

**WYROK**

**z dnia 15 listopada 2011 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff

Paweł Trojan

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2011 roku przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Grudziądz**

przy udziale:

- A. wykonawcy **MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- B. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Zamawiającego **Gminy Miasto Grudziądz** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W dniu 31 października 2011 roku (pismem z dnia 28 października 2011 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, za pomocą ESP, na podstawie art. 179 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami) zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę - Miasto Grudziądz.

Odwołanie wniesiono od decyzji Zamawiającego z dnia 18 października 2011 roku, doręczonej Odwołującemu drogą faksową w dniu 20 października 2011 roku, a polegającej:

(i) na dokonaniu przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mostostal Warszawa SA z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Mostostal”), pomimo iż oferta wykonawcy obarczona jest poważnymi błędami formalnymi skutkującymi obowiązkiem uchylenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b in fine a contrario oraz przepisem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp i jednoczesnym odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a także podjęciem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty;

(ii) na bezpodstawnym dokonaniu przez Zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Melbud SA z siedzibą w Grudziądzu (dalej „Melbud”) skutkującego nieuzasadnionym sklasyfikowaniem oferty wykonawcy na drugiej pozycji w rankingu ofert, pomimo iż po pierwsze oferta Melbud nie zawiera omyłek podlegających poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a po drugie, że brak jest przesłanek i możliwości prawnych zastosowania w ramach postępowania trybu poprawiania omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w ramach opisanych przez Zamawiającego kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (100% cena) cena, która miała wynikać wyłącznie z treści formularza oferty i stanowiła cenę ryczałtującą za wykonanie zadania inwestycyjnego. Powyższe, zdaniem Odwołującego, skutkować musi koniecznością uchylenia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie sklasyfikowania Melbud na drugiej pozycji w rankingu ofert oraz uchylenia czynności poprawienia rzekomo oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy, jako dokonanej z naruszeniem prawa wraz z usunięciem wszelkich skutków prawnych dokonanej wbrew przepisom prawa czynności oraz podjęciem decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem czynności opisanych wyżej.

Zamawiający dokując czynności poprawienia omyłki rachunkowej o - jego zdaniem oczywistym charakterze naruszył podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w szczególności przepis art. 7 ust. 1 w zw. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;

(iii) na zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców - Mostostal oraz Melbud w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na błąd w cenie polegający na zastosowaniu przez wykonawców niewłaściwej stawki podatku VAT dla zadania inwestycyjnego.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, iż opisane powyżej czynności Zamawiającego - naruszają przepisy ustawy Pzp przede wszystkim: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2b, 3 i 4, art. 87 ust. 2 pkt 2, 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz inne wymienione w treści odwołania, a także postanowienia Zamawiającego opisane w SIWZ w Rozdziale 7, w szczególności pkt 7.2, oraz Rozdziale 13 i Rozdziale 14.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uchylenie decyzji Zamawiającego z dnia 18 października 2011 roku o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Mostostal;
- 2) dokonanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Mostostal, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp in fine a contrario;
- 3) a w konsekwencji o odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Mostostal na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i/lub odrzucenie oferty Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- 4) uchylenie podjętej z naruszeniem prawa czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Melbud;
- 5) a w konsekwencji sklasyfikowanie oferty Melbud, zgodnie z zasadami postępowania; z uwzględnieniem ewentualnej konieczności odrzucenia oferty Melbud, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- 6) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż jego interes w złożeniu odwołania, jako wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na trzeciej pozycji rankingu ofert - polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany w toku kolejnych czynności nakazanych przez Izbę do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Tym samym przedmiotowe zamówienie zostanie pozyskane do realizacji przez Odwołującego. Zatem Odwołujący w aktualnym stanie postępowania, w wyniku czynności Zamawiającego może ponieść szkodę, rozumianą jako nie uzyskanie przedmiotowego zamówienia do realizacji.

Odwołanie zostało podpisane i wniesione w imieniu Hydrobudowy Gdańsk SA przez upoważnionego do tej czynności przez Zarząd Spółki - pracownika Spółki, w oparciu o stosowne pełnomocnictwo załączone do odwołania.

Odwołujący, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przekazał Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, na potwierdzenie czego przedłożono faksowe potwierdzenie przekazania pisma.

W uzasadnieniu wskazano, że w przedmiotowym postępowaniu ofertę, w dniu 19 września 2011 roku złożyło ośmiu wykonawców, w tym spółki - Mostostal, Melbud oraz Odwołujący. Zamawiający w toku czynności badania i oceny ofert, pismami z dnia 12 października 2011 roku wzywał wszystkich spośród trzech wykonawców do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W dniu 12 października 2011 roku Zamawiający poinformował Melbud o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki pisarskiej i rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

### **Zarzuty szczegółowe - oferta Mostostal**

1) Odwołujący wskazał, że Zamawiający, zgodnie z pkt 6.2 SIWZ IDW wymagał, aby wykonawcy biorący udział w przetargu legitymowali się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 4 000 000 zł, polegającej na budowie lub przebudowie umocnień brzegowych rzek, kanałów lub zbiorników wodnych o długości min. 300 mb.

Jednocześnie w pkt 7.2 SIWZ IDW Zamawiający wskazał, iż jeśli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów, na zasadach określonych w 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres z nich korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w przypadku gdy podmiotem udostępniającym wiedzę i doświadczenie na rzecz wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, jest spółka kapitałowa, w której został powołany zarząd wieloosobowy, w takim przypadku zgodnie z dyspozycją art. 373 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli zaś statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

Zgodnie z art. 104 Kodeksu Cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna (...). Zgodnie zaś z przepisem art. 99 § 1 KC, jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Zgodnie zaś z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu

Bezsprzecznie zatem wynika, iż oświadczenie o oddaniu zasobów obejmujących wiedzę i doświadczenie (oraz innych) na rzecz innego podmiotu, biorącego udział w postępowaniu przetargowym, przez spółkę akcyjną winno być dokonane (podpisane) przez osoby uprawnione do działania w imieniu tej spółki (z sankcją nieważności jednostronnej czynności prawnej) i przyjąć formę pisemną, pod rygorem nieważności.

Wykonawca Mostostal w ramach udokumentowania posiadanej wiedzy i doświadczenia wskazał w Wykazie Robót dołączonym do oferty zadanie inwestycyjne pn.: „Wykonanie uzupełniającej zabudowy regulacyjnej na prawym brzegu rzeki Wisły km 472-473 m w Radwanów Szlachecki - remont opaski brzegowej Op. 473-474”.

Zamawiający pismem z dnia 12 października 2011 roku stanowiącym wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powziął w wątpliwość czy wiedza i doświadczenie wykazane przez Mostostal faktycznie obejmuje, zgodnie definicjami legalnymi, budowę lub przebudowę, a nie wyłącznie remont.

