

WYROK

z dnia 18 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2016 r. **przez odwołującego:** Konsorcjum w składzie: Track Tec Construction Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 3; 53-011 Wrocław (Lider Konsorcjum) i Infrakol Sp. z o.o. Sp. k. ul. Rapackiego 14; 59-400 Jawor (Członek Konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 47; 03-734 Warszawa

przy udziale przystępującego: Konsorcjum w składzie Skanska S.A. (Lider Konsorcjum) ul. Gen. Józefa Zajączka 9; 01-518 Warszawa i Skanska SK a.s. (Członek Konsorcjum) ul. Krajna 29; 821 - 04 Bratysława, Republika Słowacka **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Track Tec Construction Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 3; 53-011 Wrocław (Lider Konsorcjum) i Infrakol Sp. z o.o. Sp. k. ul. Rapackiego 14; 59-400 Jawor (Członek Konsorcjum) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum Track Tec Construction Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 3; 53-011 Wrocław (Lider Konsorcjum) i Infrakol Sp. z o.o. Sp. k. ul. Rapackiego 14; 59-400 Jawor (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Konsorcjum Track Tec Construction Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 3; 53-011 Wrocław (Lider Konsorcjum) i Infrakol Sp. z o.o. Sp. k. ul. Rapackiego 14; 59-400 Jawor (Członek Konsorcjum) kwotę 4.349 zł. 20 gr (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści dziewięć złotych dwadzieścia groszy) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 47; 03-734 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, kosztów dojazdu na rozprawę i opłat skarbowych od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołującym jest Konsorcjum w składzie: Track Tec Construction Sp. z o. o. (pełnomocnik Konsorcjum) ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław i Infrakol Sp. z o.o. Sp.k. (dawniej: Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRAKOL s.c.) ul. Rapackiego 14, 59 - 400 Jawor (członek Konsorcjum) zwany dalej odwołującym.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym na nastawniach DTC i DTA oraz odtworzenie posterunku odgałęźnego Okradzionów z przebudową układu torowego i sieci trakcyjnej w stacji Dąbrowa Górnicza Towarowa. w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na południowo - wschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami na liniach kolejowych nr 154, 171, 661”.

Numer postępowania: 9090/IREZA4\I/07509/02805/16/P

Numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Dz. U. S S7112/04/2016123672-2106 PL

Numer Ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2016/S071-123 672

Działając w imieniu odwołującego zgodnie z dyspozycją art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, nr 223, poz. 1655 j.t.) - dalej „ustawa Pzp.” lub „ustawa”, wniesiono odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp. czynności zamawiającego w prowadzonym postępowaniu polegającej na wyborze oferty Konsorcjum: „Skanska S.A., 01 - 518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9 - Sakanska SK a.s., 821 - 04 Bratysława, ul. Krajna 29, Republika Słowacji” (dalej: „Konsorcjum Skanska”), w sytuacji w której jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego natomiast oferta złożona przez Konsorcjum Skanska powinna zostać odrzucona.

I. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenia poniższych przepisów ustawy Pzp., mających istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy poprzez jego zastosowanie i dokonanie poprawy przez zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej, pomimo faktu, iż w niniejszej sprawie brak było podstaw do uznania, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy znajduje zastosowanie,
- 2) art. 87 ust.1 ustawy Pzp. poprzez dokonanie zmian w treści oferty złożonej przez Konsorcjum Skanska w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny,
- 4) art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. - poprzez wykorzystanie instytucji oczywistej omyłki rachunkowej w celu obejścia prawa i zmiany ceny ofertowej,

5) art. 82 ustawy Pzp. poprzez umożliwienia Konsorcjum Skanska złożenie kilku ofert cenowych,

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. w zw. z art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) - poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Skanska z powodu tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. poprzez jego niezastosowanie, tzn. nieodrzućenie oferty Konsorcjum Skanska, pomimo faktu, iż oferta Konsorcjum Skanska zawiera błędy w obliczeniu ceny co obliguje zamawiającego do odrzućenia oferty,

8) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. poprzez jego niezastosowanie, tzn. nieodrzućenie oferty Konsorcjum Skanska, pomimo faktu, iż treść oferty Skanska nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) co obliguje zamawiającego do odrzućenia oferty,

9) art. 91 ust.1 ustawy Pzp. poprzez jego niezastosowanie i niewybranie przez zamawiającego oferty odwołującego pomimo faktu, iż oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejsza.

II. Na podstawie powyższych zarzutów odwołujący działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp., wnosi o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - b) powtórzenia czynności badania ofert oraz odrzućenia oferty Konsorcjum Skanska jako podlegającej odrzućeniu na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy,
 - c) Powtórzenie czynności badania ofert oraz dokonanie na podstawie art. 91 ust.1 ustawy Pzp. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika wg norm prawem przewidzianych.

Odwołujący wskazuje, iż czynność zamawiającego polegającego na wyborze oferty Konsorcjum Skanska pomimo, iż oferta ta powinna zostać odrzućona jak również czynność zamawiającego polegająca na nie wybraniu oferty odwołującego jako najkorzystniejszej narusza interes prawny odwołującego polegający na uzyskaniu zamówienia.

Ze zbiorczego zestawienia ofert złożonych przez oferentów, wynika iż odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę. Zaproponowana bowiem przez odwołującego cena ofertowa brutto wyniosła 36.558.803,79 zł. brutto; jednocześnie odwołujący skrócił termin wykonania zamówienia do dnia 30.08.2017 r. oraz zobowiązał się do udzielenia zamawiającemu 120 miesięcznego okresu gwarancji na wykonane roboty budowlane. Tymczasem oferta złożona

przez Konsorcjum Skanska wyniosła 37.939.335,52 zł.; Konsorcjum Skanska w złożonej ofercie skróciła termin wykonania zamówienia do dnia 30.08.2017 r. oraz zobowiązała się do udzielenia Zamawiającemu 120 miesięcznego okresu gwarancji na wykonane roboty budowlane. Z powyższego wynika, iż oferta złożona przez odwołującego była najkorzystniejsza zgodnie z warunkami SIWZ.

