

**Sygn. akt KIO/UZP 1164/09**

**WYROK**  
**z dnia 25 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Luiza Łamejko**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych, PBG S.A., Hydrobudowa Polska S.A., Euro-Logistic Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych MARINEX Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu, ul. Katowicka 55,, 45-061 Opole** protestu z dnia **23 lipca 2009 r.**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu, ul. Katowicka 55,, 45-061 Opole**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych, PBG S.A., Hydrobudowa Polska S.A., Euro-Logistic Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych MARINEX Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu, ul. Katowicka 55,, 45-061 Opole** na rzecz **Konsorcjum firm: Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych, PBG S.A., Hydrobudowa Polska S.A., Euro-Logistic Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych MARINEX Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 769 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych, PBG S.A., Hydrobudowa Polska S.A., Euro-Logistic Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych MARINEX Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 5/2, 46-040 Ozimek.**

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

Zamawiający Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa zbiornika retencyjnego Kluczbork na rzece Stobrawie w km 61+500”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami Pzp 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, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp .

**07.05.2009 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 87-125436.

**14.07.2009 r.** zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKANSKA w Warszawie;
- 2) wykluczeniu wykonawcy OMICRON'S S. R.L.

**23.07.2009 r.** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia (1) Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych z siedzibą w Ziomku, (2) PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania (3) HYDROBUDOWA POLSKA S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania, (4) Euro-Logistic Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie (5) Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych MARINEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, w których imieniu działa Wojciech Ferenc, wnieśli protest na:

- 1) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA z siedzibą w Warszawie;
- 2) wezwanie wykonawcy SKANSKA do wyjaśnień stanowiących zmianę treści oferty;
- 3) dokonanie oceny oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA;
- 4) zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, mimo niezgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz pomimo tego, że oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy;
- 5) zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum FERENC.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA mimo, że jest ona niezgodna ze specyfikacją;
- 2) art. 87 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne uznanie zmian wprowadzonych w treści oferty wykonawcy SKANSKA po złożeniu oferty;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zażądanie od wykonawcy SKANSKA wyjaśnień cen jednostkowych materiałów w kosztorysie ofertowym, w nawiązaniu do zestawienia cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w kosztorysie ofertowym

załączonym do oferty i uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy SKANSKA w tym zakresie i potraktowanie ich jako dozwoloną poprawę omyłek w treści oferty, co skutkuje *de facto* przyjęciem przez wykonawcę SKANSKA zobowiązania do realizacji robót dodatkowych po kosztach odmiennych od tych wynikających z pierwotnej oferty i co za tym idzie stanowi niedopuszczalne negocjowanie z wykonawcą treści oferty;

- 4) art. 87 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez błędne przyjęcie, że dopuszczalne jest poprawienie występujących w ofercie wykonawcy SKANSKA sprzeczności między cenami wskazanymi w zestawieniu cen podstawowych materiałów budowlanych a pozycjami kosztorysowymi obejmującymi te ceny i zaakceptowanie korekty tych sprzeczności przez wykonawcę;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 9 Pzp w związku z art. 104 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA mimo, że została złożona przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy;
- 6) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA;
- 2) unieważnienie oceny oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA;
- 3) unieważnienie czynności uznania zmian wprowadzonych w treści oferty wykonawcy SKANSKA po złożeniu oferty;
- 4) unieważnienie czynności wezwania wykonawcy SKANSKA do złożenia wyjaśnień cen jednostkowych materiałów w kosztorysie ofertowym, w nawiązaniu do zestawienia cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty;
- 5) dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA i w jej wyniku:
  - a) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA,
  - b) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum FERENC.

Argumenty protestującego

I. 14.07. 2009 r. zamawiający poinformował protestującego o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA. Protest jest złożony w terminie ustawowym. Protestujący posiada interes prawny w złożeniu protestu.

II. Oferta wykonawcy SKANSKA podlegała odrzuceniu wobec jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mimo to Zamawiający nie tylko nie odrzucił oferty tego wykonawcy, ale także dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu. Wybór tej oferty został dokonany w oparciu o niedopuszczalną na gruncie ustawy modyfikację treści oferty wykonawcy SKANSKA, bądź poprawę omyłek nie stanowiących omyłek pisarskich i rachunkowych, dokonaną przez tego wykonawcę w toku udzielania wyjaśnień treści oferty.

W części V specyfikacji zamawiający wymienił dokumenty i oświadczenia jakie mają złożyć wykonawcy składając ofertę w postępowaniu. Istotne jest, że mimo tytułu nadanego tej części specyfikacji „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”, dokumenty wymienione w punkcie 1, tj.:

- a) wypełniony i odpisany formularz ofertowy (...);
- b) kosztorysy ofertowe uproszczone; załączone do kosztorysu:
  - 1) kalkulacja szczegółowa na wykonania przesłony przeciwwilgociowej w technologii głębokiego mieszania gruntu na mokro z zastosowaniem mieszadła sprzężonego oraz zaczynu wiążącego określonego w projekcie;
  - 2) zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w opracowanym kosztorysie ofertowym;
  - 3) zestawienie podstawowego sprzętu budowlanego (m-g) przyjęte w kosztorysie ofertowym;
  - 4) przyjętą stawkę roboczogodziny;
  - 5) przyjęty procent narzutu kosztów pośrednich;
  - 6) przyjęty procent zysku,
- c) harmonogram realizacji robót w rozbiciu na główne działy przedmiaru robót (kosztorysu ofertowego) pod potrzeby realizacji inwestycji

– stanowią treść oferty, która zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Pzp w przetargu nieograniczonym nie podlega negocjacji, a jej poprawianie jest możliwe tylko jeżeli zostaną spełnione przesłanki wymienione w art. 87 ust. 2 Pzp.