Wykonawca wyjaśnił w piśmie z dnia 17 października 2011 roku, iż wykazane jako potwierdzające wiedzę i doświadczenie Wykonawcy zadanie inwestycyjne potwierdza zakres wykonywanych czynności (budowę lub przebudowę).

Odwołujący pismem z dnia 28 września 2011 roku stanowiącym wniosek o udostępnienie informacji publicznej zwrócił się do Zamawiającego RZGW w Warszawie o potwierdzenie, iż faktycznie zadanie obejmuje budowę lub przebudowę. W odpowiedzi na to pismo, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie - Zamawiający zadania inwestycyjnego, pismem z dnia 10 października 2011 roku wyjaśnił, iż przedmiotowe zadanie inwestycyjne obejmowało wyłącznie remont opaski o dł. 1015 m, a więc nie mogło być uznane przez Zamawiającego, jako potwierdzające wymogi SIWZ w zakresie wiedzy doświadczenia.

Jednocześnie Mostostal do pisma z dnia 17 października 2011 roku stanowiącego uzupełnienie oferty, załączył w ramach realizacji procedury uzupełnienia oferty nowy (uzupełniony) Wykaz Robót, w którym wskazał dodatkowo robotę pn.: „Budowa bazy zwalczania zanieczyszczeń w Świnoujściu”, które obejmowało w swym zakresie umocnienie brzegów ścianką szczelną z oczepem w Basenie Północnym Portu Świnoujście na dł. 350 mb. Wykazywaną wiedzę i doświadczenie Mostostal pozyskał na zasadzie udostępnienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Do pisma z dnia 17 października 2011 roku zostało również załączone oświadczenie Spółki Navimor - Invest SA mogące stanowić o prawie

Mostostal do dysponowania wiedzą i doświadczeniem. Odwołujący wskazuje, iż oświadczenie zostało wydane, zgodnie z jego treścią w dniu 6 września 2011 r. i podpisane przez Pana Tomasza M. - Wiceprezesa Zarządu, Panią Joannę P. - Prokurenta Spółki oraz Pana Marka D. - Prokurenta Spółki.

Odwołujący dokonał analizy w zakresie dokumentów statutowych Spółki Navimor - Invest i stwierdził, iż Pan Tomasz M. w dniu 6 września 2011 roku nie pełnił w spółce funkcji Wiceprezesa Zarządu upoważnionego do reprezentacji spółki, zgodnie ze statutowymi zasadami, bowiem z informacji wynikających ze strony internetowej Navimor Invest wynika, iż powołanie miało miejsce na mocy Uchwały Rady Nadzorczej z dnia 13 września 2011 r. Odwołujący dążąc do potwierdzenia tych danych pozyskał pełny odpis z KRS spółki, w treści którego nie dokonano wzmianki o powołaniu wskazywanej osoby na stanowisko Wiceprezesa Navimor - Invest. Odwołujący, w świetle pozyskanych budzących wątpliwości informacji, dokonał również analizy akt rejestrowych spółki, z których wynika, iż do dnia 25 października 2011 r. Spółka Navimor- Invest nie dokonała zgłoszenia powołania do pełnienia funkcji Wiceprezesa Zarządu przez Pana Tomasza Marcinkowego. W aktach rejestrowych Odwołujący nie odnalazł Uchwały o powołaniu Pana M. do pełnienia wskazanej funkcji, pomimo upływu terminu ustawowego na dokonanie takiego zgłoszenia. Nadto z akt rejestrowych spółki Odwołujący pozyskał tekst jednolity statutu spółki (stempel Sądu z dnia 5 września 2011 r.), z którego w sposób wyraźny i nie budzący wątpliwości wynika sposób reprezentacji w/w Spółki, tj.

- w przypadku zarządu jednoosobowego - Prezes Zarządu;
- w przypadku zarządu wieloosobowego - dwóch Członków Zarządu działających łącznie lub Członek Zarządu działający łącznie z Prokurentem;
- Prokurent - zawsze działa łącznie z Członkiem Zarządu;

Podkreślenia wymaga, iż umocowani w Spółce Navimor - Invest prokurenci realizują swoje pełnomocnictwo w zakresie prokury łącznej. W świetle powyższych danych stwierdzić należy, iż oświadczenie o udostępnieniu na rzecz Mostostal wymaganej w ramach SIWZ wiedzy i doświadczenia jest nieważne, z uwagi na podpisanie go przez osoby nieupoważnione do działania w imieniu spółki, co skutkuje tym, iż Mostostal winien zostać wykluczony z postępowania wobec nie wykazania posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, a w związku z tym jego oferta winna zostać odrzucona.

**2)** Zamawiający w pkt 13.2 SIWZ IDW wskazał, iż za wykonanie zadania wynagrodzenie winno być ustalone w formie ryczałtu obejmującego stawkę podatku VAT należnego w dniu składania ofert.

W pkt 13.3 SIWZ IDW Zamawiający ustalił, iż cena objęta ryczałtem musi obejmować koszty wszystkich robót niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych robót

z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych opracowanymi przez INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. (...). Przedmiary robót będące elementem dokumentacji projektowej są materiałem pomocniczym do ustalenia ceny oferty. Cena zaoferowana przez wykonawcę winna wynikać ze „Zbiorczego zestawienia kosztów” dołączonego przez wykonawcę do oferty.

Jednocześnie Zamawiający w żadnym punkcie dokumentów przetargowych nie utożsamiał pojęcia wynagrodzenia ryczałtowego, z ceną opisywaną w pkt 13.3 SIWZ, co pozwala wobec treści innych postanowień SIWZ stwierdzić, iż nie są to pojęcia znaczeniowo tożsame, bowiem wynagrodzenie obejmuje cenę wraz z podatkiem VAT (brutto).

Wzór dokumentu „Zbiorcze zestawienie kosztów” stanowił Załącznik do SIWZ i został sporządzony w ten sposób, iż pierwsza tajemna obejmuje wskazanie „LP”, druga wskazuje „Składniki Kosztów Przedsięwzięcia” (drogi, hydrotechnika etc.) trzecia zaś została określona jako „Koszt”, w ostatniej rubryce dokumentu znajduje się podsumowanie - „Razem”.

Jednocześnie w Rozdziale 14 SIWZ Zamawiający wskazał, iż kryterium (100%) ceny będzie rozpatrywane na podstawie ceny podanej przez wykonawcę w formularzu oferty. W formularzu zaś oferty w pkt 2 Zamawiający wprowadził następującą formułę: „Oferujemy wykonanie w/w przedmiotu zamówienia za cenę ofertową, wyliczoną zgodnie z załączonym „Zbiorczym Zestawieniem Kosztów”, która wynosi: CENA OFERTOWA BRUTTO”.

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający w pkt 13.3 SIWZ IDW wymienił wyłącznie składniki ceny stanowiące koszty wykonawcy (koszty wykonania robót głównych, tymczasowych, pomocniczych, etc), nie wskazując na konieczność uznania jako kosztu podatku VAT. Z zapisu wskazanego punktu nie sposób nawet wyinterpretować, iż „Zbiorcze Zestawienie Kosztów” winno uwzględniać w ramach poszczególnych cen również kwotę podatku VAT.