Dowód:

-Protokół z otwarcia ofert nr IREZA4/If-216-02/2016 z dnia 19.05.2016 r. (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 9090/IREZA4\I/07509/02805/16/P),

-oferta odwołującego,

-oferta Konsorcjum Skanska.

W dniu 22.06.2016 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego pismem nr IREZA4/If-216-02/2016 zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, z którego wynika, iż zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum Skanska jako najkorzystniejszą, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na pozycji nr 2.

Dowód:

-zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22.06.2016 r., nr IREZA4/If-216-02/2016.

Wobec powyższego Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazuje, iż niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 10 — dniowego terminu, wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Informacja zamawiającego o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty została przekazana w drodze elektronicznej w dniu 22.06.2016 r., wobec czego termin do wniesienia odwołania przypada na dzień 02.07.2016 r.

Dowód:

- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22.06.2016 r., nr IREZA4/If-216-02/2016.

Stan faktyczny

Postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego prowadzone było na podstawie ogłoszenia dokonanego w dniu 08.04.2016 r., w trybie przetargu nieograniczonego a jego przedmiotem było wykonanie dokumentacji projektowej oraz realizacja na jej podstawie robót budowlanych dla zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: Przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym na nastawniach DTC i DTA oraz odtworzenie posterunku odgałęźnego Okradzionów z przebudową układu torowego i sieci trakcyjnej w stacji Dąbrowa Górnicza Towarowa, w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na południowo - wschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami na liniach kolejowych nr 154, 171, 661.”

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.

Stanowisko Odwołującego

1) naruszenie art. 87 ust.2 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust.1 i 3. Zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 2 Ustawy: „Zamawiający poprawia w ofercie: 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek”.

Zamawiający pismem z dnia 14.06.2016 r. nr IREZA4/f-216-02/2016 poinformował Konsorcjum Skanska o dokonaniu poprawy oczywistej omyłki rachunkowej. Z treści przywołanego pisma oraz załącznika do pisma wynika, iż zamawiający dokonał korekty Przedmiaru robót w branży energetycznej oraz branży sieć trakcyjna stanowiącego treść oferty Konsorcjum Skanska we wszystkich pozycjach.

Dowód:- pismo zamawiającego z dnia 14.06.2016 r. nr IREZA4/f-216-02/2016

Odwołujący zwraca uwagę na okoliczność, iż rzekome „omyłki” rachunkowe w przedłożonym przez Konsorcjum Skanska przedmiarze robót w branży energetycznej oraz w branży sieć trakcyjna, które zostały poprawione przez zamawiającego przybrały de facto charakter normy co pozwala na przypuszczenie, iż miały one charakter zamierzony. Odwołujący zwraca uwagę, iż w wielu miejscach przedmiaru robót (np. branża energetyczna: L.p.: 18, 19, 25, 26, 36, 37, 38,39 itd.; branża sieć trakcyjna: L.p. 14, 28, 66, 68, 69, 76 itp.) wartość oferty co do danej pozycji stanowiła wynik prostego zabiegu mnożenia danej, pozycji cenowej przez wartość jednostkową danej pozycji Kosztorysu wynoszącej cyfrę 1 (jeden).. Nie sposób zatem przyjąć, iż podmiot profesjonalny jakim jest Konsorcjum Skanska mógł w sposób niezamierzony popełnić błędy przy mnożeniu danej pozycji cenowej przez jeden. Załączony do Tomu III SIWZ wzór kosztorysu (załącznik nr 9) stanowił arkusz kalkulacyjny (Microsoft Excel), z przygotowaną formułą wskazującą na konieczność dokonania prostego mnożenia jednej pozycji przez kolejną. W świetle powyższego, przyjęcie założenia, iż błędy popełnione przez Konsorcjum Skanska stanowiły oczywistą - niezamierzoną omyłkę rachunkową stoi w sprzeczności z zasadami doświadczenia życiowego.

Po szczegółowym przeliczeniu przedmiarów wskazanych przez Konsorcjum Skanska odwołujący wskazuje, iż:

1) w zakresie branży sieci trakcyjnej :

- a) każda z 267 pozycji została zawyżona w stosunku do prawidłowego wyliczenia matematycznego o około 31 % z dziesiętnymi ułamkami procenta;
- b) średnia zawyżenia z wszystkich pozycji wynosi 31,75 %;
- c) żadna z pozycji nie jest zawyżona poniżej 31% ani powyżej 31,99%;
- d) pozycje nie są zawyżone przypadkową formułą Excela ponieważ zawyżenie w każdej pozycji jest inne. Oscyluje w przedziale między 31% a 31,99% ale jest inne. Przykładowo pozycja 2 (wywóz i utylizacja gruzu) zawyżenie wynosi 31,85% prawidłowego działania matematycznego podczas, gdy w pozycji 16 (montaż izolatorów sekcyjnych w sieci dwudrutowej) zawyżenie wynosi 31,86%;

2) w zakresie branży energetycznej:

- a) każda ze 175 pozycji została zawyżona w stosunku do prawidłowego wyliczenia matematycznego o około 48 %;
- b) średnia zawyżenia z wszystkich pozycji wynosi 48,30 %;
- c) żadna z pozycji nie jest zawyżona poniżej 48% ani powyżej 48,99%;
- d) pozycje nie są zawyżone przypadkową formułą Excela ponieważ zawyżenie w każdej pozycji jest inne. Oscyluje w przedziale między 48% a 48,99% ale jest inne. Przykładowo pozycja 14 (montaż przewodów kablkowych do opraw oświetleniowych, wciągane w słupy, rury osłonowe, i wysięgniki. Wysokość latarni do IOm) zawyżenie wynosi 48,34% prawidłowego działania matematycznego podczas gdy w pozycji 17 (fundamenty prefabrykowane poliestrowe w gruncie kat. III o objętości w wykopie do 0,15 m³ pod rozdzielnicę) zawyżenie wynosi 48,31 %.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, omyłkę rachunkową stanowi niezamierzone działanie ze strony wykonawcy polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, (np. Wyrok z dnia 16.04.2012 r. , sygn. akt KIO 650/12; Wyrok z dnia 14.03.2011 r., sygn. akt KIO 433/11). Za omyłkę rachunkową uznać można wyłącznie omyłkę, która polega na uzyskaniu w sposób niezamierzony nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji podlegających działaniom arytmetycznym. Za taką omyłkę uznać należy jedynie niezamierzone działanie wykonawcy, jeśli zaś wadliwość oferty jest rezultatem świadomego działania wykonawcy nie można takiej niezgodności uznać za omyłkę. Jak zostało wskazane powyżej - przemnożenia danej pozycji przez jeden i otrzymanie innego wyniku niż kwota będą czynnikiem obok czynnika jeden nie można uznać za oczywistą (tj. niezamierzoną) omyłkę rachunkową. Wyliczenia dokonane przez Konsorcjum Skanska w przedmiarach w branży sieci trakcyjnej i branży energetycznej nie mają charakteru niezamierzonego będącego poza świadomością Wykonawcy - ponieważ dotyczą każdej z pozycji w danym przedmiarze i dotyczą jej zawyżenia w bardzo zbliżonej wysokości (odpowiednio 31,75% i 48,30 %).

Konsorcjum Skanska dokonując w powyższym zakresie celowych „omyłek” rachunkowych w treści oferty pozostawiła sobie de facto możliwość zmiany treści oferty już po jej złożeniu. Konsorcjum Skanska złożyła w istocie kilka ofert cenowych ponieważ wykreowała dla siebie mechanizm negocjowania/obniżenia wynagrodzenia o 2,5% ceny ofertowej lub o 5% ceny ofertowej w zależności od rozwoju sytuacji na przetargu i w zależności od tego czy:

- 1) zgodzi się na poprawienie całej ceny — obniżenie o 5%;
- 2) nie zgodzi się na poprawienie ceny - cena bez obniżenia;
- 3) zgodzi się na poprawienie ceny w zakresie branży sieci trakcyjnej albo branży energetycznej - obniżenie o 2,5%.

Zasadnym jest przyjąć, iż w sytuacji w której oferta Konsorcjum Skanska pod względem cenowym byłaby najkorzystniejsza, Konsorcjum Skanska nie wyraziłoby zgody na poprawę „omyłki” rachunkowej, wskazując iż wiążąca jest cena wynikająca z formularza ofertowego a nie z kosztorysów branżowych

Odwołujący wskazuje, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. stanowiący o obowiązku poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych nie znajduje zastosowania przy ofertach z ceną ryczałtową, nawet wówczas gdy zamawiający wskazuje na obowiązek przedstawienia wyliczenia ceny (tzn. kosztorysu). Z istoty ceny ryczałtowej wynika bowiem, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego, co znajduje m.in. potwierdzenie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 06.03.2001 r., sygn. akt I ACa 1147/00. (Pr. Gosp. 2002, nr 6, poz. 56), zgodnie z którym: „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”. Jak wynika z orzecznictwa - załączony przez zamawiającego do SIWZ kosztorys nakładczy należy traktować jedynie jako dokument pomocniczy, mający za zadanie ułatwić wykonawcom obliczenie wynagrodzenia. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie może być mowy o błędzie w obliczeniu ceny - vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.02.2006 r. sygn. UZP/ZO/0-290/06. Zgodnie z § 30 ust. 30 Warunków umowy (załącznik nr III do SIWZ): „Ustalona Cena brutto stanowić będzie ryczałtowe wynagrodzenie za zakończone zadanie (wykonanie przedmiotu Umowy) z zastrzeżeniem postanowień § 32 i § 37 a także pozycji w RCO oznaczonych symbolem „O”, które będą rozliczane zgodnie z obmiarem. Oznacza to, że Wykonawca, poza przypadkami tam określonymi, nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub praw koniecznych do zgodnego z umową wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w Programie Funkcjonalno - Użytkowym (PFU). Wynagrodzenie ryczałtowe pokrywa również wartość robót, materiałów i wyposażenia w odniesieniu do robót, materiałów i wyposażenia, które nie zostało wprost wyszczególnione i wykazane w dokumentacji projektowej, a jest konieczne do wykonania przedmiotu umowy, a także wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca w związku z wykonywaniem robót, jak również wszystkie koszty pośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy, w szczególności zaś roboty i świadczenia komplementarnie związane z realizacją przedmiotu Umowy.” Zamawiający związany jest zatem ceną ryczałtową wskazaną w pkt 3 formularza ofertowego złożonego przez Konsorcjum Skanska. Zamawiający mógłby ewentualnie dokonywać poprawy oczywistych omyłek pisarskich wyłącznie w zakresie kwoty ryczałtowej wskazanej przez Konsorcjum Skanska (np. w sytuacji w której błąd nastąpiłby w sumie kwoty netto i podatku VAT). Zamawiający nie miał jednak prawa skorzystać z instytucji przewidzianej przez art. 87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Oceniając praktykę Konsorcjum Skanska w powyższym zakresie, warto odwołać się również do reguł w zakresie poprawiania omyłek rachunkowych, które określone były w uchylonym w dniu 24.10.2008 r. Zgodnie z art. 88 ust 1 Ustawy w brzmieniu sprzed 24.10.2008 r.: „1. Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w. obliczeniu ceny w następujący sposób: 3) w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa): a) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, b) jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie, c) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen ryczałtowych, przyjmuje się, że prawidłowo podano poszczególne ceny ryczałtowe. Pomimo faktu, iż powyższy przepis już nie obowiązuje - jak zostało wskazane w opinii Urzędu Zamówień Publicznych - uchylony przepis art. 88 ustawy Pzp. może być dyrektywą w zakresie możliwych sposobów poprawiania omyłek rachunkowych („Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej” - opinia dotycząca interpretacji przepisów Ustawy opublikowana na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych - www.uzp.gov.pl) Przywołany przepis traktowany jako dyrektywa wskazująca na sposób poprawiania omyłek rachunkowych w sytuacji rozbieżności pomiędzy ryczałtową ceną ofertową a sumą cenami nakazuje przyjąć wskazaną cenę ryczałtową jako właściwą.