Mając na uwadze postanowienia wzoru umowy – załącznika nr 6 do specyfikacji – należy stwierdzić, że zestawienie cen podstawowych materiałów, które wykonawca zobowiązany był złożyć, jako załącznik do oferty, stanowi treść oferty. Zgodnie z § 10 wzoru umowy wynagrodzenie za przedmiot umowy jest wynagrodzeniem umownym opartym na rozliczeniu

kosztorysowym. Płatności mają być realizowane na podstawie obmiarów rzeczywiście wykonanych robót wg pozycji kosztorysu ofertowego. Co istotne § 11 wzoru umowy stanowi, że: „Jeżeli w toku realizacji robót wystąpi konieczność wykonania robót nie objętych projektem technicznym lub kosztorysem ofertowym wykonawca po otrzymaniu dodatkowego zamówienia jest zobowiązany wykonać te roboty przy zachowaniu składników cenotwórczych oraz wskaźników cen jednostkowych jakie przyjęto w ofercie przetargowej.”. Niewątpliwie za składnik cenotwórczy, o którym mowa w § 11 wzoru umowy należy uznać ceny materiałów budowlanych objęte zestawieniem podstawowych materiałów budowlanych, które każdy z wykonawców zobowiązany był załączyć do oferty. Bowiem m.in. w oparciu o ten dokument w trakcie realizacji umowy będzie ustalane wynagrodzenie należne wykonawcy za roboty dodatkowe. Jako, że nie można wykluczyć, że roboty dodatkowe zostaną zlecone wykonawcy w rozmiarze do 50% zamówienia podstawowego, ceny materiałów wskazane w tym zestawieniu mogą mieć zasadniczy wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Zatem z uwagi na znaczenie dla łącznego wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia, zamawiający nie mógł poprawić cen objętych ww. zestawieniem. Taka poprawa jest jednoznaczna z poprawą niezgodności oferty ze specyfikacją, powodującą istotne zmiany w treści oferty (pozostającą w oczywistej sprzeczności z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Tymczasem mimo powyższego w toku niniejszego postępowania doszło do niedozwolonej poprawy treści oferty wykonawcy SKANSKA, skutkującej istotną zmianą tej oferty. Mianowicie w toku oceny ofert zamawiający, najprawdopodobniej wobec stwierdzenia niezgodności (sprzeczności) pomiędzy cenami jednostkowymi w kosztorysie ofertowym a cenami materiałów objętych zestawieniem cen, pismem z 02.07.2009 r. wezwał wykonawcę SKANSKA do wyjaśniania: „cen jednostkowych materiałów w kosztorysie ofertowym, w nawiązaniu do zestawienia cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty zgodnie z wymogami SIWZ”. W odpowiedzi na to pismo wykonawca SKANSKA wskazał, że w zestawieniu materiałów wystąpiły „omyłki pisarski” dotyczące cen jednostkowych aż 10 materiałów budowlanych, na poprawę których wykonawca wyraża zgodę zgodnie z wykazem załączonym do pisma wykonawcy SKANSKA. Jednocześnie Wykonawca wskazał, że przedmiotowa poprawa nie ma żadnego wpływu na treść oferty. Wskazać należy, że powyższe czynności stanowią naruszenie art. 87 ust. 2 Pzp zarówno przez wykonawcę jaki i przez zamawiającego. Wykonawca dopuścił się takiego naruszenia, ponieważ niezależnie od przepisów ustawy Pzp, przyznał sobie uprawnienie do dokonywania poprawy omyłek. Tymczasem art. 87 ust. 2 Pzp uprawnienie to przyznaje wyłącznie zamawiającemu. Z kolei zamawiający, mimo że dostrzegł istotną niezgodność oferty ze specyfikacją polegającą na tym, że ceny zawarte w zestawieniu cen podstawowych materiałów wbrew treści części V.1.b) różniły się od cen, przyjętych w kosztorysie ofertowym

(na podstawie ich porównania nie można, w żadnym razie stwierdzić, że ceny w zestawieniu cen materiałów stanowiły ceny przyjęte do ustalania cen jednostkowych przyjętych w kosztorysie ofertowym, ponieważ ceny pozycji kosztorysowych przewyższają ceny materiałów), nie tylko uznał – sprzeczną z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – argumentację wykonawcy, ale także zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mimo jej oczywistej niezgodności ze specyfikacją.

Podkreślenia wymaga ponadto, że wbrew twierdzeniu wykonawcy SKANSKA niedopuszczalne jest uznanie wskazania w zestawieniu zawyżonych cen podstawowych materiałów budowlanych za omyłkę pisarską lub rachunkową. Oczywiście omyłką pisarską, a więc treścią oferty podlegającej poprawieniu jest, w świetle poglądu utrwalonego w orzecznictwie sądowym, taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r. (11 SA 863/00) odnoszącym się co prawda do pojęcia „błąd pisarski” z art. 113 Kpa, możliwym jednak do zastosowania przy definiowaniu omyłki pisarskiej, „błąd pisarski – to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. W żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane natomiast wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Omyłką rachunkową Jest błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego” (Komentarz do art. 87 Pzp w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” LEX, 2007, wyd. III.). W załączniku do pisma wykonawcy SKANSKA, stanowiącego wyjaśnienie treści oferty, wykonawca wskazuje 10 rzekomych omyłek pisarskich.

Na podstawie tego zestawienia nie można w żadnym razie stwierdzić, że różnice pomiędzy wymienionymi w nim kwotami mogły być uznane za omyłkę pisarską. Brak jest także racjonalnego wytłumaczenia z jakiego powodu należałoby je uznać za omyłki rachunkowe. O oczywistej omyłce można mówić tylko wówczas, kiedy jest ona „widoczna na pierwszy rzut oka”.