Odwołujący wskazał, iż w sposób wyraźny konieczność dodania podatku VAT do ceny ofertowej wynikającej ze „Zbiorczego Zestawienia Kosztów” pojawia się w postanowieniach Rozdziału 14, którego zapisy wskazują, iż kryterium 100% ceny dotyczy wyłącznie ceny wskazanej w formularzu ofertowym, z którego wynika bezsprzecznie, iż jest to cena ofertowa brutto, a więc cena zawierająca podatek VAT. Przywołane postanowienia SIWZ potwierdzają, w szczególności wobec postanowienia Rozdziału 14 SIWZ, iż znaczenie dokumentu pn.: „Zbiorcze Zestawienie Kosztów” jest raczej wtórne, pomocnicze, podobnie jak charakter przedmiarów w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym faktyczny brak znaczenia „Zbiorczego Zestawienia Kosztów” dla postępowania są postanowienia Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik do SIWZ, na mocy których Zamawiający potwierdził, iż wynagrodzenie kontraktowe ma charakter ryczałtowy i będzie rozliczanie - nie w oparciu o podział kwoty



wynikający ze Zbiorczego Zestawienia Kosztów - ale, w oparciu o harmonogram rzeczowo - finansowy i protokół odbioru robót podpisany przez Inspektora Nadzoru.

Ponadto Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy, pomimo pomocniczego charakteru Przedmiarów Robót, załączali do oferty sporządzone w oparciu o nie kosztorysy ofertowe, w celu umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji kwot wskazanych w „Zbiorczym Zestawieniu Kosztów”, które miało potwierdzać cenę ofertową.

Zdaniem Odwołującego wobec braku w postępowaniu dokumentów źródłowych (kosztorysów) dla ustalenia poprawności kosztów wskazanych dla poszczególnych robót w „Zbiorczym Zestawieniu Kosztów”, brak jest możliwości ustalenia w sposób prosty, oczywisty czy w istocie niewłaściwie wpisane zostały ceny (w rozumieniu kosztu) do Zbiorczego Zestawienia Kosztów, czy też błędne jest podsumowanie, albo w „Zestawieniu kosztów” zostały wskazane dla poszczególnych robót koszty, zaś podsumowanie stanowi cenę ofertową brutto, tj. łącznie podatkiem VAT, stąd powstała równica rachunkowa.

Nadto Odwołujący dla porządku oraz próby analizy intencji Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, iż w ramach SIWZ IDW Zamawiający nie wskazał żadnych postanowień dotyczących ewentualnego poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż ugruntowaną dobrą praktyką Zamawiających, którzy ustalili charakter ceny ofertowej jako kosztorysowej lub ewentualnie innej mieszanej (ryczałt w oparciu o kosztorysy ofertowe), jest zamieszczanie w SIWZ postanowień dotyczących poprawiania omyłek, pomimo, iż zasady te kształtuje samo prawo.

Zdaniem Odwołującego wobec dokonanych przez Zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, czynności, a także w świetle uwag powyżej - w pierwszej kolejności konieczne jest ustalenie charakteru prawnego i koniecznej zawartości dokumentu pn.: „Zbiorcze zestawienie kosztów”. W tym celu należy ustalić czy ów wymieniony w Zestawieniu koszt stanowi de facto cenę netto, czy też cenę brutto za wykonanie każdego ze wskazanych „Składników”, czyli grup robót w ramach zamówienia.

Z punktu widzenia wykonawcy, w oparciu o przepisy prawa podatkowego stwierdzić należy, iż podatek od towarów i usług jest wymieniony w katalogu wydatków, które nie stanowią kosztów uzyskania przychodów, co wobec poglądów organów podatkowych nie może być sporne, daje podstawę do uznania, iż „koszt” z tabeli pn.: „Zbiorcze zestawienie kosztów”, w świetle powyżej przytoczonych zapisów SIWZ i braku jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie Zamawiającego należy utożsamić raczej z kwotą netto za wykonanie poszczególnych rodzajów robót, które to kwoty netto miałyby „złożyć” się na cenę za realizację całego zamówienia, która po dodaniu podatku VAT staje się ceną ofertową.

W niniejszej sprawie również istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia co do zasady rangi dokumentu pn.: „Zbiorcze zestawienie kosztów” ma fakt, że w wynagrodzenie za wykonanie

zamówienia ma być wynagrodzeniem ryczałtowym. Cena zaś ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie dokumentacji projektowej, a wszelkie pozostałe dokumenty potwierdzające cenę mają znaczenie jedynie pomocnicze. Oznacza to, że dołączenie do oferty przez wykonawcę w/w „Zbiorczego Zestawienia Kosztów” ma znaczenie o tyle, że może ono w pewien ograniczony sposób uzasadniać jedynie merytorycznie oferowaną przez wykonawcę kwotę wynagrodzenia ryczałtowego, przy czym znaczenie nawet we wskazanym wąskim zakresie jest raczej iluzoryczne, bowiem brak jest dokumentów źródłowych - kosztorysów, zaś jedynym ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert winna być cena wynikająca z formularza ofertowego. W tym miejscu, Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok KIO z dnia z dnia 4 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1386/09, oraz wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r. sygn. akt 378/11, wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r. sygn. akt 433/11, wydany w stanie faktycznym zbieżnym objętym odwołaniem.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO pojęcie „oczywistej omyłki rachunkowej” jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych pojęciem nowym wprowadzonym nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008 r., przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji posługiwał się pojęciem „omyłki rachunkowej”. W ocenie Izby dla zdefiniowania pojęcia „oczywistości” omyłki rachunkowej znajdzie odpowiednie zastosowanie stanowisko orzecznictwa i doktryny w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości.

Odwołujący wobec orzecznictwa oraz ustalonych okoliczności faktycznych sprawy i postanowień SIWZ wskazał, iż z uwagi na fakt, iż „Zbiorcze Zestawienie Kosztów” winno obejmować wyszczególnienie cen netto - tak jak zostało to zinterpretowane przez Odwołującego i wynika z załączonego przez niego do oferty „Zbiorczego Zestawienia Kosztów”, zaś kwota należnego podatku VAT winna zostać doliczona do ceny ofertowej dopiero w formularzu ofertowym, który stanowi jedyny i wyłączny przedmiot oceny w ramach ustalonych w niniejszym postępowaniu kryteriów oceny ofert - w świetle treści „Zbiorczych Zestawień Kosztów” (ceny netto) Wykonawców Mostostal oraz Melbud oraz formularzy ofertowych zawierających wskazanie ceny brutto stwierdzić należy, iż wykonawcy zastosowali dla zakresu przedmiotowego zadania inwestycyjnego błędną stawkę podatku VAT (0%), nie zaś stawkę podstawową. Przy czym stawka podatku VAT dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego nie budzi wątpliwości i wynosi 23%.