Odwołujący wskazuje, iż zmiana w formularzu Przedmiaru nie jest oczywista albowiem nie wiadomo czy zasadnym jest zmiana iloczynu czy części składowych iloczynu. Powyższe powoduje, iż Konsorcjum Skanska może decydować czy chce zredukować iloczyn oferty czy zredukować składniki oferty co narusza art. 7 Ustawy oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 23.04.2015., sygn. akt KIO 745/15: „Nie bez znaczenia dla dokonywanych działań matematycznych jest warunek dotyczący poprawek rachunkowych - przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), nakazuje dokonywanie poprawki oczywistej omyłki rachunkowej, co nie oznacza że równie oczywisty musi być sposób dokonywania poprawy takich omyłek. Regułą jest, że zakresie kategorii pojęciowej oczywistej omyłki rachunkowej mieszczą się tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy, co oznacza, że ich poprawienie nie wywoła zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy znaczeniu merytorycznym.” Dokonując poprawy rzekomej omyłki rachunkowej, zamawiający zmienił treść oferty Konsorcjum Skanska co narusza art. 87 ust.1 ustawy Pzp. w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Reasumując - zdaniem odwołującego, zamawiający dokonując poprawy omyłki rachunkowej naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, a tym samym naruszył również przewidziany przez art. 87 ust.1 ustawy zakaz dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Zamawiający

nie był bowiem uprawniony do skorzystania z przewidzianej przez art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. możliwości dokonania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej gdyż taka w niniejszej sprawie nie miała miejsca. Dokonanie przez zamawiającego poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w przypadku braku prawnej możliwości skutkuje natomiast dokonaniem zmian w treści oferty po terminie jej złożenie a tym samym naruszenie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.”

Zamawiający co do zasady zobowiązany jest do postępowania zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Działanie w powyższym zakresie nie może być mechaniczne, oderwane od stanu faktycznego. Zamawiający nie dokonując oceny „błędów” w wyliczeniach, nie przenosząc tych wyników na stan faktyczny nadużył prawa do poprawiania ofert w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2. ustawy. Celem tego przepisu jest bowiem sanowanie oczywistych omyłek rachunkowych a nie zachęcanie wykonawców do kreowania kilku ofert cenowych. Poprzez wykorzystanie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy na gruncie niniejszego stanu faktycznego zamawiający nadużył prawa do poprawiania ofert i tym samym naruszył art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy.

Tym samym czynność poprawienia oferty Konsorcjum Skanska a więc czynność prawna polegająca na oświadczeniu woli zmieniającym treść oferty Konsorcjum Skanska powinna być uznana za nieważną w trybie art. 58 § 1 k.c., tj. nieważną w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz obejściem art. 82 ust. 1 ustawy poprzez umożliwienie wykonawcy złożenie kilku ofert cenowych.

Ad II 6 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Zgodnie z u.z.n.k.:

1) „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.” - art. 3 ust. 1;

2) „Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana

reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.” - art. 3 ust. 2;

3) „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: (...) 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.” - art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.

Przywołane przepisy poprzez używanie zwrotów „w szczególności” nie ustanawiają zamkniętego katalogu czynów nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo w myśl wyroku KIO z dnia 14.01.2015 r., sygn. akt KIO 2734/14: zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Prawo zamówień publicznych, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 ustawy). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej ustawa z dnia 2 lipca 2004 r., zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów

Działanie Konsorcjum Skanska, które w sposób zamierzony zawyża cenę pod pozorem oczywistej omyłki pisarskiej jest czynem nieuczciwej konkurencji ponieważ w sposób niezgodny z prawem i dobrymi obyczajami przedsiębiorcy ubiegającego się o zamówienie publiczne rezerwuje dla siebie możliwość dostosowania swojej ceny ofertowej do sytuacji jaką zostanie w przetargu. Stwarza mu możliwość kontrolowania i negocjowania swojej ceny. Konsorcjum Skanska może bowiem w zależności od rozwoju sytuacji na przetargu:

- 1) zgodzić się na poprawienie ceny;
- 2) nie zgodzić się na poprawienie ceny;
- 3) nie zgodzić się częściowo na poprawienie ceny - przykładowo zgodzić się w jednej z branży a w drugiej nie.

Dzięki tym mechanizmom Konsorcjum Skanska mogłaby albo:

- 1) zachować zawyżone wynagrodzenie albo;
- 2) wygrać z obniżonym o 5% wynagrodzeniem - jeżeli się zgodzi na zmiany w obu przedmiarach albo;
- 3) wygrać z obniżonym o 2,5 % wynagrodzeniem - jeżeli się zgodzi na zmianę tylko jednego przedmiaru. Co ciekawe obniżenie w przedmiarze w branży sieci trakcyjnej wynosi netto 776.257,87 (co stanowi 2,5 % obniżenia ceny ofertowej) zaś w branży energetycznej wynosi netto 778.058,73 zł netto (co stanowi obniżenie ceny ofertowej o kolejne 2,5 %).

Konsorcjum Skanska tym samym wykreowała dla siebie mechanizm negocjowania/obniżenia wynagrodzenia o 2,5% ceny ofertowej lub o 5,04 % ceny ofertowej.

Dzięki powyższemu. Konsorcjum Skanska naruszyła również art. 82 ust. 1 ustawy ponieważ złożyła w istocie kilka ofert cenowych. Takie działanie utrudnia dostęp do zamówienia innym wykonawcom, stanowi złożenie kilku ofert, obejście zapisów o poprawianiu oczywistej omyłki rachunkowej, obejście zasad oceny ofert, obejście dobrych obyczajów prowadzenia działalności gospodarczej.

