę 5 zł za pracę kilkunastoosobowego zespołu fachowców w okresie 1 miesiąca, aby w ten sposób zaniżyć cenę całej oferty i wygrać przetarg zakładając, że roboty zostaną wykonane w terminie i nie wystąpi lub wystąpi w krótszym wymiarze nadzór w przedłużonym okresie robót budowlanych.

Sugestia, że to Zamawiający popełnił błąd załączając do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzory dokumentów z wcześniejszych postępowań są niezgodne z prawdą i świadczą o niedostatecznym zrozumieniu postanowień specyfikacji. Treść § 6 pkt. 1b projektu umowy została sformułowana przez Zamawiającego świadomie, a „kwota nie wyższa niż” oznacza górny poziom wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie całej usługi tzn. wyłącznie w przypadku maksymalnego wydłużenia okresu realizacji robót budowlanych. Ponadto zarzucanie Zamawiającemu błędów na obecnym etapie postępowania jest spóźnione.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał określenia średniego miesięcznego wynagrodzenia za pracę wszystkich ekspertów wymaganych na poszczególnych etapach realizacji zamówienia pozostawiając wykonawcom sposób kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający opisał, jakie koszty wykonawca winien uwzględnić ustalając ryczałtowe ceny jednostkowe za miesiąc sprawowania nadzoru w podstawowym okresie wykonywania robót budowlanych oraz za miesiąc nadzoru w okresie ewentualnego przedłużenia robót, określając równocześnie wymóg zachowania pomiędzy tymi cenami jednostkowymi odpowiedniej proporcji. Warunek 90% został postawiony, ponieważ w okresie przedłużonym nie przewiduje się zatrudnienia geodety oraz niektórych kosztów zatrudnienia personelu,

a przede wszystkim, gdyż Zamawiający pragnął uniknąć manipulowania cenami przez wykonawców (w prowadzonych wcześniej postępowaniach wykonawcy ustalali bardzo niską cenę za nadzór w okresie przedłużonym, nie uwzględniając przy tym wszystkich uwarunkowań wymaganych specyfikacją) i zachować proporcje cen jednostkowych. Nie może on być traktowany jako matematyczny „przepis” na obliczenie ceny jednostkowej za nadzór w przedłużonym okresie robót.

Gdyby Zamawiający chciał poprawić omyłkę z urzędu, stosując metodę zaproponowaną w proteście, musiałby najpierw zdecydować (bez negocjacji zakazanych art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), która z cen jednostkowych będzie punktem wyjściowym do obliczeń, a która będzie podlegać poprawie. Ponadto zmiana ostatecznej ceny oferty byłaby istotna, gdyż spowodowałaby zwiększenie ceny oferty o ok. 650 tys. zł (21%).

8 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 12 stycznia 2009 r.) zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie procedury z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wnosząc o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej skutkującego wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentację z protestu rozszerzył o następującą.

Sposób poprawienia omyłki nie budzi wątpliwości i sprowadza się do dokonania zwykłego zadania matematycznego polegającego na ustaleniu 90% średniego miesięcznego wynagrodzenia za nadzór w podstawowym okresie robót i pomnożenia otrzymanej kwoty przez sześć miesięcy. Nie sposób przyjąć, że cena określona za nadzór w dodatkowym okresie mogłaby być wartością wyjściową do obliczania ceny wynagrodzenia za nadzór w okresie podstawowym. Zasady logiki i ogromna różnica w tych dwóch wartościach oraz treść punktu 10.6.3. specyfikacji istotnych warunków