W tym przypadku na pewno tak nie jest. Brak możliwości dokonania takiego stwierdzenia jest równoznaczny z nieoczywistym charakterem błędów w zestawieniu materiałów podstawowych. Ponadto niedopuszczalność przyjęcia, że wartości cen jednostkowych należy potraktować jako omyłkę pisarską, wynika także z faktu, że wykonawca SKANSKA w załączonym do oferty zestawieniu materiałów przedstawił ceny jednostkowe, które stanowią iloraz wartości i ilości wskazanych w zestawieniu. Tym samym w ocenie protestującego niedopuszczalne było uznanie dokonania poprawy ww. cen w, związku z uznaniem ich

zawyżenia za oczywistą omyłką pisarską lub rachunkową. Takie uznanie stanowiłoby oczywiste naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

Należy wskazać, że z uwagi na bardzo duże ilości materiałów jakie mają zostać zastosowane podczas realizacji zamówienia podstawowego i mogą być realizowane w ramach robót dodatkowych lub zamiennych, różnice w ofercie wykonawcy SKANSKA pomiędzy cenami materiałów wynikającymi z kosztorysu, a cenami zawartymi w zestawieniu cen materiałów, należy uznać za znaczne i istotne. Stąd też jakakolwiek ingerencja w określenie cen materiałów budowlanych powoduje istotną zmianę oferty. Nie może być wątpliwości, że radykalna zmiana wartości aż dziesięciu cen w zestawieniu cen materiałów podstawowych, stanowi taką istotną zmianę oferty niedopuszczalną na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dla przykładu wskazujemy, że zgodnie z ilością podaną w kosztorysie podczas realizacji zamówienia należy zastosować 4 033,52 m<sup>3</sup> betonu z kruszywa naturalnego B-20. W ofercie wykonawcy SKANSKA w kosztorysie ofertowym w dziale „1.4. roboty ziemne, uszczelnienie zapory, KNR 2-11 0208-05/0, poz. 29 – Budowle betonowe i żelbetowe obj. budowli 10.01-200,0 m<sup>3</sup>; elementy betonowe, blok oporowy kotwiący folię + oczep na ścianie szczelnej” podano cenę jednostkową wykonania tego elementu wynoszącą 200 zł/m<sup>3</sup> (zatem cena betonu o 80 zł przewyższa cenę wykonania elementu wymienioną w kosztorysie ofertowym). Podczas gdy, w zestawieniu materiałów podstawowych załączonym do oferty wykonawcy SKANSKA – poz. 9 – beton zwykły z kruszywa naturalnego B20, który ma być zastosowany w ww. elemencie kosztorysu został wyceniony na 280 zł/m<sup>3</sup>. Istotne jest, że beton zwykły z kruszywa naturalnego stanowi tylko jeden z elementów cenotwórczych robót objętych ww. pozycją kosztorysu. Co za tym idzie możliwe jest, że wykonawca SKANSKA bądź zaniżył cenę roboty w kosztorysie ofertowym, bądź też zawyżył i to znacząco cenę betonu w zestawieniu cen materiałów podstawowych (na marginesie należy wskazać, że gdyby cena wykonania usługi z pozycji 29 kosztorysu ofertowego wykonanie budowli betonowej z betonu B20 wynosiłaby równowartość ceny oferowanego wg niepoprawionego przez zamawiającego materiału tj. betonu 820 – 280 zł/m<sup>3</sup>, to wartość usługi wyniosłaby 3 902,28 m<sup>3</sup> x 280 zł/m<sup>3</sup> = 1 092 638,40 zł, co daje wzrost ceny całej oferty wykonawcy SKANSKA o 312 182,40 zł i powoduje, że oferta tego wykonawcy jest droższa od oferty protestującego).

Ponadto uwzględniając wszystkie elementy kosztotwórcze zawarte w ofercie wykonawcy SKANSKA należy stwierdzić, że cena wykonania usługi z pozycji 29 kosztorysu ofertowego wykonanie budowli betonowej z betonu B20 (przy cenie 180 zł/m<sup>3</sup>) w robotach dodatkowych bez uwzględnienia deskowania i gwoździ wynosiłaby rzeczywiście 297,35 zł. (Kalkulacja powyższej kwoty została załączona do protestu – załącznik nr 1). Dodatkowo w załączeniu protestujący przedstawił zestawienie różnic wartości materiałów pomiędzy ofertą a naniesionymi poprawkami przez wykonawcę SKANSKA (w odpowiedzi na wezwanie



zamawiającego do wyjaśnień). Z zestawienia tego wynika, że łączna różnica między oferowaną, a poprawioną wartością materiałów budowlanych wynosi 715 937,00 zł. Nie może być wątpliwość, że taka różnica jest znacząca na tle wartości przedmiotu zamówienia. Należy nadmienić, że elementami składowymi wykonania tej pozycji kosztorysu są: robocizna oraz inne materiały jak np. deskowania, które mają istotny wpływ na wycenę. Niezależnie od tego dla rozstrzygnięcia protestu kluczowe jest, że niemożliwe było dokonanie korekty opisanej wyżej niezgodności.

Stwierdzenie to dotyczy także innych cen wymienionych w załączniku do pisma wykonawcy SKANSKA z dnia 07.07.2009 r. (odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień).

Dowody: (1) kalkulacja ceny betonu B-20, (2) zestawienie wartości materiałów pomiędzy ofertą a naniesionymi poprawkami przez wykonawcę SKANSKA.

Brak możliwości poprawiania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłek polegających na niezgodnościach między kosztorysem a zestawieniami cen materiałów został potwierdzony w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej: Wpisanie sprzecznych informacji w kosztorysie i zestawieniu materiałów przez odwołującego nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską, z uwagi na brak spełnienia przesłanki oczywistości." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 414/09; KIO/UZP 421/09). >>(…) rozbieżności pomiędzy kwotą wpisaną w rubryce „Wymagania ogólne” w tabeli elementów rozliczeniowych a kwotą wpisaną w rubryce „wymagania ogólne” zawartej w kosztorysie dotyczącym robót drogowych nie wynikają z przeprowadzenia jakichkolwiek działań arytmetycznych. Są to różne, niezwiązane ze sobą wartości. Kwota 80 000,00 zł wpisana w Kosztorysie dotyczącym robót drogowych obejmuje te części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które dotyczą robót drogowych. Natomiast pozycja „Wymagania ogólne” na kwotę 1 000 000,00 zł ujęta w tabeli elementów rozliczeniowych obejmuje pozostałe części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które nie dotyczą robót drogowych (Wymagania ogólne w zakresie Inżynierskim i Kolejowym) (...) Uprawnienie wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie oferty dotyczy wyłącznie innych omyłek, aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (...) rozbieżności zawarte w treści oferty Odwołującego nie mogą zostać uznane za omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp , przede wszystkim z tego względu, iż dokonane przez Zamawiającego poprawienie oferty Odwołującego spowodowało istotną zmianę w jej treści<< (wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 20/09).