Podobnie trafnie zaznaczyła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 30/14' „Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 u.z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. ”

Reasumując Zamawiający naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5) u.z.n.k poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum Skanska, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, iż rzekome „omyłki” rachunkowe w przedłożonym przez Konsorcjum Skanska przedmiarze robót w branży energetycznej oraz w branży sieć trakcyjna nie tylko nie powinny zostać zakwalifikowane przez zamawiającego jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 2 Ustawy, ale powinny zostać uznane za błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy skutkujący odrzuceniem oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 stanowi bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty jest. Błąd wskazywany jako przesłanka odrzucenia oferty musi się przy tym odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy, tj. do ceny za całość świadczenia co ma miejsce w niniejsze sytuacji.

Jak zostało wskazane powyżej - działań Konsorcjum Skanska nie sposób zakwalifikować jako oczywistej omyłki rachunkowej. Z okoliczności sprawy wskazanych w pkt Ad 1 wynika bowiem,

iż działania Konsorcjum Skanska w zakresie sporządzenia kosztorysów branży energetycznej oraz branży sieć trakcyjna nie były niezamierzone. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.07.2010 r. sygn. akt KIO 1528/10 zostało wskazane, iż: „Błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy, a nie błąd którego nie udało się poprawić.” Zakres oraz rodzaj błędów poczynionych przez Konsorcjum Skanska w kosztorysie ofertowym wskazują, iż działanie te zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny. Różnica pomiędzy ceną wskazaną w formularzu ofertowym (30.844.716,66 zł. netto) a ceną, która wynika z kosztorysu (29.288.585,89 zł. netto) wynosi 1.556.130,77 zł. netto co stanowi różnicę 5 % (zgodnie z poniższym zestawieniem):

Oferta Konsorcjum Skanska po poprawieniu przez Zamawiającego					
Lp.	Opis	Wartość	Wartość	RÓŻNICA	
1	RCO	18.734.697,98	18.734.697,98		
2	Branża sieć trakcyjna	2.442.111,54	3.220.139,28	-778.027,74	24,2%
3	Branża torowa	6.501.128,78	6.501.128,78		
4	Branża energetyczna	1.610.647,59	2.388.750,62	-778.103,03	32,6%
Wartość Netto		29.288.585.8930.844.710.66	-1.556.130,77	5,04%	
Wartość Brutto		36.027.558.2337.939.335,52	-1.911.777,29	5,04%	

Biorąc pod uwagę fakt, iż błędy dotyczą dwóch z trzech branż składając się na kosztorys jak dużą skalę różnic w pełni zasadnym jest wskazane, iż działanie Konsorcjum Skanska w powyższym zakresie powinny zostać zakwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż różnica między oczywistą omyłką rachunkową a błędem w obliczeniu ceny tkwi w tym, że w pierwszym przypadku zachodzi niezgodność w wyniku rachunku arytmetycznego w stosunku do prawidłowo przeprowadzonego działania na podstawie prawidłowych danych. Natomiast w drugim przypadku niezgodność będzie wynikiem przyjęcia nieprawidłowych danych do obliczenia ceny (wyrok z dnia 31.10. 2008 r., KIO/UZP 1132/08). Jak zostało wskazane w niniejszym odwołaniu - w wielu miejscach przedmiaru robót (np. branża energetyczna: L.p.: 18, 19, 25,

26, 36, 37, 38,39 itd.; branża sieć trakcyjna: L.p. 14, 28, 66, 68, 69, 76 itp.) wartość oferty co do danej pozycji stanowiła wynik prostego zabiegu mnożenia danej pozycji cenowej przez wartość jednostkową danej pozycji Kosztorysu, Skoro zatem Konsorcjum Skanska mnożąc daną wartość przez jeden otrzymywała wynik inny niż wartość czynnika mnożonego przez jeden to zasadnym jest przyjęcie, iż Skanska przyjęła nieprawidłowe (nieznane odwołującemu) dane potrzebne do obliczenia danej pozycji.

W myśl art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”

Zgodnie z Tomem I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców:

-pkt 13.3.: „Rozbicie Ceny Ofertowej sporządzone przez Zamawiającego jest dokumentem informacyjnym dla Wykonawcy na etapie sporządzania Oferty. Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Przedmiary robót oraz Rozbicie ceny ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Przedmiaru robót oraz Rozbicia ceny ofertowej. Nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje w wypełnionych Przedmiarach robót oraz Rozbiciu ceny ofertowej, których cena nie została podana lub wpisano „ 0 ”, dotyczy to również przypadku braku pozycji. W takim przypadku Zamawiający poprawi Przedmiary robót oraz Rozbicie Ceny Ofertowej poprzez dopisanie treści brakującej pozycji z wartością „0”, Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionych Przedmiarów robót oraz Rozbicia ceny ofertowej

- pkt 13.4” „ Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji w wypełnionych Przedmiarach robót oraz Rozbiciu ceny ofertowej, powiększona o podatek VAT.”

- Pkt 13. 5: „Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego Zamówienia, określone zostały w Tomie II niniejszej SIWZ. ”

Dowód:

- Tom I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców

Zgodnie z powyższymi postanowieniami SIWZ, wykonawcy mieli wycenić Przedmiary, poprzez wycenę pozycji jednostkowych, przemnożenie przez ilość a następnie otrzymanie sumarycznego wynagrodzenia za daną pozycję. Konsorcjum Skanska będąc profesjonalistą w obrocie odstąpiło od określonego przez Zamawiającego (i standardowego w przetargach na roboty budowlane mechanizmu) sposobu wyceny wynagrodzenia za pozycje przedmiarowe. Konsorcjum Skanska zaproponowało zamiast podnieść cenę jednostkową i tym samym podnieść swoją marżę i zapewnić porównywalność ofert, to podała klasycznie ceny jednostkowe - natomiast do cen sumarycznych w każdej pozycji ze wskazanych dwóch przedmiarów wykonawca ten dorzucił odpowiednio 31,75 % ceny sumarycznej i 48,30% ceny

sumarycznej. Powyższe prowokowałyby również problemy z rozliczeniem później wykonanych prac, tzn. czy rozliczać według cen jednostkowych czy wyjść od cen finalnych, cenę jednostkową potraktować jako oczywistą omyłkę i zmienić (podwyższyć) tę cenę jednostkową. Tym samym Konsorcjum

Skanska odstąpiła od zasad wyliczenia ceny określonych przez Zamawiającego w SIWZ i jego oferta powinna być odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ad II 9 - naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy

Zgodnie z art. 91 ust.1 ustawy: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

W myśl pkt. 20.9. Instrukcji dla Wykonawców: „ W celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria:

- Całkowita cena brutto - waga: 85 %;
- Skrócenie terminu realizacji - waga 10 %,
- Okres gwarancji - waga 5 %.