zamówienia pozwalają jednoznacznie przyjąć, iż wartością wyjściową do obliczania pozostałych elementów wynagrodzenia jest wartość usługi w podstawowym okresie. Podnoszone więc w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego wątpliwości w tym zakresie mają jedynie charakter pozorny. Sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazuje, że ceną wyjściową jest cena za nadzór w podstawowym okresie robót i dopiero od niej oblicza się procentową wartość za okres przedłużony. Niezależnie zresztą od jednoznacznie brzmiącego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia racjonalne względy nakazują uznać za priorytetowe wartości należne za główny okres trwania kontraktu, a dopiero na ich podstawie obliczać wartości za okres dodatkowy (odwrotne postępowanie byłoby nielogiczne). Przyjęcie jako kwoty wyjściowej (100%) wartości wskazanej w pkt. I.2. „Formularza cenowego” jest więc jedynym racjonalnym rozwiązaniem i trudno się zgodzić z wątpliwościami Zamawiającego w tym zakresie, trudno bowiem obliczeń matematycznych dokonywać od końca, wychodząc od ewidentnie błędnej kwoty. Sposób obliczenia prawidłowej ceny ofertowej nie budzi więc żadnych wątpliwości, a co za tym idzie omyłka ta nie ma istotnego znaczenia dla treści całej oferty. Odwołujący nie zgadza się z wywodami Zamawiającego mającymi na celu wykazanie, iż w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z błędem, a celowym działaniem Odwołującego. Odwołujący nie zaprzecza, iż świadomie określił wysokość spornego elementu wynagrodzenia na niskim poziomie kalkulując swoje koszty oraz możliwe oszczędności związane z jedynie potencjalnym przedłużeniem okresu realizacji kontraktu poza okres podstawowy. Jego nieświadomość (błąd) odnosił się do konieczności określenia spornego wynagrodzenia na poziomie 90% wynagrodzenia za nadzór w okresie podstawowym. W tym zakresie Zamawiający nie wykazał, iż Odwołujący świadomie naruszył postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się do sposobu określenia wynagrodzenia za nadzór w okresie przedłużenia realizacji kontraktu. Odnosząc się do poprzednich postępowań prowadzonych przez Zamawiającego nie sugeruje, iż Zamawiający celowo wprowadził w błąd wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, ale

częściowo uzasadnia swoje przeoczenie kierowaniem się doświadczeniem (nawykiem) nabytym w toku poprzednich, podobnych postępowań. Podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w proteście, iż przedmiotowa omyłka nie dyskwalifikuje złożonej oferty i nie może prowadzić do jej odrzucenia.

Nie zgodził się również ze stanowiskiem, iż omyłka doprowadziła do tego, że oferta Odwołującego zawiera błąd w wyliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny to błąd, który odwołuje się nieprawidłowego określenia przez wykonawcę stanu faktycznego powodującego nie uwzględnienie przy obliczaniu ceny niektórych czynników cenotwórczych (np. właściwej stawki podatku VAT, określenie ceny za inny zakres prac niż objęty przedmiotem zamówienia) i powinien być definiowany w odniesieniu do przepisu art. 84 § 1 k.c., zaś za działanie pod wpływem błędu należy uznać takie działanie, gdzie świadomość składającego oświadczenie woli (ofertę) jest wyłączona, a gdyby składający oświadczenie nie działał pod wpływem błędu, nie złożyliby oświadczenia tej treści. Odwołujący określając wysokość zaoferowanego wynagrodzenia nie pozostawał w błędzie co do okoliczności mających znaczenie dla ustalenia tegoż wynagrodzenia, a wręcz przeciwnie, ustalając je uwzględnił wszystkie mające dla niego znaczenie czynniki cenotwórcze. Jeden z elementów tego wynagrodzenia, a mianowicie wynagrodzenie za pełnienie czynności nadzoru w przedłużonym okresie realizacji umowy, zostało wprawdzie określone przez Odwołującego na niskim poziomie, jednakże kalkulacja ta wynikała z doświadczenia, wiedzy i możliwości tego wykonawcy w zakresie redukcji części kosztów. Pomimo więc określenia tego elementu wynagrodzenia na niskim poziomie, nie prowadziło do zaniżenia w stosunku do relacji rynkowych ceny ofertowej jako takiej. Wskazany sposób obliczenia wynagrodzenia za pełnienie nadzoru w przedłużonym okresie umowy pozostawał w sprzeczności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednakże sprzeczność ta może być usunięta jako pozostająca bez istotnego wpływu na treść oferty, co bezcelowym czyni sięganie do przepisów o błędzie w obliczaniu ceny – w razie skorzystania przez Zamawiającego z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dochodzi do powstania błędu w obliczaniu ceny.

Dodatkowo za niedopuszczalne uznać należy powoływanie się przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania na błąd w obliczeniu ceny jako przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego, która w informacji z 10 grudnia 2008 r. nie została powołana jako podstawa prawna odrzucenia zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis stanowi wyraz nie tylko zasady jawności i równego traktowania wykonawców, ale i pełni funkcję gwarancyjną. Wykonawca, który zamierza skorzystać ze środka ochrony prawnej, musi bowiem wiedzieć, co stało się przyczyną odrzucenia jego oferty, by móc w sposób prawidłowy skonstruować swoje zarzuty. Odwołujący nie wiedząc, iż Zamawiający traktuje jednocześnie przyjęty przez niego sposób określenia wynagrodzenia za nadzór w przedłużonym okresie robót za niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz błąd w sposobie obliczania ceny nie mógł odnieść się merytorycznie do stanowiska Zamawiającego i skonstruować w tym zakresie prawidłowych zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny podany w proteście, odwołaniu i rozstrzygnięciu protestu jest prawidłowy i nie jest sporny między Stronami, a spór dotyczy jedynie kwalifikacji zaistniałej sytuacji jako istotnej lub nieistotnej zmiany treści oferty oraz zaistnienia samej omyłki.

Zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia omyłki (inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odnosząc się do pierwszego spornego zagadnienia Izba stwierdziła, iż, chociaż sama kwota 5 złotych została przez Odwołującego świadomie

skalkulowana, zaistniała sytuacja jest o tyle omyłką, że jest w sposób niezamierzony niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Sytuacja ta wyczerpuje znamiona „bycia omyłką”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest podobna do większości pomyłek występujących w ofertach, które polegają najczęściej właśnie na przeoczeniu jakiegoś postanowienia lub wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo jej modyfikacji i wyjaśnień do niej. Nie zmienia tego fakt, iż wykonawcy składają „świadome” oświadczenia danej treści – niezgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – skoro nie są świadomi faktu, iż oświadczenia te są z tą specyfikacją niezgodne, a zatem ich oferty będą podlegały odrzuceniu. Oczywiście jest także, iż wykonawca znający zasady udzielania zamówień publicznych i posiadający doświadczenie w ubieganiu się o takie zamówienia i działający logicznie, co do zasady, nie złożyłby oferty z założenia niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż narażałby się wyłącznie na poniesienie kosztów i trudu sporządzenia oferty, która musiałaby być odrzucona.

Rozstrzygając natomiast drugą sporną kwestię Izba uznała, iż podziela stanowisko Zamawiającego, iż w zaistniałej sytuacji proponowana zmiana ceny oferty z 3.195.079,96 zł na 3.844.231,47 zł, czyli o 649.151,51 zł jest istotną zmianą ceny tej oferty, a zatem jej treści. Jakkolwiek poprawiając omyłkę można ingerować w cenę oferty (co wynika jednoznacznie z brzmienia całego art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza punktu 2 tego ustępu), w tym przypadku ingerencja ta powoduje zbyt znaczącą jej zmianę. Przy czym nie ma tu znaczenia fakt, iż poprawienie tej omyłki jest prostym działaniem matematycznym ani, iż wiadomo, w jaki sposób tę omyłkę można by poprawić, gdyż to nie łatwość w poprawieniu omyłki, lecz jej istotność jest przesłanką wskazaną w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma znaczenia również fakt, iż Zamawiający nie musiał wymagać podania w ofercie wyliczenia ceny za nadzór w przedłużonym okresie realizacji robót, skoro była to stała wartość procentowa w stosunku do innej ceny podanej w ofercie, ponieważ

Zamawiający skonstruował wzór oferty tak, jak skonstruował, czyli kwotę tę objął żadaną przez siebie treścią oferty.

Nie można także uznać argumentu, iż zmiana ta nie powinna mieć dla Zamawiającego znaczenia, gdyż pomimo wzrostu ceny o 649.151,51 zł, oferta Odwołującego wciąż byłaby ofertą najtańszą, jako że istotność lub nieistotność zmiany powinno się odnosić do treści oferty poprawianej, co wynika wyraźnie z brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a treści innych ofert można ewentualnie traktować pomocniczo (jakkolwiek jest to kwestia indywidualna w każdym postępowaniu). Z przedmiotowej sytuacji wynika, iż Zamawiający musiałby zapłacić 649.151,51 zł (ok. 20%) więcej, niż pierwotnie obliczona cena oferty, co nie jest dla niego sytuacją nieistotną ani korzystną. Powyższego stanowiska nie zmienia również argument, iż kwota 649.151,51 zł nie musi być kwotą zapłaconą w rzeczywistości, gdyż przedłużenie okresu realizacji nadzorowanych robót może nastąpić w okresie krótszym niż zakładane sześć miesięcy lub nie nastąpić wcale, ponieważ treścią oferty jest wyliczenie ceny za wymagany sześciomiesięczny okres i takie zobowiązanie zaciągają strony zawierając umowę. Natomiast konstrukcja § 6 pkt 1b projektu umowy, określającej maksymalną wielkość zobowiązania Zamawiającego, jest prawidłowa, niezależnie od wysokości kwoty zaoferowanej w poz. II.1. „Formularza cenowego”.

Izba nie dopatrzyła się więc naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia omyłki, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

Izba nie rozpatrywała zaistniałej sytuacji jako błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, przyznając rację twierdzeniu Odwołującego zawartemu w odwołaniu.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....