Zgodnie z twierdzeniami Krajowej izby Odwoławczej oferta po ewentualnym poprawieniu omyłek przez zamawiającego winna pozostać wewnątrznie spójna, a wszelkie poprawki wprowadzone przez zamawiającego do oferty winny znaleźć oparcie w działaniach

arytmetycznych przeprowadzonych w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą. W wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1444/08) Krajowa izba Odwoławcza wskazała, iż: „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w ofercie w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień”.

Wobec powyższego oczywistym jest, że niezgodności między cenami jednostkowymi materiałów w kosztorysie ofertowym a cenami zawartymi w zestawieniu cen podstawowych materiałów budowlanych powodują, że oferta jest niezgodna z wymogami części V specyfikacji, ponieważ zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych nie zostało sporządzone na podstawie opracowanego kosztorysu ofertowego. Tym samym oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**III.** W imieniu wykonawcy SKANSKA ofertę podpisał p. Maciej K. Z pełnomocnictwa załączonego do oferty (strona 49) nie wynika czy dokument ten podpisała osoba uprawniona do reprezentacji wykonawcy. Podpis złożony pod pełnomocnictwem jest nieczytelny. Ponadto pod podpisem brak jest pieczętki bądź wskazania imienia i nazwiska osoby, która podpisała pełnomocnictwo. Okoliczność ta powoduje, że nie można zweryfikować, czy osoba podpisująca pełnomocnictwo może reprezentować wykonawcę SKANSKA. Pełnomocnictwo nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ oferta podlegała odrzuceniu zgodnie z argumentacją powołaną w pkt II powyżej. Dlatego też zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 104 Kc oferta wykonawcy SKANSKA podlegała odrzuceniu. Zgodnie z art. 104 Kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

W związku z powyższym niniejszy protest jest w pełni uzasadniony.

**23.07. 2009 r.** zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

**27.07. 2009 r.** wykonawca SKANSKA złożył do zamawiającego pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu protestu, o którym mowa w art. 181 ust. 4 pkt 1 Pzp.

**28.07. 2009 r.** zamawiający powiadomił protestującego faksem o wniesieniu pisma przez wykonawcę SKANSKA w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku

wniesienia protestu, natomiast sam wykonawca SKANSKA nie powiadomił protestu o wniesieniu tego pisma.

**31.07.2009 r.** zamawiający oddalił protest w całości.

Argumenty zamawiającego:

Protestujący wskazał na rozbieżności między cenami jednostkowymi zawartymi w zestawieniu cen podstawowych materiałów budowlanych a cenami jednostkowymi podanymi w kosztorysie ofertowym wykonawcy SKANSKA. 02.07. 2009 r. zamawiający wystąpił do wykonawcy SKANSKA o uzupełnienie oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, i o wyjaśnienie treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.

Wykonawca SKANSKA zwrócił uwagę, że zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych jest dokumentem formalnym nie mającym wpływu na treść oferty. Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, że w zestawieniu wystąpiły wskazane omyłki pisarskie i wykonawca wyraził zgodę na ich opamięnienie. Jednak zestawienie cen, że względu na żądanie w cz. V ust. 1 lit. b i cz. XI specyfikacji złożenia kosztorysu ofertowego uproszczonego – nie ma znaczenia merytorycznego i nie może być traktowane jako treść oferty. Zamawiający nie uwzględnił wykazu omyłek i zgody na poprawienie omyłek w zestawieniu cen podstawowych materiałów budowlanych.

Oferta wykonawcy SKANSKA jest zgodna ze specyfikacją.

Nie jest prawdą, że:

- 1) zamawiający „uznał” zmiany w treści oferty wykonawcy SKANSKA po terminie składania ofert, gdyż wykonawca SKANSKA nie wprowadzał żadnych zmian do treści oferty, a zamawiający nie dopuszczał do ich wprowadzenia w jakikolwiek sposób;
- 2) zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez żądanie od wykonawcy SKANSKA złożenia wyjaśnień, gdyż przepis ten nie dotyczy złożenia wyjaśnień;
- 3) zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy SKANSKA;
- 4) zamawiający poprawił omyłki w treści oferty złożonej przez Wykonawcę SKANSKA;
- 5) Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, gdyż nie poprawił w ofercie wykonawcy SKANSKA żadnych oczywistych omyłek pisarskich oraz żadnych oczywistych omyłek rachunkowych bowiem ani oczywiste omyłki pisarskie, ani oczywiste omyłki rachunkowe w ofercie wykonawcy SKANSKA nie wystąpiły.

Odnosnie zarzutu wykonawcy SKANSKA skutkują przyjęciem zobowiązania do realizacji robót dodatkowych po kosztach odmiennych od tych wynikających z pierwotnej oferty należy zauważyć, że roboty dodatkowe będą mogły być wykonywane wyłącznie w oparciu o inną umowę zawartą w trybie z wolnej ręki, art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. I oferta złożona w postępowaniu podstawowym (rozpoznawanym) nie obowiązuje w trybie z wolnej ręki.

Niemniej zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji zamówienia podstawowego (rozpoznawanego), że wykonawca przyjmie zamówienie dodatkowe do realizacji bez żądania zbyt wygórowanego wynagrodzenia, chociaż wykonawca może nie zgodzić się na takie postępowanie.