W świetle powyższych kryteriów odwołujący wskazuje, iż złożona przez odwołującego oferta była najkorzystniejsza. Cena ofertowa brutto wskazana przez Odwołującego wyniosła 36.558.803,79 zł. brutto; jednocześnie odwołujący skrócił termin wykonania zamówienia do dnia 30.08.2017 r. oraz zobowiązał się do udzielenia zamawiającemu 120 miesięcznego okresu gwarancji na wykonane roboty budowlane.

Tymczasem zamawiający w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22.06.2016 r., nr IREZA4/lf-216-02/2016 wskazał, że jako najkorzystniejsza uznana została oferta złożona przez Konsorcjum Skanska, pomimo iż cena ofertowa Konsorcjum Skanska wyniosła 37.939.335,52 zł., Konsorcjum Skanska skróciła termin wykonania zamówienia do dnia 30.08.2017 r. oraz zobowiązała się do udzielenia Zamawiającemu 120 miesięcznego okresu gwarancji na wykonane roboty budowlane.

Zamawiający w sposób wadliwy dokonał poprawy omyłki rachunkowej i zmienił cenę oferty Konsorcjum Skanska na kwotę brutto 36.027.558,23 zł. uznając tym samym w sposób błędny, iż oferta Konsorcjum Skanska jest najkorzystniejsza. Jak zostało wskazane powyżej - zamawiający nie był w niniejszej sprawie uprawniony do dokonania zmiany ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Skanska, wobec czego za wiążącą cenę ofertową Konsorcjum Skanska należy uznać kwotę brutto 37.939.335,52 zł., tj. kwotę wyższą niż cena ofertowa odwołującego. W świetle powyższego zasadnym jest uznać, iż oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejsza.

Odwołujący uwzględniając przedstawione w niniejszym odwołaniu okoliczności wnosi jak w petitum. Równocześnie odwołujący wskazuje, iż dotychczasowe postępowanie zamawiającego narusza interes odwołującego, ponieważ poprzez poprawienie oferty

Konsorcjum Skanska uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia. Podobnie poprzez brak odrzucenia oferty tego wykonawcy zamawiający uniemożliwia wygranę zamówienia przez odwołującego. Po odrzuceniu oferty Konsorcjum Skanska, odwołujący uzyskałby najlepszy bilans w kryteriach oceny ofert.

Biorąc powyższego pod uwagę, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana bezpośrednio do zamawiającego. Wszystkie dowody wymienione w niniejszym odwołaniu znajdują się w dokumentacji przetargowej.

Pismem z dnia 04.07.2016 roku do postępowania po stronie zamawiającego przystąpiło Konsorcjum w składzie: Skanska S.A. ul. Generała Józefa Zajączka 9; 01-518 Warszawa (Lider Konsorcjum) i Skanska SK a.s. ul. Krajna 29; 821- 04 Bratysława; Republika Słowacka (Członek Konsorcjum) wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał na interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ zamawiający wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą a odwołujący ten wybór kwestionuje .

Pismem z dnia 12.07.2016 r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie.

Przystępujący odnosząc się do naruszenia art.87 ust.2 pkt 2 w związku z art. 87 ust.1 oraz art.7 ust.1 i ust.3 ustawy Pzp. przedstawił następującą argumentację. Zwalczając twierdzenia odwołującego na temat nieuprawnionych poprawek w ofercie przystępującego przez zamawiającego, podnosi zarzut nie udowodnienia tych twierdzeń przez odwołującego. Na te okoliczność przywołuje obowiązek dowodowy na fakty w związku z wywodzonymi skutkami prawnymi w myśl art. 190 ust.1 ustawy Pzp. Ponadto powołuje się na brak logicznego rozumowania w związku ze składaniem oferty i rzekomo umyślnym popełnianiem błędów, którymi ryzykuje odrzucenie oferty przez zamawiającego.

Kwestionuje twierdzenie odwołującego o braku prawa do popełniania błędów przez profesjonalistę składającego ofertę a co potwierdza instytucja poprawiania omyłek rachunkowych ustanowiona w art. 87 ust.2 pkt 2 ustawy.

Przystępujący wyjaśnia, że powstanie omyłek w rachunkach wynika z ręcznego a nie elektronicznego sposobu wyliczania niektórych pozycji. Natomiast nie wiadomo czego chce udowodnić odwołujący wyliczając wysokość poszczególnych omyłek to jest na poziomie około 31 % i około 48 procent. Bowiem poprawianie omyłek rachunkowych nie jest uzależnione od wysokości i rozmiaru popełnionych omyłek.