Wniosek opisany w akapicie powyżej bezsprzecznie wynika z porównania „Zbiorczych Zestawień Kosztów” oraz formularzy ofertowych wykonawców i wskazuje na

konieczność odrzucenia przez Zamawiającego ofert tychże wykonawców w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie uznania czy zastosowanie błędnej stawki podatku VAT stanowi błąd w cenie i jednocześnie stanowi obligatoryjną podstawę do odrzucenia przez zamawiającego oferty dotkniętej takim błędem jest niejednolite, zatem przytaczanie poszczególnych orzeczeń jest nieuzasadnione, tym bardziej, iż w/w kwestię rozstrzygnął ostatecznie Sąd Najwyższy na mocy Uchwały podjętej w dniu 20 października 2011 r. w sprawie sygn. akt. III CZP 52/11, rozstrzygając zagadnienie prawne dotyczące wykładni art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych przedstawione w trybie art. 390 § 1 k.p.c. przez Sąd Okręgowy w Koninie, w sprawie ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 313/11). Sąd Najwyższy uznał, że określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP).

### **Zarzuty szczegółowe - oferta Melbud**

Zamawiający w toku czynności badania ofert stwierdził, iż suma kwot „kosztów” wskazanych w treści Załącznika do oferty - „Zbiorcze Zestawienia Kosztów” w ofercie wykonawcy Melbud nie jest zgodna z kwotą wskazaną w rubryce „Razem” i z kwotą wskazaną jako cena ofertowa brutto w formularzu oferty. Wobec powyższego Zamawiający pismem z dnia 12 października 2011 roku dokonał sprostania oczywistej omyłki rachunkowej, która nastąpiła w ramach „Zbiorczego Zestawienia Kosztów” w ofercie Melbud i skorygował cenę ofertową wykonawcy o kwotę 4 957 338,21 zł, co w sposób bardzo istotny wpłynęło na klasyfikację ofert w przedmiotowym postępowaniu, co może również wpłynąć na jego wynik.

Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający w sposób bezpodstawny uznał, iż „Zbiorcze Zestawienia Kosztów” Melbud zawiera oczywisty błąd w sumowaniu, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie przedłożyli kosztorysów ofertowych, a więc nie jest możliwa weryfikacja kwot wskazanych jako koszt dla poszczególnych Składników Kosztów Przedsięwzięcia, co powoduje, iż nie jest możliwe stwierdzenie, czy błąd faktycznie występuje w sumowaniu, czy może sumowanie jest prawidłowe zaś błąd występuje w jednym lub kilku ze wskazanych kosztów.

Odwołujący, w oparciu o wyżej przytoczone stanowisko orzecznictwa, uznając, iż czynność Zamawiającego stanowi naruszenie prawa, dokonał przykładowej analizy kwot wskazanych jako Koszty w Zestawieniu sporządzonym i załączonym do oferty przez Melbud,

i uważa, że oferta Melbud nie zawiera omyłek, które podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w toku analizy przyjął przykładowy hipotetyczny scenariusz i uznał, iż koszty dla pozycji 1, 2 i 8 Melbud w „Zestawieniu” zawarł w kwocie netto (zgodnie z zasadami niniejszego postępowania), zaś koszty w odniesieniu do pozostałych Składników Kosztów Przedsięwzięcia wskazał nieprawidłowo w kwocie brutto. Hipotetyczna analiza dokonana przez Odwołującego wykazuje, iż scenariusz jest bardzo prawdopodobny, bowiem w odniesieniu do różnicy w sumowaniu obejmującej kwotę łączną 4 957 338,21 zł, różnica wyniosła 918,57 zł. Możliwe wydają się również inne kombinacje na samym dokumencie, między innymi, stwierdzenie iż nie ma błędu w sumowaniu, bowiem koszty dla wszystkich Składników Kosztów Przedsięwzięcia zostały, zgodnie z SIWZ wskazane jako koszty tj. w kwocie netto, natomiast podsumowanie zawiera sumę kosztów z uwzględnieniem podatku VAT.

Odwołujący stwierdził jednak z całą stanowczością, iż w przedmiotowym postępowaniu wobec braku dokumentów odniesienia w postaci kosztorysów ofertowych nie ma możliwości zastosowania trybu opisanego w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, między innymi z uwagi na brak oczywistości błędów oraz brak dokumentów odniesienia. Poprawienie przez Zamawiającego oferty Melbud w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest wadliwe i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

### **Zarzuty do ofert Mostostal i Melbud**

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż oferty Mostostal oraz Melbud dotknięte są błędem w cenie polegającym na zastosowaniu błędnej stawki podatku VAT, tj. w miejsce 23% - 0%, co wynika z przeniesienia kwot netto wynikających ze „Zbiorczego Zestawienia Kosztów” do formularzy oferty, w których wskazuje się cenę brutto, która to cena jednocześnie stanowi podstawę, w ramach jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo wskazano na stanowisko KIO wyrażone w uzasadnieniu do wyroku z dnia 11 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 378/11, iż ustalenie właściwej stawki podatku VAT nie dotyczy działania matematycznego, lecz przyjęcia danej niezbędnej do przeprowadzenia tego rachunku. Niezależnie od braku możliwości poprawienia stawki podatku VAT, jako konsekwencji rachunkowych oczywistych omyłek rachunkowych, należy także mieć na względzie zgodność takiego postępowania z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w treści SIWZ wskazał, iż kryterium (100%) ceny będzie rozpatrywane na podstawie ceny brutto podanej przez wykonawcę w formularzu oferty.

W dniu 3 listopada 2011 roku, po otrzymaniu w dniu 2 listopada 2011 roku pełnej treści odwołania od Zamawiającego, do postępowania odwoławczego, art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w części obejmującej zarzuty dotyczące Mostostal z uwagi na ich bezzasadność.

Przystępujący wskazał, że ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Po przeprowadzonej przez Zamawiającego ocenie ofert, oferta Przystępującego została wybrana ofertą najkorzystniejszą. Przystępujący uznaje czynności Zamawiającego za prawidłowe, zgodne z prawem i nie dopatruje się żadnych zaniechań z jego strony. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej zarzutów przedstawionych przez Odwołującego wobec oferty Mostostal naraża Przystępującego na szkodę i uniemożliwia mu pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Z tego też względu Przystępujący posiada interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego doręczono bezpośrednio Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a jego kopię przesłano się Zamawiającemu oraz Odwołującemu zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 3 listopada 2011 roku, po otrzymaniu w dniu 2 listopada 2011 roku pełnej treści odwołania od Zamawiającego, do postępowania odwoławczego, art. 185 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp, przystąpienie po stronie Odwołującego względem żądania wykluczenia z postępowania wykonawcy Mostostal Warszawa S.A zgłosił wykonawca Melbud S.A. z siedzibą w Grudziądzu.

Przystępujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w zakresie wykluczenia wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. jako zasadnego a dotyczącego wadliwych czynności Zamawiającego wykonanych niezgodnie z prawem ustawy. Stwierdził, że w pełni popiera zarzut Odwołującego dotyczące braku spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez Mostostal Warszawa S.A. w danym postępowaniu. Zasób wiedzy i doświadczenia od spółki Navimor - Invest S.A. został przekazany nieskutecznie ze względu na brak pełnej reprezentacji strony przekazującej na zobowiązaniu.

Ponadto, fakt uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego przez Mostostal Warszawa S.A. wykazu wykonanych robót poprzez przedłożenie nowego wykazu wykonanych robót popartego referencjami firmy Navimor - Invest S.A. wraz z zobowiązaniem tej firmy - jest bezsporny. Wątpliwości tego zobowiązania budzi fakt, że jeżeli Mostostal Warszawa S.A. dysonował w dniu 06.09.2011 r. danym zobowiązaniem i referencjami od Navimor - Invest S.A., to dlaczego nie dołączył tych dokumentów do swojej oferty, a tym bardziej nie umieścił udostępnianego doświadczenia w wykazie wykonanych robót /prawdopodobnie mógł to

złożyć jedynie w sytuacji gdy Navimor - Invest S.A nie byłaby wskazana jako oferta najkorzystniejsza/. Nadmieniono, że spółka Navimor - Invest S.A. jest również uczestnikiem danego postępowania. Tym samym Navimor - Invest S.A. oraz Mostostal Warszawa S.A., zdaniem Przystępującego, dokonali zabronionego porozumienia przed składaniem ofert - niska cena Mostostal Warszawa S. A. - wysoka Navimor - Invest S.A.. W tej konstrukcji układu, doszło do złożenia 2 ofert przez wykonawcę.

Interes prawny Przystępującego polega na tym, że zgodnie z powtórzonym procesem badania i oceny wadliwej oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., dany wykonawca zostanie wykluczony z postępowania, co spowoduje, że to jego oferta ważna zostanie wskazana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

W dalszym zakresie przystąpienia wykonawca polemizował ze stanowiskiem Odwołującego, wskazując, że jego oferta podlega ocenie gdyż nie jest niezgodna z ustawą a jej treść odpowiada treści specyfikacji, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jest ważna na gruncie odrębnych przepisów i nie posiada oczywistych omyłek rachunkowych nie dających się poprawić. Zamawiający zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt. 2) dokonał obowiązkowej czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w zbiorczym zestawieniu kosztów i następnie uwzględnił konsekwencje tej poprawki w formularzu ofertowym. Dodał, że nieprawdą jest, że jeżeli cena oferty stanowi ryczałt to Zamawiający ma zablokowane poprawki tej ceny. Przywołał brzmienie nie obowiązującego już art. 88 ustawy Pzp i wskazał, że możliwe jest stosowanie reguł w niego wynikających. Tym samym nie ma podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego. W tym zakresie przytoczył także orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej odnośnie poprawiania omyłek.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego doręczono Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a jego kopię przesłano się Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

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

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) zostaje przez Izbę oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która pierwotnie zajmowała drugie miejsce w rankingu wykonawców. Jego oferta została merytorycznie oceniona, wykonawca nie został wykluczony z postępowania. Odwołujący kwestionując zasadność dokonanego wyboru oraz poprawienia omyłki rachunkowej w konkurencyjnej ofercie, wykazał możliwość uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu, tym samym Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zarówno po stronie Zamawiającego, jak też Odwołującego wykonawców biorących udział w postępowaniu, których oferty są kwestionowane.

Zamawiający w dniu 14 listopada 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali stanowiska wyrażone pisemnie.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania Inwestycyjnego pn.: „Rewitalizacja i adaptacja obszaru przemysłowego w Grudziądzu do nowych funkcji turystyczno - rekreacyjnych Etap II: rewitalizacja portu i nabrzeża Wisły”.

Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 137 – 227597 w dniu 20 lipca 2011 roku.

Zgodnie z zapisami SIWZ, w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym wykonawca winien

wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł, polegającą na budowie lub przebudowie umocnień brzegowych rzek, kanałów lub zbiorników wodnych o długości min. 300 mb (pkt 6.2. SIWZ, rozdział 6 - *Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*)

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy, zgodnie z zapisami rozdziału 7 – *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*, wykonawcy mieli złożyć **wykaz robót budowlanych** w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – wg Załącznika do SIWZ (pkt 7.1.2.SIWZ).

Punkt 7.2. SIWZ stanowił, że w sytuacji, gdy wykonawca polegał będzie na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, na zasadach określonych w art.26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu kluczowe są także postanowienia rozdziału 13 – *Opis sposobu obliczenia ceny* i 14 SIWZ – *Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert*.

Zgodnie z rozdziałem 14 jedynym kryterium oceny ofert była cena – 100%. Kryterium ceny rozpatrywane było na podstawie ceny podanej przez wykonawcę w formularzu oferty.

Z rozdziału 13 SIWZ wynikało natomiast, że wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z opracowaniem oferty i własnym staraniem zdobywa wszelkie informacje niezbędne do jej przygotowania (13.1). Zamawiający ustalił, że za wykonanie zadania wynagrodzenie winno być ustalone w formie ryczałtu obejmującego stawkę podatku VAT, należnego na dzień składania ofert (13.2). Cena objęta ryczałtem miała obejmować koszty wszystkich robót niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych robót z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót (...) z uwzględnieniem uwag dotyczących opisu przedmiotu zamówienia (13.3). Ryczałt obejmował miał również czynności czy roboty tymczasowe związane z wykonaniem danej



roboty budowlanej (np. roboty przygotowawcze, porządkowe, oznakowanie terenu, zmian w organizacji ruchu, koszty zajęcia pasa drogowego, obsługę geodezyjną). Przedmiary robót będące elementem dokumentacji projektowej, były materiałem pomocniczym do ustalenia ceny oferty. Cena zaoferowana przez Wykonawcę winna wynikać ze „Zbiorczego zestawienia kosztów” dołączonego przez Wykonawcę do oferty. Po wyborze oferty cena ofertowa za wykonanie przedmiotu umowy miała być wprowadzona do umowy i nie będzie podlegać zmianom do końca realizacji umowy (13.4). **Cena oferty** (i wszystkie jej składniki) powinna być wyrażona w **PLN** z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wyliczenie zaokrągleń winno być dokonane zgodnie z zasadami przybliżeń dziesiętnych (13.5).

Z § 8 (pkt 2 i 4) wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ wynika, że należność za wykonanie przedmiotu umowy będzie regulowana na podstawie faktur częściowych, wystawianych przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego, nie częściej niż 1 raz w miesiącu oraz że podstawę do wystawienia faktur za wykonane roboty stanowić będzie zatwierdzony harmonogram rzeczowo-finansowy i protokół odbioru robót podpisany przez Inspektora Nadzoru.