Zarzuty protestującego są z oparte na fałszywych przesłankach lub bezprzedmiotowe.

Zarzut dotyczący złożenia oferty wykonawcy SKANSKA przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania wykonawcy SKANSKA jest chybiony. Oferta została podpisana przez pana Macieja K., a do oferty zostało dołączone pełnomocnictwo udzielone Panu K. przez Prezesa Zarządu SKANSKA Pana Romana W. Pełnomocnictwo umocowało Pana K. m.in. do podpisania oferty. Pełnomocnictwo zostało złożone w formie kopii poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem. Na dokumencie obejmującym treść pełnomocnictwa znajduje się podpis Pana Romana W. oraz przystawiona jest czytelna pieczęć imienna.

**10.08.2009 r.** (wysłanie kopii odwołania zamawiającemu) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia (1) Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych z siedzibą w Ziomku, (2) PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania (3) HYDROBUDOWA POLSKA S.A. z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania, (4) Euro-Logistic Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie (5) Przedsiębiorstwo Robót Podwodnych i Hydrotechnicznych MARINEX Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, w których imieniu działa Wojciech Ferenc, wnieśli odwołanie na:

- 1) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA z siedzibą w Warszawie;
- 2) wezwanie wykonawcy SKANSKA do wyjaśnień stanowiących zmianę treści oferty;
- 3) dokonanie oceny oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA;
- 4) zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum FERENC.

Odwołujący pominął w stosunku do protestu kwestię zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA, mimo niezgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz mimo tego, że oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA mimo, że jest ona niezgodna ze specyfikacją;
- 2) art. 87 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne uznanie zmian wprowadzonych w treści oferty wykonawcy SKANSKA po złożeniu oferty;

- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zażądanie od wykonawcy SKANSKA wyjaśnień cen jednostkowych materiałów w kosztorysie ofertowym, w nawiązaniu do zestawienia cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty i uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy SKANSKA w tym zakresie i potraktowanie ich jako dozwolonej poprawy omyłek w treści oferty, co skutkuje *de facto* przyjęciem przez wykonawcę SKANSKA zobowiązania do realizacji robót dodatkowych po kosztach odmiennych od tych wynikających z pierwotnej oferty i co za tym idzie stanowi niedopuszczalne negocjowanie z wykonawcą treści oferty;
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący pominał w stosunku do protestu kwestie naruszenia:

- 1) art. 87 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez błędne przyjęcie, że dopuszczalne jest poprawienie występujących w ofercie wykonawcy SKANSKA sprzeczności między cenami wskazanymi w zestawieniu cen podstawowych materiałów budowlanych, a pozycjami kosztorysowymi obejmującymi te ceny i zaakceptowanie korekty tych sprzeczności przez wykonawcę;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 9 Pzp w związku z art. 104 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA mimo, że została złożona przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA;
- 2) unieważnienie oceny oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA;
- 3) unieważnienie czynności uznania zmian wprowadzonych w treści oferty wykonawcy SKANSKA po złożeniu oferty;
- 4) unieważnienie czynności wezwania wykonawcy SKANSKA do złożenia wyjaśnień cen jednostkowych materiałów w kosztorysie ofertowym, w nawiązaniu do zestawienia cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty;
- 5) dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA i w jej wyniku:
  - a) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA,
  - b) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum FERENC.

Argumenty odwołującego:

I. Odwołujący złożył w terminie środki ochrony prawnej i posiada interes prawny w ich złożeniu. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 6 sierpnia 2009 roku. Dowód wpłaty wpisu stanowi załącznik nr 4 do niniejszego odwołania. Kopię odwołania wysłano zamawiającemu 10 sierpnia 2009 r.

II. Zamawiający uznał, iż zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych złożone przez wykonawcę SKANSKA nie stanowiło treści oferty. Co za tym idzie, dane w nim zawarte były indyferentne w stosunku do treści oferty, w tym w szczególności do kosztorysu ofertowego. W konsekwencji, w powyższym rozstrzygnięciu zamawiający nie ustosunkował się w sposób szczegółowy wyczerpujący do zasadniczych zarzutów protestu. Odwołujący podnosi, iż założenie, na którym oparto rozstrzygnięcie jest całkowicie błędne z następujących przyczyn:

Stosownie do treści pkt V specyfikacji oferta musi zawierać między innymi „kosztorysy ofertowe uproszczone wraz z załącznikiem w postaci zestawienia cen podstawowych materiałów budowlanych”. Z powyższego postanowienia wynika, iż zestawienie stanowi nie tylko element oferty, ale również załącznik do kosztorysu ofertowego, a zatem jego integralną część. Nadto, w punkcie 11 formularza ofertowego wprost wskazano, iż ofertę stanowią wszystkie dokumenty i oświadczenia ujęte w rozdziale V specyfikacji (a zatem również wskazany w tym rozdziale kosztorys wraz z załącznikiem w postaci zestawienia). W treści zestawienia nie zawarto również żadnych informacji czy wskazówek, które mogłyby wskazywać na to, że ma ono charakter wyłącznie informacyjny i pomocniczy, podrzędny w stosunku do przedmiarów i nie stanowi treści oferty.

Odwołujący podnosi również, iż zgodnie z treścią art. 44 Pzp, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia składa ofertę wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższa regulacja przesądza, iż wszystko co składa w przedmiotowym postępowaniu wykonawca (poza oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków) stanowi ofertę.

Rygorystyczna i sformalizowana procedura prawa zamówień publicznych nie przewiduje możliwości żądania i składania dodatkowych, nie stanowiących oferty lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dokumentów i oświadczeń. Potwierdza to również dyspozycja art. 25 ust. 1 Pzp, stosownie do której zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przepis ten przewiduje zatem, iż zamawiający nie może żądać od wykonawcy informacji „dodatkowych” nie stanowiących elementu oferty i nie będących dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Co

za tym idzie, wszystkie żądane przez zamawiającego dokumenty stanowią w sposób dorozumiany element oferty. Co jednak najistotniejsze, sam zamawiający wzywając do wyjaśnienia treści przedmiotowego zestawienia potwierdził, iż przedmiotowy dokument stanowi element oferty. Stosownie bowiem do treści art. 87 ust. 1 Pzp (na które powołał się w wezwaniu zamawiający) w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (a nie innych dokumentów „dodatkowych”).

Postawa zamawiającego, który najpierw żąda złożenie określonych dokumentów, by później uznać, iż nie stanowią one elementu oferty, w sposób rażąco narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji. Działanie takie wprowadza stan niepewności wśród wykonawców, co do tego, czy wymagane przez zamawiającego w specyfikacji dokumenty stanowią element oferty oraz czy podlegają ocenie co do ich zgodności ze specyfikacją.

Działania zamawiającego, polegające na dowolnym uznaniu, które z dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą stanowią jej część i podlegają ocenie co do zgodności ze specyfikacją, a które stanowią jedynie elementy „dodatkowe” prowadzić mogą do manipulacji wynikami przetargu.

Rozstrzygnięcie zamawiającego, opiera się na błędnym i niczym nieuzasadnionym założeniu, iż wymagany dokument nie stanowił elementu oferty, a co za tym wszystkie podniesione w rozstrzygnięciu twierdzenia będące konsekwencją tego założenia, uznać należy za całkowicie chybione.

Przedmiotowe zestawienie stanowiło załącznik do kosztorysu, a co za tym idzie stanowiło jego integralną część. Brak jednocześnie w treści kosztorysu jakichkolwiek wskazówek pozwalających na przyjęcie które wartości (te podane w przedmiarach, czy te wskazane w zestawieniu) mają charakter priorytetowy i nadrzędny. Skoro zatem zestawienie wskazywało odmienne od cen przyjętych w kosztorysie ofertowym ceny podstawowych materiałów budowlanych, to uprawnionym jest twierdzenie, iż kosztorys pozostawał wewnątrznie sprzeczny, a co za tym idzie został sporządzony niezgodnie ze specyfikacją. Jeśli bowiem cena miała zostać (zgodnie z § 10 ust. 2 umowy) ustalana w oparciu o pozycje kosztorysu ofertowego, to budzi wątpliwości, czy zamawiający wynagrodzenie to wyliczy na podstawie określonych pozycji przedmiaru, czy też przy użyciu odpowiednich pozycji wartości materiałów budowlanych wskazanych w zestawieniu.

Odwołujący wskazuje ponadto, iż dokonana zmiana treści oferty wykonawcy SKANSKA została dokonana z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. W szczególności podnieść należy, iż wykonawca SKANSKA został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty, tj. wewnętrznej sprzeczności występującej w załączonym kosztorysie, a nie do wyrażenia zgody na poprawę omyłek w ofercie. W odpowiedzi wykonawca SKANSKA

wyraziła zgodę na poprawienie w treści oferty omyłek i w załączeniu złożyła poprawiony wykaz cen materiałów budowlanych. Tymczasem, do ugruntowanych w świetle doktryny oraz orzecznictwa KIO i ZA należy pogląd, zgodnie z którym wyjaśnienie treści oferty nie może prowadzić do jej zmiany: „Procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać, Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. (...) funkcjonalny sposób rozumienia przez prawo zamówień publicznych pojęcia „oferta” każe przyjąć, że wyjaśnienia, o których mowa, mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia woli wykonawcy, ale również załączników, które powinny być traktowane jako integralna część oferty. Podobnie jak w stosunku do samego oświadczenia woli, wyjaśnienia nie mogą jednak zmieniać treści dokumentu. (...) W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te, jeśli miałyby odnieść skutek, musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane odrębną normą komentowanego przepisu. Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy.” Dzierżanowski, Jerzykowski, Stachowiak „Komentarz” LEX 2007 r. wyd. III.

Bezspornym pozostaje zatem, iż wykonawca SKANSKA dokonał zmiany treści przedmiotowej oferty z naruszeniem art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wyjątkiem od bezwzględnego zakazu wprowadzania jakichkolwiek zmian w ofertach są przypadki enumeratywnie wskazane w treści art. 87 ust. 2 Pzp, tj. możliwość poprawienia w ofercie przez zamawiającego za zgodą wykonawcy:

- 1) oczywistych omyłek pisarskich;
- 2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;
- 3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

Poprawienie omyłek w ofertach może zostać dokonane wyłącznie przez zamawiającego za zgodą wykonawcy. Czynność poprawienia oferty dokonana przez wykonawcę jest całkowicie bezskuteczna, gdyż przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie przewidują takiego uprawnienia. Co więcej, dla skuteczności zmiany treści oferty musi zostać zachowana określona procedura. Zamawiający identyfikując omyłkę w treści oferty (pisarską, rachunkową lub inną omyłkę polegającą na niezgodności



oferty ze specyfikacją, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty) dokonuje poprawy samodzielnie (a nie w sposób wskazany przez wykonawcę), informując o tym wykonawcę pismem i wskazując podstawę prawną dokonanej poprawy oraz składa zapytanie odnośnie udzielenia zgody na tę zmianę.

Odwołujący podnosi, iż w identycznym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, iż: „Samodzielne złożenie przez wykonawcę dokumentów, bez odrębnego wezwania przez zamawiającego, nie może być traktowane jako uzupełnienie dokumentów, z tego względu, że art. 26 ust. 3 Pzp wymaga w tym zakresie podjęcia inicjatywy działania ze strony zamawiającego, a nie wykonawcy. Samodzielne złożenie przez wykonawcę dokumentów nie żądanych przez zamawiającego w skierowanym wezwaniu do złożenia wyjaśnień treści oferty jest nieskuteczne z uwagi na treść art. 87 ust. 1 Pzp, który zakazuje zmiany treści oferty oraz prowadzenia w tym zakresie negocjacji z wykonawcą. Przyjęcie, jako uzupełnienie oferty, dokumentów złożonych na wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadzi w sposób niedopuszczalny przepisami ustawy do negocjacji w tym zakresie pomiędzy wykonawcą a zamawiającym.” (wyrok KIO z 6 marca 2009 r., KIO/UZP 200/09 i 226/09, LEX nr 494436).

W rozpoznawanym postępowaniu, nie dość, że zmiana oferty została dokonana przez podmiot nieuprawniony, to jeszcze zmiana ta nastąpiła bez podstawy prawnej. Wykonawca SKANSKA powołuje się co prawda na zaistnienie omyłki pisarskiej, co jednak pozostaje w sprzeczności z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie rozumieniem tego pojęcia.

Oczywistą omyłką pisarską, jest, taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r. (II SA 863/00) odnoszącym się pojęcia „błąd pisarski” z art. 113 Kpa (pomocnym do zastosowania przy definiowaniu omyłki pisarskiej), „błąd pisarski – to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 grudnia 2002 r. (sygn. akt: V Ca 1514/02) definiuje omyłkę pisarską: „Oczywistą omyłką jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny.”. Dlatego za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli.

Wewnętrzna sprzeczność kosztorysu ofertowego wykonawcy SKANSKA nie może również zostać potraktowana jako omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją, nie powodująca istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazuje, iż pojęcie „omyłki” definiowane jest w słowniku języka polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN S.A., 2006 r.) jako: „sąd lub postępek niezgodny z istotnym stanem rzeczy lub z obowiązującymi normami, mylne mniemanie, niewłaściwe posunięcie, błąd”. Definicja ta nasuwa wniosek, że aby stwierdzić zaistnienie omyłki trzeba jednocześnie wskazać stan prawidłowy, zgodny z rzeczywistością, poprawny. Omyłka istnieje zatem wyłącznie w sytuacji w której jest możliwa do zidentyfikowania, tj. gdy istnieje obiektywna możliwość wskazania, w opozycji do omyłki, stanu prawidłowego, rzeczywistego, zgodnego z określonymi normami. Przenosząc powyższe rozważania na grunt błędów występujących w ofercie, stwierdzić należy, iż zamawiający ma możliwość poprawiania takich omyłek, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, ale jednocześnie są możliwe do zidentyfikowania i poprawienia, tj. można na podstawie treści całej oferty oraz specyfikacji wywnioskować jaka jest prawidłowa, zgodna z intencją jej autora, treść oferty.

Skoro zatem zamawiający poprawia kosztorys wykonawcy, to poprawki te muszą mieć swoje źródło w treści samej oferty i muszą być zgodne z domniemaną wolą oferenta: „Celem regulacji art. 87 ust. 2 Pzp nie jest poprawianie wszystkich braków czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty, czy to pisarskich, rachunkowych czy też innych polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt: UZP 476/09 wyrok, opubl.: LEX nr 497533).

W sposób szczegółowy w treści protestu, z uwagi na znaczne ilości materiałów, jakie mają zostać zastosowane podczas realizacji zamówienia podstawowego, różnice w ofercie wykonawcy SKANSKA między cenami materiałów wynikającymi z pozycji przedmiarowych, a cenami zawartymi w zestawieniu cen materiałów, należy uznać za znaczne i istotne. Co za tym idzie każda ingerencja w poziom cen materiałów budowlanych powoduje istotną zmianę oferty. Radykalna zmiana wartości aż dziesięciu cen w zestawieniu cen materiałów podstawowych, stanowi istotną zmianę oferty niedopuszczalną na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (co udowodniono w treści protestu na przykładzie wyłącznie jednego materiału budowlanego, tj. betonu z kruszywa naturalnego B20). Jak wykazał w proteście odwołujący, przyjęcie za prawidłowe cen wskazanych w przedmiotowym zestawieniu zmieniłoby wynik przetargu, a zatem „istotność” poprawy wprowadzonej do oferty wykonawcy SKANSKA nie powinna budzić jakichkolwiek wątpliwości.

dowód:

- 1) kalkulacja ceny betonu B-2 załączona do protestu;
- 2) zestawienie wartości materiałów pomiędzy ofertą, a naniesionymi przez SKANSKA poprawkami załączone do protestu.

Tymczasem, w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: „Wprowadzenie do Pzp art. 87 ust. 2 Pzp w aktualnym brzmieniu miało na celu poprawienie tego rodzaju niezgodności w treści oferty wykonawców, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, a które nie mają wpływu na cenę oferty.” (wyrok KIO z 27 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 463/09, opubl.: LEX nr 497507).

Co więcej, brak możliwości poprawiania omyłek polegających na niezgodnościach między kosztorysem a zestawieniami cen materiałów został wprost potwierdzony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Wpisanie sprzecznych informacji w kosztorysie i zestawieniu materiałów przez odwołującego nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską, z uwagi na brak spełnienia przesłanki oczywistości” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 414/09 i KIO/UZP 421/09). Zgodnie z twierdzeniami Krajowej Izby Odwoławczej oferta po ewentualnym poprawieniu omyłek przez zamawiającego winna pozostać wewnątrznie spójna, a wszelkie poprawki wprowadzone przez zamawiającego do oferty winny znaleźć oparcie na działaniach arytmetycznych przeprowadzonych w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą (zob.: wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1444/08).

Wobec powyższego oczywistym jest, że niezgodności między cenami jednostkowymi materiałów w przedmiarach, a cenami zawartymi w zestawieniu cen podstawowych materiałów budowlanych powodują, że oferta jest niezgodna z wymogami części V specyfikacji, ponieważ zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych nie zostało sporządzone na podstawie opracowanych przedmiarów. Tym samym oferta wykonawcy SKANSKA podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**Na podstawie dokumentacji postępowania i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut – naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne uznanie zmian wprowadzonych w treści oferty wykonawcy SKANSKA po upływie terminu składania ofert oraz zarzut – naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy – należy uznać za zasadny.

Zamawiający żądał w cz. V ust. 1 lit. b tiret drugie specyfikacji, aby oferty zawierały kosztorysy uproszczone, a do kosztorysów należało cyt. „załączyć jako osobny załącznik – zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w opracowanym kosztorysie ofertowym”. Zgodnie z treścią tego postanowienia specyfikacji, to właśnie dane wykazane w zestawieniu cen mają pokazywać odpowiednie ceny przyjęte w kosztorysie ofertowym. Jednak w dokumencie tym wykonawcy SKANSKA znalazły się ceny, które wraz z cenami jednostkowymi materiałów w kosztorysie ofertowym wymagały wyjaśnień.

Na podstawie tych wątpliwości zamawiający zażądał wyjaśnień do wykonawcy SKANSKA pismem z 02.07. 2009 r.

W odpowiedzi, przesłanej faksem w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, wykonawca SKANSKA stwierdził, że w dokumencie „Zbiorcze zestawienie materiałów” na str. 20-26 znajdują się omyłki pisarskie. Wykonawca wyspecyfikował te omyłki w załączniku do pisma i wskazał jak należy je poprawić oraz jednocześnie wykonawca SKANSKA wyraził zgodę na poprawienie tych omyłek, jak to jest unormowane w stosunku do omyłek zaliczanych do kategorii innych omyłek, zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Dodatkowo wykonawca SKANSKA stwierdził, że omyłki te w żaden sposób nie mają wpływu na treść oferty, a w szczególności na cenę oferty.

Skład orzekający Izby stwierdził, że z przytaczanego postanowienia specyfikacji wynika, że ceny zawarte w scalonych kosztorysach ofertowych były wstawiane przez wykonawców niezależnie od innych dokumentów wykonawców. Wykonawcy mieli obowiązek z tych kosztorysów wskazać na przyjęte ceny. Wynika to z treści przytaczanego postanowienia specyfikacji, cyt.: „zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w opracowanym kosztorysie ofertowym”. Gdyby zamawiający uważał, że ceny te mają wpływ na kosztorysy, użyłby sformułowania np. „zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych, na których podstawie opracowano kosztorys ofertowy”.

W ofercie wykonawcy SKANSKA wystąpiły omyłki w „Zbiorczym zestawieniu materiałów” w miejscach wskazanych w załączniku do pisma wykonawcy z 06.07.2009 r., co jest bezsporne. Jednak omyłki te nie miały wpływu na istotną zmianę treści oferty, a zwłaszcza nie wpływały w żaden sposób na wysokość zaoferowanej ceny.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne uznanie zmian wprowadzonych w treści oferty wykonawcy SKANSKA po upływie terminu składania ofert jest zasadny.

Zamawiający, napotykając się na miejsca w ofertach, co do których ma wątpliwości czy wykonawca nie popełnił w ofercie omyłek, musi rozwiązać wszystkie wątpliwości – do czego

służy instrument art. 87 ust. 1 Pzp, a także musi dokonać poprawy omyłek, zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, chyba że błędów w ofercie nie można zakwalifikować do żadnej z kategorii omyłek unormowanych w art. 87 ust. 2 Pzp. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający zaniechał dokonania poprawy omyłek, a jednocześnie traktował ofertę, jakby nie zawierała omyłek, co jest niezgodne z art. 87 ust. 2 Pzp. Ze względu na przyjęty w przepisie tryb oznajmujący (zamawiający poprawia w ofercie) zamawiający ma obowiązek dokonania poprawy omyłek i następnie powiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

Również wykonanie czynności poprawy omyłek w ofercie przez wykonawcę nie może być traktowane jako właściwe wykonanie dyspozycji normy zawartej w art. 87 ust. 2 Pzp, gdyż obowiązek poprawy omyłek bezwzględnie spoczywa na zamawiającym. Zamawiający zaniechał dokonania poprawy omyłek, co wynika z dokumentacji oraz oświadczenia wykonawcy podczas rozprawy.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu nie miało miejsca prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty, które jest niedozwolone na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. Jednak sam ustawodawca zastrzega, że dokonywanie poprawek omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 (oraz 1a) Pzp nie może być traktowane jako naruszenie art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest wyjaśnienie wątpliwości, jakie mogą się zrodzić podczas badania ofert. Jednym z instrumentów służących do wyjaśnienia oferty jest uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie 1 Pzp. W związku z regułą należytej staranności należy wskazać, że uprawnienie to jest obowiązkiem zamawiającego, aby mógł on następnie niepodważalnie ocenić oferty i wybrać najkorzystniejszą. Nie można zatem mylić prawa żądania wyjaśnień oraz obowiązku poprawienia omyłek zawartych w art. 87 ust. 1 zdanie 1 i ust. 2 Pzp z zakazem prowadzenia negocjacji. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający zaniechał dokonania poprawy omyłek.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że każdy uczestnik postępowania ma uzasadnione prawo oczekiwać, że zamawiający będzie w identyczny i wynikający z przepisów ustawy sposób traktował wszystkich wykonawców, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Następnie zamawiający ma obowiązek udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wynika z fundamentalnego art. 7 ust. 3 Pzp. Wybór oferty, która zawiera omyłki należy uznać za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i w związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie w tym zakresie jest zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zażądanie od wykonawcy SKANSKA wyjaśnień cen jednostkowych materiałów w kosztorysie

ofertowym, w nawiązaniu do zestawienia cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty nie zasługuje na poparcie, co zostało wykazane wyżej.

Podobnie, w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA nie zasługuje na poparcie. To sam zamawiający ma obowiązek zakwalifikować błędy, które znajdują się w ofercie do jednej z trzech kategorii omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp albo do błędów, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast zamawiający nie dokonał poprawy omyłek.

Wobec powyższego skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy na kwotę 4 392 zł. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122) uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika nie mogą być wyższe niż 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....