Powołując się na orzecznictwo SN jak i KIO przystępujący podnosi, że poprawianie omyłek rachunkowych polega na zmianie wyniku działań matematycznych np.: mnożenia, odejmowania, sumowania, bez zmiany elementów tych działań. Również wbrew twierdzeniom odwołującego brak jest zakazu poprawiania wyliczeń składowych wynagrodzenia przy obowiązywaniu ceny ryczałtowej. Skoro zamawiający, nawet dla celów informacyjnych, nakazał wyliczenie ceny na podstawie przedmiaru robót jak i kazał podać w formularzu oferty ceny części robót, to miał on obowiązek poprawienia omyłek rachunkowych. Obowiązek

poprawiania omyłek przystępujący wywodzi również z pkt-u 13.4. SIWZ o treści "Cena oferty jest sumą wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionych Przedmiarach robót oraz Rozbiciu ceny ofertowej, powiększona o podatek VAT". Sposób poprawiania omyłek wynika także z ustalonych do wypełnienia tabeli gdzie wykonawca podaje cenę jednostkową i wymnaża ją przez ilość jednostek podanych przez zamawiającego. W ocenie odwołującego cena ma charakter mieszany, ponieważ mimo zastrzeżenia przez zamawiającego ceny ryczałtowej, do rozliczeń właściwe są ceny jednostkowe urządzeń i materiałów. Na istotę rozliczeń wpływa modyfikacja SIWZ z dnia 11 maja 2016 roku w której na str., 4 odnosząc się do § 30 umowy zamawiający wskazał w zmienionym ust.3, że pozycje w kosztorysie ofertowym, który został sporządzony zgodnie z przedmiarem, będą rozliczane obmiarowo. Odwołujący podkreśla, że wszystkie omyłki rachunkowe zostały popełnione w kosztorysie ofertowym sporządzonym według przedmiaru a więc w tej części oferty, która rozliczana jest obmiarowo. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający nie dokonywał zmiany cen jednostkowych tylko wyników działań rachunkowych .

Również przystępujący wskazuje na skutki poprawek rachunkowych w trybie art.87 ust.2 pkt 2 ustawy, które obowiązują bez względu na zgodę lub brak zgody wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Również nie mają miejsca skutki prawne przewidziane w art. 5 k.c. w związku z art.65 §1 k.c. Wywody, odwołującego na tle tych przepisów, przystępujący uważa za nieuprawnione, ponieważ założenie, że przystępujący składając ofertę świadomie naraża się na ryzyko jej odrzucenia z powodu błędów, jest z gruntu nielogiczne. Odnosząc się z kolei do naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp przystępujący zaprzecza okoliczności czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty. W jego ocenie działania w związku ze złożeniem oferty nie naruszają prawa ani dobrych obyczajów a to dopiero mogłoby stanowić podstawę do stwierdzenia praktyk nieuczciwej konkurencji. Wykonawca wybrany także zaprzecza twierdzeniom, że wskutek poprawienia oferty złożył nie jedną a co najmniej dwie oferty, skoro możliwość poprawiania oferty wynika z ustawy Pzp. W ocenie przystępującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. to nie ma on formalnego uzasadnienia. Skoro poprawienie omyłki rachunkowej następuje na podstawie art.87 ust.2 pkt 2 a nie pkt 3 ust.2 art.87 ustawy to stawianie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie jest prawem przewidziane. W świetle powyższego również, w ocenie przystępującego, nieuprawnione jest twierdzenie o naruszeniu art.89 ust.1 pkt 6 ustawy, ponieważ nie ma w jego ofercie błędu w obliczeniu ceny tylko zaistniała omyłka rachunkowa. Na koniec swoje wystąpienie przystępujący kwituje, że zamawiający również nie naruszył art.91 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ jego oferta wskutek poprawienia omyłek rachunkowych jest ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2016 r. doręczonym w dniu rozprawy wniósł o oddalenie odwołania w całości przedstawiając w zakresie podniesionych zarzutów stosowną argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego okazanej przez zamawiającego do wglądu Izba ustaliła.

Przedmiotem postępowania jest sporządzenie dokumentacji technicznej jak i prac budowlanych na zadaniu „Przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym na nastawniach DTC i DTA oraz odtworzenie posterunku odgałęźnego Okradzionów z przebudową układu torowego i sieci trakcyjnej w stacji Dąbrowa Górnicza Towarowa. w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na południowo - wschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami na liniach kolejowych nr 154, 171, 661”.

Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego wyboru oferty przystępującego w sprawie jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym podniósł następujące zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp. jak i kodeksu cywilnego:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy poprzez jego zastosowanie i dokonanie poprawy przez zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej, pomimo faktu, iż w niniejszej sprawie brak było podstaw do uznania, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy znajduje zastosowanie,
- 2) art. 87 ust.1 ustawy Pzp. poprzez dokonanie zmian w treści oferty złożonej przez Konsorcjum Skanska w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny,
- 4) art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. - poprzez wykorzystanie instytucji oczywistej omyłki rachunkowej w celu obejścia prawa i zmiany ceny ofertowej,
- 5) art. 82 ustawy Pzp. poprzez umożliwienia Konsorcjum Skanska złożenie kilku ofert cenowych,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. w zw. z art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) - poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Skanska z powodu tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. poprzez jego niezastosowanie, tzn. nieodrzućenie oferty Konsorcjum Skanska, pomimo faktu, iż oferta Konsorcjum Skanska zawiera błędy w obliczeniu ceny co obliguje zamawiającego do odrzućenia oferty,

8) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. poprzez jego niezastosowanie, tzn. nieodrzućenie oferty Konsorcjum Skanska, pomimo faktu, iż treść oferty Skanska nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) co obliguje zamawiającego do odrzućenia oferty,

9) art. 91 ust.1 ustawy Pzp. poprzez jego niezastosowanie i niewybranie przez zamawiającego oferty odwołującego pomimo faktu, iż oferta złożona przez odwołującego jest najkorzystniejsza.

Zarzut naruszenia powyżej przywołanych przepisów prawa odwołujący wywiódł z następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

Zamawiający w SIWZ nadał wynagrodzeniu charakter mieszany to jest częściowo kosztorysowy a częściowo ryczałtowy. Część prac ma być rozliczana na podstawie kosztorysu i obmiaru robót a co odnosi się do prac branży torowej, branży energetycznej, branży sieci trakcyjnej. W pozostałym zakresie przedstawionym w tzw. RCO (Rozbicie Ceny Ofertowej) odnoszącym się do branży SRK (Sterowanie Ruchem Kolejowym), branży budowlanej, branży dokumentacyjnej i pozostałych prac takich jak roboty remontowe nawierzchni kolejowej, usuwanie drzew, wykonawcy zobligowani byli do podania kwoty ryczałtowej. Powyższe okoliczności ustalono na rozprawie na podstawie dowodów z postanowień SIWZ w tym zmiany SIWZ z dnia 11 maja 2016 roku w szczególności wzoru umowy (postanowień § 30 umowy odnoszącego się do wynagrodzenia) a co do których treści jak i skutków z nich wynikających strony jak i przystępujący byli zgodni.