W postępowaniu oferty złożyło 8 wykonawców, w tym Odwołujący i obaj Przystępujący. Zamawiający dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Melbud z kwoty 36 720 651,89 zł na kwotę 31 763 313,68 zł w wyniku czego wykonawca ten zajął drugą pozycję w rankingu. W przypadku przystępującego Mostostal, Zamawiający wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego, a następnie dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, że wykonawca Mostostal w wykazie robót, wskazał następujące zadanie:

- „Wykonanie uzupełniającej zabudowy regulacyjnej na prawnym brzegu rzeki Wisły km 472-473 w m. Radwanków Szlachecki – remont opaski brzegowej Op. 473-474”, zadanie obejmowało budowę umocnień brzegowych rzeki o długości powyżej 300 mb o wartości 4 148 022,20 zł brutto.

W dniu 17 października 2011 r. wykonawca Mostostal uzupełnił dokumenty oraz złożył dodatkowe wyjaśnienia potwierdzające spełnienie warunków określonych w SIWZ. W kwestii doświadczenia zawodowego zaznaczył, że w ofercie (w wykazie i referencjach) znajdują się informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Biorąc jednak pod uwagę wezwanie do wyjaśnień, wykonawca załączył nowy wykaz, gdzie wskazał nową inwestycję.

W wykazie dodano następującą pozycję:

- poz. 2 „Budowa bazy zwalczania zanieczyszczeń w Świnoujściu”. Zadanie obejmowało budowę umocnienia brzegu ścianką szczelną z oczepem w Basenie Północnym

Portu Świnoujście na długości 350 mb, o wartości robót 21 173 051,20 zł, w tym budowa umocnienia brzegowego 8 336 992,00 zł. Doświadczenie to wskazano na zasadnie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

**Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:**

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i posiada uprawnienia pozwalające mu określić przedmiot zamówienia oraz wymagania stawiane wykonawcom stosowanie do jego potrzeb z zachowaniem zasad określonych przepisami prawa powszechnie i bezwzględnie obowiązującymi.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ i ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć.

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Mostostal w zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutów odnoszących się do niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Mostostal, kwestią sporną między stronami jest zakres i charakter prac wynikający z inwestycji wskazanej przez wykonawcę Mostostal w pozycji nr 1 wykazu robót złożonego wraz z ofertą. Zdaniem Odwołującego zakres prac objęty inwestycją nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu wymaganego zapisami SIWZ

przez Zamawiającego, ponieważ obejmuje on remont nie zaś budowę lub przebudowę umocnień brzegowych rzek, kanałów lub zbiorników wodnych o długości min. 300 mb.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 ze zm.) przez budowę należy rozumieć wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Ponadto zgodnie z art. 3 pkt 7a) ww. ustawy przez przebudowę należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Ustawodawca w art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane wprowadził również definicję remontu. Zgodnie z tym przepisem przez remont należy rozumieć wykonanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Oceniając sporną inwestycję z pozycji 1 wykazu wykonawcy Mostostal, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym niewystarczającym było dokonanie jej oceny wyłącznie po wskazanej w wykazie nazwie, czy też jej zakresie wynikającym ze złożonych wraz z wykazem referencji. Wzięto pod uwagę również oświadczenie złożone przez Przystępującego Mostostal w toku rozprawy, że inwestycja ta realizowana była bez pozwolenia na budowę, na zgłoszenie. Zgodnie jednak z art. 29 ust. 1 pkt 17 Prawa budowlanego pozwolenia na budowę nie wymaga budowa opasek brzegowych oraz innych sztucznych, powierzchniowych lub liniowych umocnień brzegów rzek i potoków górskich oraz brzegu morskiego, brzegu morskich wód wewnętrznych, niestanowiących konstrukcji oporowych, a wykonywanie takich robót budowlanych wymaga zgłoszenia właściwemu organowi. Argumentu tego nie poruszył na swoją obronę Przystępujący. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Odwołującego, uznając że z istoty i charakteru prac wskazanych w wykazie i załączonych do niego referencji, a także dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, można dopiero wnioskować, czy mamy do czynienia z remontem czy też przebudową.

O ile na podstawie załączonego do oferty Przystępującego Mostostal wykazu zrealizowanych zamówień nie było możliwym stwierdzenie, iż wymienione w pozycji nr 1 zamówienie obejmowało budowę lub przebudowę obiektu budowlanego, o tyle wyjaśnienia Zamawiającego Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie i złożone przez

Przystępującego oświadczenie nie pozostawiają wątpliwości, iż tylko formalnie przedmiotem robót był remont, nie zaś wymagana przez Zamawiającego budowa lub przebudowa.

Jednakże szczegółowa analiza inwestycji w pozycji 1 wykazu, w świetle wyjaśnień Zamawiającego przesądziła o zakwalifikowaniu ich jako spełniających warunek udziału w postępowaniu, a zatem uznać należało, że kwestionowaną pozycją wykazu wykonawca wykazał już spełniania warunku udziału w postępowaniu.

#### Zarzut dotyczący pozycji nr 2 wykazu robót w ofercie wykonawcy Mostostal

Dla oceny, czy wykonawca Mostostal wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnośnie niezbędnego doświadczenia w wymaganym przez Zamawiającego zakresie niezbędna była wobec powyższego weryfikacja prawidłowości zobowiązania spółki Navimor - Invest SA, która zobowiązała się udostępnić wykonawcy Mostostal niezbędne zasoby. W uzasadnieniu faktycznym zarzutu Odwołujący wskazywał, iż oświadczenie Navimor - Invest SA zostało złożone z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki, ponieważ podpisane zostało przez wiceprezesa Zarządu i prokurenta z datą 6 września 2011 roku, podczas gdy osoba pełniącą funkcję wiceprezesa w dacie składania oświadczenia nie była członkiem zarządu spółki pełniącym obowiązki wiceprezesa zarządu, a więc nie była uprawniona do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy. Oświadczenie jest zatem nieważne. Zdaniem Odwołującego nie ma możliwości uzupełnienia oświadczenia.

Izba wskazuje, iż oceniając sposób składania oświadczeń woli przez Navimor - Invest SA uznać należy, iż Odwołujący wykazał, że dla skutecznej reprezentacji tej spółki w przypadku zarządu wieloosobowego niezbędne jest współdziałanie dwóch osób – dwóch członków zarządu działających łącznie lub członka zarządu działającego łącznie z prokurentem, natomiast prokurent zawsze działa łącznie z członkiem zarządu, jak również, iż w dacie składania zobowiązania do udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy Mostostal (16 września 2011 r.) zarząd tej spółki składał się z czterech osób, a w skład organu nie wchodziła osoba, której podpis widnieje pod zobowiązaniem noszącym datę 6 września 2011 roku. Wskazuje na to przedłożony przez Odwołującego odpis pełny z KRS Navimor - Invest SA, z którego wynika zarówno sposób reprezentacji, jak i skład zarządu. Twierdzeń tych nie negował Przystępujący Mostostal w toku prowadzonej rozprawy, jednakże słusznie zauważył on, iż wykonawca korzystający z zasobów podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może odpowiadać za formalne uchybienia podmiotu trzeciego i ponosić konsekwencji niezgłoszenia zmian w KRS przez podmiot trzeci.

Jednakże, tym samym w ocenie Izby nawet bez znajomości zasad reprezentacji Navimor - Invest SA (która była jednak znana Zamawiającemu, ponieważ wykonawca ten samodzielnie złożył swoją ofertę) już te okoliczności powinny skutkować co najmniej

powstaniem po stronie Zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości oświadczenia złożonego w ofercie wykonawcy Mostostal.

Izba wskazuje, iż należy przyznać rację Odwołującemu, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp winno być sporządzone zgodnie z zasadami reprezentacji podmiotu, który takie zobowiązanie podejmuje. Jest to bowiem niewątpliwie oświadczenie woli, którego celem jest wywołanie określonego skutku prawnego w postaci zapewnienia dysponowania zasobem niezbędnym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający miał jednak możliwość weryfikacji prawidłowości oświadczenia przedkładanego przez Mostostal w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp bowiem wykonawca udostępniający zasób był także uczestnikiem postępowania przetargowego, wykonawcą który złożył ofertę samodzielnie.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten wyraźnie zatem przewiduje, iż to wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobem. W ocenie Izby dla udowodnienia dysponowania zasobem niezbędne jest, aby zobowiązanie przedkładane zamawiającemu miało charakter wiążący i skuteczny. Izba przyznaje, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymieniając „zobowiązanie” jako dokument, który „w szczególności” może być złożony w celu udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Takiej podstawy nie dają także przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, które przewiduje, iż jedynie w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby, a nie obejmują one przedmiotowego przypadku. Powyższe jednak, zdaniem Izby, oznacza jedynie to, iż, w świetle przedstawionych powyżej regulacji, Zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub SIWZ, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie w celu wykazania zasad ich reprezentacji, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia

w sprawie dokumentów. Nie będzie on także uprawniony do żądania uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast nie jest to równoznaczne z koniecznością zaakceptowania jakiegokolwiek dokumentu przedłożonego przez wykonawcę, także takiego, który budzi lub winien budzić wątpliwości Zamawiającego co do jego skuteczności. Wskazuje na to wykładnia gramatyczna, systemowa i funkcjonalna art. 26 ust. 2b oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający ma w opinii składu orzekającego Izby uprawnienie do weryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem udowodnienie dysponowania zasobem, a o takim udowodnieniu można mówić tylko wówczas, gdy zobowiązanie do udostępnienia (o ile taki dokument jest przedkładany na potwierdzenie dysponowania zasobami) jest prawnie skuteczne i wiążące (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011 r., sygn. akt KIO 854/11).

Biorąc pod uwagę okoliczność, że w toku prowadzonej rozprawy wykonawca Mostostal złożył odpis pełnomocnictwa datowanego na 1 września 2011 roku poświadczony notarialnie, z którego wynika, iż pan Tomasz M. został upoważniony przez wiceprezesa zarządu oraz prokurenta (osoby ujawnione w odpisie KRS) *do samodzielnego reprezentowania spółki Navimor - Invest S.A. w ramach współpracy z firmą Mostostal Warszawa SA, w tym do udostępniania na potrzeby firmy Mostostal wiedzy i doświadczenia oraz posiadanej kadry* oraz wyjaśnił okoliczności, w których doszło do podpisania kwestionowanego zobowiązania, uznać należało, że wykazano na etapie postępowania odwoławczego prawidłowość reprezentacji podmiotu udostępniającego zasób. To zaś w ocenie Izby uprawniało do przyjęcia tezy, iż wykonawca Mostostal zadośćuczynił obowiązkowi udowodnienia Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na który to obowiązek jednoznacznie wskazuje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zastosowanie obligatoryjnej procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, która niewątpliwie dotyczy także zobowiązań o udostępnieniu zasobów przedkładanych na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest w tym wypadku bezcelowe, ponieważ prawidłowość złożonego zobowiązania wykazano w toku postępowania dowodowego przed Izbą.

Uwzględniając powyższe rozważania, należy przyjąć, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy Mostostal z uwagi na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp in fine a contrario. Wykonawca Mostostal w sposób wystarczający udowodnił, potwierdził i wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia.

Zarzut dotyczący nieprawidłowej czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Melbud.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość poprawienia przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy Melbud oczywistej omyłki rachunkowej w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Pojęcie „oczywistej omyłki rachunkowej” w tym przepisie jest na gruncie ustawy Pzp pojęciem wprowadzonym nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008 r. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji posługiwały się pojęciem „omyłki rachunkowej”.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej izby Odwoławczej za oczywistą omyłkę rachunkową należy uznać widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Popełniona omyłka ma charakter oczywisty, gdy zostanie stwierdzona samodzielnie przez Zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy.

Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, w tym przede wszystkim fakt, iż cena oferty wynikać miała ze Zbiorczego Zestawienia Kosztów, a także wzór Zbiorczego Zestawienia Kosztów przygotowany przez Zamawiającego i załączony do SIWZ, przychylno się do stanowiska Zamawiającego, iż w przedmiotowej sprawie doszło do popełnienia błędu w zsumowaniu wartości wynikających ze Zbiorczego Zestawienia Kosztów, które można było zakwalifikować jako oczywistą omyłkę rachunkową i można było dokonać jej poprawy z uwzględnieniem konsekwencji dokonanego poprawienia.

Skoro wykonawcy zobowiązani byli uzupełnić tabelę Zbiorcze Zestawienie Kosztów, w taki sposób, że wpisać mieli poszczególne wartości za wyszególnione grupy prac, a następnie dokonać mieli zsumowania w wierszu „RAZEM” tabeli, to możliwe było poprawienie wartości w tym wierszu, która nie odpowiadała wartości poszczególnych pozycji składających się na ich sumę w ostatnim wierszu tabeli. Zamawiający w żaden sposób nie ingerował w wartości w poszczególnych pozycji. Dokonał jedynie poprawy wartości składającej się na sumę tych pozycji, co w ocenie składu orzekającego było działaniem dopuszczalnym. Poprawa mogła odbyć się bez udziału wykonawcy i jego wyjaśnień, zatem

nie można w takiej sytuacji odmówić charakteru „oczywistości” stwierdzonego błędu. Zatem wadliwość Zamawiający prawidłowo uznał za oczywistą omyłkę rachunkową i prawidłowo poprawił ją na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

#### Zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny

Zauważyć należy, że ustawa Pzp nie zawiera definicji „błędu w obliczaniu ceny”. Z podglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie wynika, że pod pojęciem tym rozumieć należy:

1. *Błędem w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, błędem będzie również przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc raczej błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, niż wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny. Błąd wskazywany jako przesłanka odrzucenia oferty musi się przy tym odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1, tj. do ceny za całość świadczenia. Nieuprawnione więc będzie odrzucanie ofert, w których popełniony został błąd w elemencie ceny, jeśli nie przyniósł on żadnych konsekwencji w ustaleniu ostatecznej ceny oferty. (W. Dzierżanowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2010, wyd. IV.*

2. *„(...) Pojęcie błędu wiąże się z instytucją oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego, i stanowi, jeżeli jest to błąd istotny, jedną z wad oświadczenia woli. Błąd oznacza mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy a istotny jest wówczas gdy uzasadnia przypuszczenie, że gdyby działający pod wpływem błędu i oceniał spraw rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. W praktyce chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle o samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej, w przypadku zamówień publicznych m.in. takich elementów jak przedmiot zamówienia czy cena. (...) Błąd w obliczeniu ceny polega (...) na wadliwym wyborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na wadliwe obliczenie ceny (...) (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, wyd. 2, Warszawa 2006).*

3. *Błędy w obliczeniu ceny oferty, o których stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., to błędy nie tylko w stosunku do opisu zawartego w SIWZ, ale przede wszystkim błędy w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, regulujących sposób obliczania ceny dostaw, usług czy robót budowlanych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2001 r. o cenach oraz inne przepisy prawa materialnego), (wyrok KIO z dn. 29 lipca 2009r. sygn. akt. KIO/UZP 918/09).*



W świetle przedstawionych stanowisk dotyczących interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, działanie wykonawców Mostostal oraz Melbud polegające na obliczeniu ceny oferty w oparciu o własne założenia dotyczące kalkulacji poszczególnych pozycji kosztowych ze Zbiorczego Zestawienia Kosztów, nie mogą zostać uznane za błąd w obliczaniu ceny.

Wykonawcy przygotowując ofertę mieli świadomość, jakie roboty wyceniają, za jaką kwotę i co zobowiązują się wykonać w ramach zaoferowanej ceny. Wycena oferty jest zawsze wynikiem indywidualnie przyjętych przez danego wykonawcę założeń uwzględniających np. poziom zakładanego ryzyka, zysk, sposób rozliczenia umowy z Zamawiającym. Zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji ceny oferty (rozumianej jako pewna wartość, kwota) w oparciu o kryterium błędu rozumianego jako podanie pewnej wartości w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 9 lipca 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1364/09, KIO/UZP 1381/09/ KIO/UZP 1388/09: *Sposób w jaki Wykonawca kształtuje politykę cenową i strukturę kosztów w ramach w obrębie przedmiotu zamówienia jest jego indywidualną sprawą i mieści się poza badaniem Zamawiającego (o ile Zamawiający nie bada rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp).*

W ramach art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający zweryfikować może, czy cena zaproponowana w ofercie obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny tj. prawidłowe rozumienie tego, co w ramach tej ceny zobowiązuje się wykonać Wykonawca. Weryfikacja dotyczyć może również prawidłowego rozumienia powszechnie obowiązujących przepisów prawa mających wpływ na obliczenie ceny oferty.

Istotny z punktu widzenia oceny zasadności odrzucenia ofert wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest również fakt, że przepis ten dotyczy, błędów w obliczaniu ceny w rozumianej jako wartość całości świadczenia.

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się w doktrynie zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności, czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.

O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu,

czego oczekuje Zamawiający. Tymczasem, w niniejszym stanie faktycznym, z sytuacją taką nie mamy do czynienia. Sposób kalkulacji ceny i kształtowanie czynników cenotwórczych przez wykonawcę, ich ustalenie a następnie wycena każdego z elementów tej ceny (w tym wypadku wycena poszczególnych kategorii prac) stanowi strategię budowania ceny jego oferty i przekłada się bezpośrednio na konkurencyjność. W tych okolicznościach nie sposób się zgodzić, iż kwota wynikająca ze Zbiorczego Zestawienia Kosztów winna być kwotą netto, a ujęcie jej w kwocie brutto i przeniesienie do formularza ofertowego stanowi błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca w sposób świadomy kalkulował cenę oferty przyjmując jako bazowe wartości poszczególnych rodzajów prac elementy samodzielnie przez siebie wycenione, w sposób uwzględniający wytyczne ustalone przez Zamawiającego, a jednym ze sposobów jej skonstruowania było przyjęcie wskazanego rozwiązania.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego z zapisów SIWZ nie wynikał taki sposób obliczenia ceny oferty, jaki zaprezentował w odwołaniu wykonawca Hydrobudowa, że jedynym i możliwym sposobem wypełnienia Zbiorczego Zestawienia Kosztów był obowiązek ujęcia w nim kwot w wartości netto, a następnie obliczyć należało właściwą kwotę podatku VAT w prawidłowej stawce i tak uzyskany wynik zamieścić w formularzu ofertowym jako cenę brutto. Odwołujący w odwołaniu odnosił się raczej do sposobu, metody sporządzania kosztorysu, czy to metodą uproszczoną, czy to metodą szczegółową, który nie był w postępowaniu ani wymagany, ani opisany w SIWZ. Metoda sporządzenia Zbiorczego Zestawienia Kosztów nie była natomiast w SIWZ w jakikolwiek sposób określona (wbrew twierdzeniom Odwołującego jakiegokolwiek reguły nie wynikają z postanowień rozdziału 13 SIWZ). Zatem wykonawcy mogli ująć w poszczególnych pozycjach Zestawienia różne koszty, tak aby skalkulować wszystkie wymagane elementy zamówienia określone dokumentacją projektową i SIWZ. Postanowienia SIWZ nie uniemożliwiały ujęcia w tabeli wartości pozycji z podatkiem VAT, a następnie przeniesienia tej wartości do formularza ofertowego jako ceny całkowitej brutto.

Wykonawcy Mostostal oraz Melbud obliczyli cenę oferty w oparciu o założenia zawarte w SIWZ oraz w przedmiarach robót biorąc pod uwagę własne założenia dotyczące kalkulacji cen poszczególnych pozycji Zbiorczego Zestawienia Kosztów. Izba nie dopatryła się, aby takie działanie można było uznać za błąd w obliczeniu ceny. Przywołane przez Odwołującego dokumenty nie zawierały żadnych szczególnych regulacji na temat kalkulacji ceny. Tym samym wykonawcy posiadali w pozostałym zakresie swobodę co do wyceny wartości poszczególnych prac. Kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena ryczałtowa za wykonanie całości prac, a nie poszczególnych ich rodzajów, ani też takie czy inne jej rozłożenie w czasie. Wykonawca wycenił roboty opisane w dokumentacji postępowania. Wycena natomiast oferty jest wynikiem indywidualnie przyjętej przez wykonawcę kalkulacji cenowej.

Reasumując, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło do ziszczenia się przesłanek, które pozwoliłyby Zamawiającemu na odrzucenie ofert wykonawców Mostostal oraz Melbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....