Źródłem zarzutu odwołującego jest treść przedstawionych kosztorysów ofertowych do oferty przystępującego jak i w ich konsekwencji dokonanych poprawek omyłek rachunkowych w tych kosztorysach przez zamawiającego o których to poprawkach powiadomiono przystępującego (wykonawcę wybranego) pismem z dnia 14czerwca 2016 roku. Na podstawie tego pisma Izba ustaliła, że zamawiający stwierdził nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym i dokonał prawidłowych obliczeń w kosztorysach branż: torowej, energetycznej, sieci trakcyjnej przy czym powstałe różnice przedstawił w załączonej do pisma tabeli. Załączona do pisma tabela zawierała następujące kolumny: liczba porządkowa.; opis czynności wycenianej; jednostki miary; ilości jednostek miary; cena jednostkowa netto; wartość netto po przeliczeniu przez zamawiającego; oferta wykonawcy/wartość netto; różnica. Skutkiem sprawdzenia i poprawienia kosztorysów wymienionych powyżej branż była zmiana wartości wycenionych prac i tak: pierwotnie kwota netto wynagrodzenia wynosiła: 30.844.998,23 zł. a po korekcie

29.290.697,75 zł. W konsekwencji zamawiający zmienił w pkt 3. Formularza ofertowego przystępującego /wykonawcy wybranego cenę netto, podatek VAT oraz cenę całkowitą brutto. Na tak dokonane zmiany w ofercie przystępującego nie wyraża zgody odwołujący, którego oferta w ten sposób straciła pierwszą pozycję w rankingu ofert i odwołujący w związku z tym nie uzyska zamówienia, ponieważ oferta przystępującego okazała się korzystniejszą.

Izba zważyła

Izba odnosząc się do podniesionych zarzutów w odwołaniu uznaje je za chybione i nietrafne. Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem ich konsekwencji rachunkowych. Zamawiający poprawił w kosztorysach iloczyn jednostek przyjętych w kosztorysie przystępującego to jest ilości jednostek i miar. Nie dokonał ingerencji w ilościach jednostek miar jak i w cenach za jednostkę miary. Słusznie przystępujący podniósł, że ingerencja czy to w ilości jednostek miar, czy to w cenę stanowiła kwalifikowanie tej czynności jako omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia to jest do dyspozycji art.87 ust.2 pkt 3 w związku z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba uznaje czynności zamawiającego w trybie art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.za wykonane zgodnie z dyspozycją tego przepisu. Ocena Izby wynika z okoliczności nie stwierdzenia w kosztorysie przystępującego omyłek co do ilości jednostek miar w kontekście przedmiarów robót. Jak również z okoliczności, co oświadczyła na rozprawie pełnomocnik zamawiającego /przewodnicząca komisji przetargowej, że ceny za poszczególne jednostki nie budziły wątpliwości co do ich wysokości. Powyższych okoliczności nie kwestionował ani w odwołaniu, ani na rozprawie pełnomocnik odwołującego. Natomiast argumentacja pełnomocnika odwołującego o nadmiernej ilości omyłek w wyniku mnożenia w stosunku do ilości pozycji kosztorysowych oraz o prawdopodobnie celowości dokonanych pomyłek w związku z dysponowaniem automatycznym sposobem liczenia kosztorysu (Excel) nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Bowiązkiem a nie prawem zamawiającego jest dokonanie poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych. Izba uznaje za oczywistą omyłkę rachunkową w ofercie wykonawcy sytuację gdy wynik w tym wypadku mnożenia jest nieprawidłowy. Zamawiający dokonując korekt w kosztorysach przystępującego nie ingerował w ilości jednostek miar jak i cen za jednostkę miary dlatego brak uzasadnienia do uwzględnienia zarzutu odwołania wywiedzonego z brzmienia art.89 ust.2 pkt 1 w związku z art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. a w konsekwencji również do art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. (błąd w obliczeniu ceny). Dla Izby również nie przekonywująca jest argumentacja odwołania idąca w kierunku naruszenia zasad uczciwej konkurencji w związku z dysponowaniem Excel a w szczególności gdy nieprawidłowy wynik mnożenia obejmuje również mnożenia przez 1(jeden). Tym samym zarzut odwołania nie wyczerpuje w zaistniałych

okolicznościach sprawy dyspozycji z art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.(złożenie oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji). W ocenie Izby bez względu na wyjaśnienia przystępującego na rozprawie co do okoliczności powstania omyłek, omyłki rachunkowe mogą mieć miejsce zarówno przy ręcznym liczeniu jak i przy automatycznym liczeniu. Instytucja poprawiania omyłek rachunkowych funkcjonuje bez względu na aprobatę czy brak aprobaty takich poprawek po stronie wykonawcy. Z kolei zamawiający jak już wyżej Izba zauważyła ma obowiązek a nie prawo poprawek i to z konsekwencjami rachunkowymi dokonanych poprawek. W kontekście powyższych zważeń w ocenie Izby nie mają racji dalsze zarzuty podniesione w odwołaniu to jest art. 87 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ nie nastąpiła zmiana treści złożonej oferty, ponieważ poprawienie ceny oferty jest uprawnione brzmieniem art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z tym nie wypełnił się również zarzut oparty na brzmieniu art.82 ustawy Pzp. regulujący prawo wykonawcy do złożenia jednej tylko oferty. W konsekwencji nie mają racji bytu pozostałe zarzuty oparte o treść artykułów: art.7 ust.1 i 3 ustawy Pzp.; art.5 k.c. ; art.91 ust.1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, że nie potwierdziły się zarzuty, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 4.349 zł. 20 gr (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści dziewięć złotych dwadzieścia groszy) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 47; 03-734 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, kosztów dojazdu na rozprawę i opłat skarbowych od pełnomocnictwa

Przewodniczący: