

WYROK

z dnia 21 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Renata Tubisz

Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia **9 września 2011 r.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad ul. śelazna 59, 00 - 848 Warszawa; adres do korespondencji Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie ul. Ogrodowa 21 20-075 Lublin** protestu z dnia **22 sierpnia 2011 r.**, wniesionego przez **DRAGADOS S.A Avda. dal Camino de Santiago 50, 28050 Madryt Hiszpania, adres do korespondencji: DRAGADOS S.A Oddział w Polsce ul. Krowoderskich Zuchów 12, 31-272 Kraków,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum: FCC Construcccion S.A. i Erbud S.A.

1

3. Nakazuje zamawiającemu dokonanie poprawy oferty odwołującego przez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego odwołującego w branży „Zabezpieczenia ekologiczne.”

4. Nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty.

5. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa ul. śelazna 59, 00 - 848 Warszawa; adres do korespondencji Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin,

5.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: DRAGADOS S.A Avda. dal Camino de Santiago 50, 28050 Madryt Hiszpania, adres do korespondencji: DRAGADOS S.A Oddział w Polsce ul. Krowoderskich Zuchów 12, 31-272 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

5.2. zasądza od zamawiającego: Generalnej Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa ul. śelazna 59, 00 - 848 Warszawa; adres do korespondencji Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie ul. Ogrodowa 21 20-075 Lublin, na rzecz odwołującego DRAGADOS S.A Avda. dal Camino de Santiago 50, 28050 Madryt Hiszpania, adres do korespondencji: DRAGADOS S.A Oddział w Polsce ul. Krowoderskich Zuchów 12, 31-272 Kraków kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego o nazwie: „Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów-Lublin-Piaski, Zadanie nr 3: odcinek węzeł „Dąbrowica” - węzeł Lubartów” (wraz z węzłem) i

odcinek drogi krajowej nr 19 klasy GP: węzeł Lubartów" - granica administracyjna miasta Lublin," ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22.12.2009 r. pod nr 2009/S 246-352449, w dniu 22 sierpnia 2011 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez wykonawcę DRAGADOS S.A. z siedzibą w Madrycie.

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 12 sierpnia 2011 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm:

2

FCC Construcccion SA z siedzibą w Barcelonie oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej konsorcjum FCC Construcccion).

W proteście odwołujący zarzucił zamawiającemu - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Lublinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 87 ust 2 ustawy, w szczególności zaś art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie poprawienia złożonej oferty w zakresie dotyczącym kosztorysu ofertowego (branża - Zabezpieczenia ekologiczne), pomimo, iż poprawienie tej części oferty (wobec wskazania w Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa i Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa szczegółowa łącznej kwoty należnej za wykonanie robót w tej branży) - było możliwe i nie powodowało istotnych zmian w treści oferty;
- 2) art. 87 ust 1 ustawy, przez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości związanych z treścią oferty w zakresie dotyczącym części kosztorysu ofertowego (branża - złożonej Zabezpieczenia ekologiczne), jeśli zamawiający uznawał, iż treść oferty w powyższym zakresie budzi wątpliwość;
- 3) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego jako nie istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), bez odpowiadającej treści specyfikacji dokonania poprawienia omyłek trybie art. 87 ust 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji bezzasadne dokonanie wyboru oferty konsorcjum FCC Construcccion S.A., mimo iż oferta ta była droższa od oferty odwołującego aż o kwotę 15 513 826,61 PLN.

Powołując się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosil o uwzględnienie protestu i żądał:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum FCC Construcccion S.A.;
- 2) dokonania poprawienia przez zamawiającego złożonej oferty przez jej korektę zgodnie z wnioskami wypływającymi z uzasadnienia protestu oraz o ile to konieczne, wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp;
- 3) dokonania ponownej oceny wszystkich złożonych ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej stosownie do kryteriów wyboru ofert określonych w SIWZ.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań protestu odwołujący podał, że zamawiający w ramach prowadzonego postępowania zamierza udzielić zamówienia na budowę jednego odcinka drogi ekspresowej S17. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie

3

robót budowlanych, bez prac projektowych. Całościowy opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez zamawiającego w załączonych do SIWZ Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót. Pozycje przedmiarowe robót budowlanych jakie mają zostać wykonane w związku z realizacją zamówienia, w tym także w zakresie dotyczącym branży - Zabezpieczenie ekologiczne, zostały wprost określone przez zamawiającego w SIWZ i są mu doskonale znane. Wszyscy wykonawcy są związani przygotowanymi przez zamawiającego i wskazanymi w Tomie V SIWZ pozycjami przedmiaru robót i wzorami tabel kosztorysu ofertowego dla poszczególnych branż. Nie jest zatem możliwe, aby którykolwiek z wykonawców zmienił zakres pozycji przedmiarowych w swojej ofercie, w szczególności pomijając niektóre rodzaje prac lub dopisując nowe, bądź zmienił

standard wykonania poszczególnych prac. Zaznaczał, iż obowiązkiem wykonawców jest bezwzględne zastosowanie się do wymogów zamawiającego w tym względzie, potwierdza to treść oświadczeń, jakie wykonawcy składali w formularzu oferty, a w szczególności oświadczenie opisane w pkt 2, w którym wymagane było potwierdzenie, iż wykonawca zapoznał się z treścią SIWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami SIWZ przekazanymi mu przez zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku załączonych do SIWZ wzorów formularzy kosztorysowych. Treść formularzy została w całości przygotowana przez zamawiającego, natomiast wykonawcy nie byli uprawnieni do zmiany zakresu i opisu poszczególnych pozycji składanego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Ich obowiązkiem było jedynie wpisanie przy każdej pozycji stosownych, proponowanych przez siebie cen jednostkowych. Nadto podnosił, iż formularze te zostały skonstruowane na trzech poziomach szczegółowości. Tabela wartości elementów scalonych wielobranżowa zawiera pozycje główne o ogólnym charakterze. Pozycje te były następnie uszczegóławiane w Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa szczegółowa. W obu rodzajach Tabel wykonawcy zobowiązani byli wskazywać ceny za poszczególne pozycje. Najbardziej szczegółowe dane zawierał następnie szczegółowy kosztorys ofertowy w rozbiciu na branże. Odwołujący podnosił jednocześnie, iż szczegółowy kosztorys ofertowy dotyczył tego samego zakresu prac, co wykazany w obu Tabelach wartości elementów scalonych, zawierał jedynie bardziej szczegółowy opis poszczególnych podpozycji (tj. rodzajów prac w ramach danej branży do wykonania przez wykonawcę), podlegających wycenie. Wykonawcy byli także zobowiązani do podania wartości (kwot) dla poszczególnych pozycji głównych ujawnionych w Tabelach wartości elementów scalonych oraz do wskazania kwot w poszczególnych podpozycjach tych pozycji głównych, ujawnionych w kosztorysie ofertowym dla każdej z branż, przy czym oczywistym jest, jak zaznaczał odwołujący, iż suma wszystkich podpozycji wskazanych w szczegółowym kosztorysie ofertowym dla pozycji głównych zdefiniowanych w obu rodzajach Tabel elementów wartości scalonych, w tym także dla branży - Zabezpieczenie ekologiczne,

4

dawała cenę wskazaną dla pozycji głównej (branży - zabezpieczenie ekologiczne) wykazywaną w Tabelach wartości elementów scalonych. Akceptacja opisanych powyżej zasad znajdowała swoje potwierdzenie również w oświadczeniach składanych w treści formularza oferty, w szczególności w oświadczeniu ujętym w powołanym powyżej pkt 2.

Odwołujący stwierdził w proteście, iż składając ofertę sporządził ją zgodnie z wytycznymi wskazanymi w SIWZ, na formularzu zgodnym co do treści z dołączonym do SIWZ, i przy wykorzystaniu wzorów tabel kosztorysów dołączonych do SIWZ. W szczególności w treści złożonej oferty zawarł oświadczenie potwierdzające zapoznanie się z SIWZ i uznające odwołującego za związanego określonymi w SIWZ postanowieniami i zasadami postępowania. W swojej ofercie zobowiązał się wykonać zamówienie zgodnie z wymogami SIWZ. Zdaniem odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż jego zobowiązanie obejmowało wszystkie prace wskazane w SIWZ, w tym opisane w przedmiarach robót w szczególności wszystkie prace wymagane przez zamawiającego w odniesieniu do branży - Zabezpieczenie ekologiczne. Podkreślał, iż dokonał wyceny wszystkich prac wchodzących w zakres zamówienia, a wycena ta znajdowała odzwierciedlenie w cenie końcowej oferty (pkt 3 formularza oferty), jak i w wypełnionych poprawnie i załączonych do oferty Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa i w Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa szczegółowa. Zaproponowana cena łączna jest sumą wszystkich cen wskazanych dla poszczególnych branż i rodzajów robót, cena ta obejmuje także częściową cenę (kwotę) należną za wykonanie wszystkich rodzajów prac wchodzących w zakres branży - Zabezpieczenie ekologiczne (pkt 14 w obu tabelach).

Odwołujący wyjaśniał, iż na skutek błędu będącego wynikiem technicznych trudności z drukiem oferty (strona kosztorysu ofertowego zawierająca opis poszczególnych prac i cen w branży Zabezpieczenie ekologiczne (budowa ekranów akustycznych) zacięła się w drukarce w czasie druku), nie dołączył do oferty części kosztorysu ofertowego odnoszącego się do branży zabezpieczenie ekologiczne, mimo iż kosztorys w tym zakresie był przez niego uprzednio przygotowany. Zaznaczał, że działanie to nie było zawinione lub w jakikolwiek sposób świadomie powzięte. Było zwykłą, omyłką, błędem w przygotowaniu całościowej dokumentacji kosztorysowej składanej wraz z ofertą. Mając na uwadze przyjętą w języku polskim definicję omyłki uznawaną właśnie jako „błąd, niewłaściwe postępowanie, posunięcie” (zob. Słownik Języka Polskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN SA.), wskazywał,

iż jego działanie nosiło znamiona takiej omyłki. Zatem nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego zawartym w zawiadomieniu o wyborze oferty konsorcjum FCC Construcccion S.A. i odrzuceniu jego oferty pismem z dnia 12.08.2011 r., że ujawniony błąd w kosztorysie ofertowym odwołującego wykracza poza zakres pojęcia omyłki. Odwołujący na uzasadnienie swego stanowiska przytoczył pogląd wyrażony w wyroku z dnia 4.12.2009 r. (KIO/UZP 1589/09), w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, „iż należy przyjąć możliwie

5

szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w przepisach PZP. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści poprzez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz, etc) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty." Odwołujący w proteście argumentował, iż przedmiotowa omyłka winna być traktowana jako inna omyłka w rozumieniu w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp tj., inna niż pisarska i rachunkowa, polegająca na niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie powodująca istotnych zmian w treści oferty. W świetle powołanego art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, według odwołującego, zamawiający był zatem zobowiązany do poprawienia takiej omyłki. Zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego i bezpośrednie odrzucenie jego oferty naruszało w opinii tego wykonawcy, przepisy ustawy Pzp. Odwołujący przytoczył dalsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym przyjmuje się, iż „zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej" (KIO/UZP 1278/09, KIO/UZP 691/09). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14.06.2011 r. (KIO/UZP 1020/10) „dopuszcza się także wprost poprawianie omyłek w kosztorysach ofertowych wykonawców, z zastosowaniem wszystkich możliwych podstaw takiej czynności określonych przepisem art. 87 ust 2 PZP." W praktyce dopuszczalnym jest nawet poprawienie oferty w zakresie ceny (KIO/UZP 34/09; KIO/UZP 134/09), czy też zakresu prac (KIO/UZP 21/09, 38/09, 41/09). Odwołujący argumentował, że jedynym ograniczeniem przy dokonywaniu korekty oferty jest to, by na skutek ich dokonania nie doszło do istotnej zmiany złożonej oferty. Pojęcie „istotnej zmiany oferty" nie zostało zdefiniowane. Wskazówkę co do interpretacji tego określenia daje Izba w wyroku z dnia 26.05.2009 r. (KIO/UZP 634/09) wywodząc, iż „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki, a jednocześnie czynności te nie ingerują w sposób istotny w treść oferty, nie powodują konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczą jej istotnych postanowień." Zdaniem odwołującego, dokonanie korekty jego kosztorysu ofertowego w części dotyczącej branży - Zabezpieczenie ekologiczne nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Wywodził, iż nie ulega wątpliwości, że z okoliczności związanych ze złożeniem oferty, w szczególności z treści dołączonych do oferty Tabeli wartości scalonych - wynika jednoznaczny zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego także w zakresie wykonania prac z branży Zabezpieczenie ekologiczne (budowa ekranów akustycznych). Poprawienie tej omyłki, w ocenie odwołującego, nie ingeruje w istotny sposób w treść oferty. Nie wymaga zmiany zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, gdyż zakres ten wynikał z SIWZ i jako taki został zaakceptowany w sposób w wyraźny w treści oświadczenia nr 2 w podpisanym formularzu oferty i wyceniony w ofercie. Skoro zatem zakres robót objętych w tej części

6

kosztorysu był zdefiniowany wiążąco w przedmiarach robót sporządzonych przez zamawiającego, jako że przedmiotowe zamówienie dotyczyło jedynie wykonania robót budowlanych na warunkach wskazanych przez zamawiającego, a nie dotyczyło wykonania i projektowania robót drogowych, wystarczającym było jego powielenie zgodnie ze wzorem tabeli „kosztorys ofertowy - budowa ekranów akustycznych" dołączonej do Tomu V SIWZ. Nie wymaga także zmiany cena za wszystkie prace objęte tą częścią kosztorysu, gdyż cena ta została dwukrotnie wskazana w pozycji 14 Tabeli wartości scalonych, jak również zmianie nie ulegnie łączna cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia wskazana w formularzu ofertowym odwołującego. Zaznaczał, że ceny te były znane zamawiającemu oraz jawne także dla innych wykonawców. W konsekwencji wskutek dokonania korekty oferty odwołującego, nie doszłoby także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Korekta oferty nie miałaby wpływu na ocenę oferty z punktu widzenia przyjętego kryterium

najkorzystniejszej ceny, gdyż cena - jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu - nie ulegnie zmianie. Korekta oferty nie będzie powodowała zmian także w stosunku do innych istotnych dla realizacji zamówienia kwestii, takich jak przykładowo terminy wykonania, terminy płatności, zasady odpowiedzialności wykonawcy za wykonaną robotę budowlaną. Zdaniem odwołującego, zamawiający może samodzielnie dokonać opisanej wyżej korekty oferty, którą bezpodstawnie odrzucił. Odwołujący powtórzył argumentację, że poszczególne pozycje z tabeli „kosztorys ofertowy - budowa ekranów akustycznych” są znane i wynikają wprost z ustaleń SIWZ. Zamawiający posiada więc pełną wiedzę na temat ilości m2 ekranów, jakie należy wykonać na całej inwestycji, a także na temat rodzaju i wielkości konstrukcji oraz fundamentów wymaganych do ich realizacji. Ceny jednostkowe za te pozycje mogą zaś zostać przez niego uzupełnione w oparciu o matematyczne kalkulacje i znane zamawiającemu ceny rynkowe, tak by cena łączna za wszystkie te pozycje wyniosła 40 771 173,59 PLN, to jest w podanej zbiorczej wartości netto dla danej branży. Pomocą w tym zakresie może być zwykły arkusz kalkulacyjny Exel. Odwołujący podnosił, iż zamawiający jako największa krajowa instytucja odpowiedzialna za realizację inwestycji drogowych, ma bogate doświadczenia i kwalifikacje w obliczaniu cen oraz kosztorysowaniu poszczególnych prac dotyczących robót drogowych. Posiada także pełny przegląd zmian cen na rynku. Zna oficjalne publikatory wyznaczające poziom cen jednostkowych na określone grupy robót (m.in. Sekocenbudu). Zdaniem odwołującego, wyliczenia można dokonać w następujący sposób: zamawiający przyjmując stawki jednostkowe Sekocenbudu za poszczególne jednostki wskazane w tabeli „kosztorys ofertowy - budowa ekranów akustycznych” wskazanej w Tomie V SIWZ i mnożąc je przez wskazane w tej tabeli ilości uzyska wartość każdej z pozycji zdefiniowanej w tabeli (pozycje 1.1-1.3, 2.1-2.2, 3.1-3.3) następnie sumując te wartości uzyska wartość łączną za wszystkie pozycje, wartość tą następnie skonfrontuje z wartością łączną wskazaną w ofercie tj. kwotą 40 771 173,59 PLN netto, ustalając stopień

7

(procent) różnicy pomiędzy wartością podaną przez odwołującego i wartością ustaloną na podstawie cen Sekocenbudu (o ile procent wartość łączna ustalona w oparciu o ceny Sekocenbudu różni się [jest mniejsza lub większa] od wartości podanej w ofercie), w dalszej kolejności zamawiający skoryguje wartość każdej pozycji ustalonej w oparciu o ceny Sekocenbudu (pozycje 1.1-1.3, 2.1-2.2, 3.1-3.3) o stosunek procentowy ceny łącznej ustalonej na podstawie wartości Sekocenbudu do ceny łącznej podanej przez odwołującego w ofercie (odpowiednio pomniejszy lub powiększy uprzednio ustalone przez siebie wartości pozycji w oparciu o ceny Sekocenbudu o wartość procentową wyliczoną stosownie do mechanizmu opisanego w uzasadnieniu powyżej. Odwołujący wskazywał, iż tak skorygowane wartości poszczególnych pozycji, zamawiający miałby następnie podzielić przez ilości określone we wzorze tabeli dla „kosztorysu ofertowego - budowa ekranów akustycznych” uzyskując w ten sposób ceny jednostkowe dla każdej pozycji kosztorysu - odpowiadające po zsumowaniu wartości łącznej dla tej branży, wskazanej w ofercie. Odwołujący stwierdził, iż sposób który wskazał, jest jednym z możliwych do zastosowania w celu ustalenia i poprawienia cen jednostkowych kosztorysu ofertowego dla branży - zabezpieczenia ekologiczne. Zaznaczał również, iż wszystkie te działania zamawiający może wykonać samodzielnie w oparciu o dane powszechnie znane, zaś wykonanie takiej operacji za pomocą arkusza kalkulacyjnego Exel nie nastręcza trudności i nie jest czasochłonne. Powołał się na wyżej przytoczoną argumentację, iż taka korekta nie doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Dodatkowo przytoczył subklauzulę 14.1 projektu umowy, iż wykonawca jest zobowiązany w terminie 28 dni od dnia dat rozpoczęcia (robót) przedłożyć Inżynierowi szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych wszelkich pozycji kosztorysu ofertowego. Zatem na etapie realizacji umowy przedłożone do oferty kosztorysy i tak, z przyjętego założenia będą podlegać dalszemu uszczegółowianiu.

W dalszej części uzasadnienia protestu, odwołujący podnosił, iż zaniechanie przez zamawiającego dokonania poprawienia omyłki jego oferty jest sprzeczne z zasadami całościowej interpretacji art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, mającymi na celu umożliwienie poprawiania ofert, tak aby zapobiec ich eliminacji (odrzuconiu) z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia (KIO/UZP 691/09). Istotą bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przestrzeganie zasady konkurencyjności postępowania w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, w tym art. 7 ust. 1 tej ustawy, tak aby zamawiający mógł otrzymać jak największą liczbą ofert. Przypomniał okoliczność, iż jego oferta jest o 15 513 826, 61 PLN tańsza od oferty

konsorcjum FCC Construcción S.A., tak więc zamawiający winien ze względu na swój interes ekonomiczny, jak i interes publiczny przejawiający się w konieczności celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych podjąć działania zmierzające do poprawienia oferty, którą przedwcześnie odrzucił i wyjaśnienia wszelkich

8

ewentualnych wątpliwości. Zaniechanie podjęcia powyższych czynności i bezpośrednie odrzucenie złożonej oferty, nie podejmując nawet próby wyjaśnienia powstałych wątpliwości, w przekonaniu odwołującego, naruszyło zasady racjonalnego działania podmiotu publicznego w wydatkowaniu środków publicznych opisane w art. 44 ustawy o finansach publicznych oraz naruszyło prawa odwołującego do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto wskazywał, iż zamawiający nie mógł automatycznie odrzucić jego oferty, winien był zwrócić się o wymagane wyjaśnienia, a po ich uzyskaniu dokonać korekty oferty. Takie działanie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp. Ewentualne wyjaśnienia nie prowadziłyby do niedopuszczalnego rozszerzenia lub ograniczenia zobowiązań wykonawcy. Korekta oferty będąca następstwem ewentualnego wyjaśnienia nie zmieniałaby żadnych istotnych zobowiązań umownych odwołującego, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu robót i oferty cenowej. Następnie odwołujący podnosił, iż w tym kontekście - niezrozumiałym jest, że zamawiający zwrócił się do niego uprzednio o wyjaśnienie braków w zakresie ceny jednostkowej kładki KL-13G poz. 36a (pismo z dnia 8.08.2011 r.) a odrzucił tę ofertę bez jakiegokolwiek próby wyjaśnienia kwestii omyłki przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego dla branży Zabezpieczenie ekologiczne (ekrany akustyczne).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2011 r., do postępowania wywołanego protestem w dniu 25 sierpnia 2011 r., zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wybrany wykonawca konsorcjum firm: FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie, który wskazywał na swój interes w ustaleniu istniejącego wyniku postępowania oraz wnosił o utrzymanie w mocy czynności zamawiającego - wyboru jego oferty, uznając zarzuty protestu za bezpodstawne.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2011 r., doręczonym w tym samym terminie, zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Odnosząc się do przytoczonych zarzutów i żądań odwołującego, w uzasadnieniu swego stanowiska w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zamówienie publiczne, którego dotyczy protest, jest zamówieniem na wykonanie robót budowlanych, które mają być rozliczane obmiarowo (wynagrodzenie kosztorysowe), stąd cena oferty jest wynikiem obliczeń, dokonanych w kosztorysach ofertowych. W związku z tym zamawiający w punkcie 7.5. Tomu I specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Instrukcja dla wykonawców zapisał, że "ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty: załącznik do oferty - Dane kontraktowe (Formularz 2.1.), Tabela wartości elementów scalonych (Formularz 2.2.), wraz z wypełnionymi kosztorysami ofertowymi zawartymi w Tomie V dla poszczególnych zadań." Zatem dla sprawdzenia prawidłowości wyliczenia przez wykonawcę ceny oferty niezbędne było złożenie wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, gdzie wykonawca określił ceny jednostkowe dla wszystkich

9

pozycji kosztorysowych. Podkreślał, że wykonawca DRAGADOS S.A. nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego branży Zabezpieczenia ekologiczne, z którego wynika prawidłowość wyliczonej, na stronie 47 kosztorysu ofertowego - Tabela wartości elementów scalonych, pozycja zbiorcza 14, branża - Zabezpieczenie ekologiczne, kwoty 40 771 173,59 zł netto, przez co, jak utrzymywał zamawiający, wykonawca nie sporządził oferty zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, a tym samym treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaznaczał, iż nie ma podstaw, aby uznać, że brak kosztorysu ofertowego dla branży Zabezpieczenia ekologiczne, stanowi inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą zamawiający władny jest poprawić w oparciu o wskazania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak wymaganego kosztorysu ofertowego, jak ocenił zamawiający, wykracza bowiem poza zakres pojęcia „omyłki”, a uzupełnienie kosztorysu ofertowego przez wykonawcę stanowiłoby niedozwoloną przepisami prawa istotną zmianę treści oferty. Niekompletność oferty - brak dokumentu stanowiącego jej

obligatoryjny element i zawierającego ceny jednostkowe za poszczególne pozycje - nie może być bowiem zakwalifikowany jako omyłka możliwa do usunięcia przez zamawiającego. Argumentował, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie mamy bowiem do czynienia z omyłką w treści kosztorysu, ale z brakiem jego części. Oczekiwania odwołującego co do wskazywanego sposobu korekty jego oferty, aby dysponując łączną ceną za pozycje kosztorysowe, oraz wynikającym z treści SIWZ wykazem poszczególnych pozycji kosztorysowych zamawiający samodzielnie określił ich ceny jednostkowe (np. według cen rynkowych Sekocenbudu i na ich podstawie dokonał kalkulacji cen jednostkowych tak, aby po zsumowaniu dały one łącznie kwotę 40 711 173,59 zł, wymienioną w Tabeli wartości elementów scalonych.), poczytał za nie mające podstaw. Zamawiający uznał, że nie powinien samodzielnie, w zastępstwie wykonawcy, wypełnić pominiętego kosztorysu - wpisując w nim ustalone przez siebie ceny jednostkowe. Twierdzenie, że zamawiający mógł w oparciu o swoją wiedzę określić ceny jednostkowe dla ww. kosztorysu i zaproponować odwołującemu poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przywodzi według zamawiającego do wniosku, że ofertę sporządzają wspólnie wykonawca z zamawiającym. Zaznaczał, że w skrajnych przypadkach mogłoby prowadzić to do składania przez wykonawców wraz z ofertą jedynie Tabeli elementów scalonych (skoro zamawiający miałby obowiązek, jak twierdzi wykonawca, sporządzić jeden kosztorys ofertowy, to dlaczego nie wszystkie?), a zamawiający wówczas powinien sam określić ceny jednostkowe robót i w oparciu o nie sporządzić kosztorysy ofertowe, a następnie zaproponować wykonawcom poprawienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Kwestionując sugerowany przez odwołującego sposób postępowania, stanowczo stwierdził, iż określenie ceny, zarówno ceny całkowitej, jak i cen jednostkowych, pozostaje każdorazowo w wyłącznej

10

kompetencji wykonawcy. Doniosłość określenia ceny jednostkowej dotyczy zwłaszcza tych przypadków, w których ceny te będą następnie podstawą ustalenia należnego wykonawcy wynagrodzenia. W podsumowaniu podał, że zamawiający, działając w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może zatem w treści oferty wpisać ustalonych przez siebie cen jednostkowych. Byłoby to bowiem uzupełnienie oświadczenia woli wykonawcy, mające bezpośrednie przełożenie na kwotę uzyskanego przez niego wynagrodzenia, nie zaś poprawa omyłki likwidująca niezgodność oferty z SIWZ. Na potwierdzenie trafności przyjętej wykładni powołanego przepisu zamawiający przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok nr KIO/UZP 780/10 z dnia 2010-05-18:

„Nie jest dopuszczalne, w ocenie Izby, uznanie za omyłkę w treści oferty będącej oświadczeniem woli wykonawcy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest poprawianie wszystkich braków i błędów oferty, lecz umożliwienie zamawiającemu poprawienie niektórych omyłek w treści oferty, niepowodujących istotnych zmian w jej treści”, a dalej: „Stanowisko Izby uzasadnia również fakt, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił wprost wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jako kosztorysowe. Brak wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu może nie tylko utrudnić, ale wręcz uniemożliwić prawidłowe rozliczenie wykonanych robót. Tym samym wobec braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oferta odwołującego została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp” oraz „Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił,”

- wyrok nr KIO/UZP 2591/10 z dnia 2010-12-14:

„Wykonawcy konstruując ofertę w oparciu o wymagania zamawiającego podane w siwz, winni w sposób ścisły przestrzegać ustalonych zasad jej sporządzania, a obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny złożonych ofert w oparciu o zasady podane w siwz. Brak konsekwencji i staranności zamawiającego w tym zakresie powodowałby nierówne traktowanie wykonawców. Nadto, zasadą jest że przy wynagrodzeniu kosztorysowym zakres wycenionych kosztorysem prac oraz ich przedmiot winny być identyczne we wszystkich ofertach” i dalej „zdaniem Izby, pojęcie to (dod. niezgodności treści oferty z treścią siwz)

należy odnosić do istotnych postanowień siwz wynikających z zasad ustawy pzp i winno być oceniane biorąc pod uwagę stan faktyczny danego postępowania o udzielenie zamówienia

11

publicznego, mając na względzie interes innych wykonawców składających oferty w postępowaniu, w szczególności w zakresie równego ich traktowania. W przedmiotowej sprawie nieodrzućcie oferty odwołującego i ocenianie jej wespół z innymi prawidłowo sporządzonymi ofertami, zdaniem Izby byłoby nie zasadne gdyż naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Niezasadnym jest również, zdaniem Izby, podniesiony na rozprawie przez odwołującego argument, że jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do ujęcia, bądź nie ujęcia wszystkich pozycji w kosztorysie ofertowym, to winien był w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 Pzp zwrócić się do wykonawcy z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień. Przepis art. 87 ust. 1 z jednej strony - w świetle utrwalonej linii orzeczniczej KIO zaleca zamawiającemu zwracanie się do wykonawcy o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności kiedy zamawiający zamierza ofertę odrzucić, a z drugiej warunkuje to zakazem prowadzenia negocjacji dotyczących oferty, czyli wskazywania pewnych okoliczności których nie można ocenić na zasadzie spełnia/niespełnia. Biorąc pod uwagę stan faktyczny złożonej oferty, Izba przyznaje rację zamawiającemu, że z treści oferty odwołującego w sposób jednoznaczny wynikały błędy w jej sporządzeniu i co do tego zamawiający - jak stwierdził na rozprawie, nie miał żadnych wątpliwości, a tym samym wobec takiej jednoznaczności treści złożonej oferty, żądanie jakichkolwiek wyjaśnień było bezprzedmiotowe, gdyż w rzeczywistości prowadziłoby do potwierdzenia faktu pominięcia w kosztorysie ofertowym 10 pozycji z przedmiaru robót."

- wyrok nr KIO/UZP 1332/09 z dnia 2009-10-29:

„Skoro więc przedłożone przez Odwołującego kosztorysy ofertowe nie obejmują wskazanego zakresu robót - tym samym zachodzi sprzeczność treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ. Mimo, iż Zamawiający wynagrodzenie za wykonanie zamówienia określił jako wynagrodzenie ryczałtowe, to jednak w postanowieniach SIWZ, w tym projektu umowy wskazał na "wynagrodzenie ostateczne," które będzie ustalane także w oparciu o dane pochodzące z kosztorysu ofertowego. Tym samym stwierdzić należy, iż w złożonym przez Odwołującego kosztorysie ofertowym, brak jest niektórych kosztorysów wskazanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót, powyższe stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się".

- wyrok nr KIO/UZP 1119/08 z dnia 2008-10-31:

„Kosztorys ofertowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów. Kwestia ta podlega ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a więc oceny zgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualne uzupełnienie kosztorysu ofertowego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy prowadziłoby do zmiany treści oferty, co w świetle przepisów ustawy (np. art. 87 ust. 1 ustawy) jest niedopuszczalne, a ponadto prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia

12

publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy)."

Dalej zamawiający argumentował, iż brak złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, w których zamieszczono wyliczenie ceny oferty, byłby dopuszczalny jedynie w postępowaniu, gdzie przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe i zamawiający nie wymagał w SIWZ ich załączenia, a nie jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu - wynagrodzenie kosztorysowe, a obowiązek złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, wynika wprost z zapisów w SIWZ.

Powyższe stanowisko potwierdzają:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 roku IV Ca 1147/00:

„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."

- wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1516/10: „Brak kosztorysu nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w przypadku, gdy cena

za wykonanie zamówienia jest ceną ryczałtową, a przedmiot zamówienia, do wykonania którego będzie zobowiązany wykonawca, został opisany poprzez odwołanie do dokumentacji technicznej, a nie do kosztorysu ofertowego."

Zamawiający nie przyjął wyjaśnień odwołującego, iż ten na skutek błędu technicznego nie dołączył do oferty części kosztorysu ofertowego, odnoszącego się do branży Zabezpieczenia ekologiczne, przy czym działanie to nie było zawinione ani świadomie powzięte i stanowi „omylkę” w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a konkretnie omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 przywołanej ustawy tj, inną aniżeli pisarska i rachunkowa, omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. W ocenie zamawiającego, skoro wykonawca miał świadomość, iż strona z kosztorysem się nie wydrukowała i złożył ofertę z jego pominięciem, to nie popełnił omyłki. Omyłka bowiem z założenia ma charakter nieświadomiony, tak co do przyczyn, jak i co do zakresu. Zamawiający zauważył, że przyczyny niezłożenia wymaganego w SIWZ kosztorysu ofertowego, nie mają znaczenia dla oceny prawnej, czy treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Istotne natomiast jest to, że odwołujący sam potwierdził, iż nie dołączył kosztorysu ofertowego, zgodnie z wymogami ustanowionymi w SIWZ, a więc złożona w formie pisemnej oferta (oświadczenie woli wykonawcy) jest niekompletna.

Zamawiający zaznaczył, iż w tych okolicznościach nie mógł w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwać odwołującego do określenia pominiętych cen jednostkowych. Powołany przepis służy bowiem jedynie do wyjaśniania wątpliwości co do treści złożonego

13

oświadczenia woli, nie zaś do uzupełniania oferty o te elementy, które powinna zawierać, lecz które nie zostały w niej przez wykonawcę zamieszczone. Wezwanie do określenia cen jednostkowych oznaczałoby podjęcie z wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, stanowiłoby zatem naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 87 ust. 1 - zdanie drugie ustawy Pzp. Podnoszony argument, że w wyniku czynności zamawiającego Skarb Państwa poniósł stratę w wysokości 15 513 826,61 zł, w ocenie zamawiającego, świadczy o nierozumieniu przez odwołującego zasad stosowania prawa, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Bowiem sytuacja taka nie może oznaczać, że gdyby oferta sporządzona niezgodnie z SIWZ, była na dalszym miejscu w rankingu oceny ofert, to zamawiający powinien postąpić tak jak uczynił, a gdy jest ofertą najkorzystniejszą i do tego znacznie tańszą, to ma postępować inaczej? Wobec stwierdzenia, w przekonaniu zamawiającego, nieusuwalnej niezgodności pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ, jako prowadzący postępowanie zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego, z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający nie uwzględnił zarzutów protestu. Tym samym podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 9 września 2011 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w dniu 8 września 2011 r., zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego się oraz unieważnienia wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty konsorcjum FCC Construcción S.A.;
- 2) poprawienia przez zamawiającego oferty odwołującego przez jej korektę zgodnie z wnioskami wypływającymi z uzasadnienia do odwołania oraz o ile to konieczne, wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3) ponownej oceny wszystkich złożonych ofert oraz wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej, stosownie do kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący podnosił, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów prawa w postępowaniu, jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego w trakcie czynności otwarcia ofert firma DRAGADOS S.A. złożyła najkorzystniejszą ofertę w świetle kryterium najniższej ceny przyjętego w SIWZ. Oferta DRAGADOS S.A. była o 15.513.826,61 PLN tańsza od drugiej w kolejności oferty, tj. złożonej przez konsorcjum FCC Construcción. Gdyby zatem zamawiający bezprawnie nie zaniechał dokonania korekty oferty odwołującego się w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i bezzasadnie nie odrzucił oferty,

jego oferta, jak ocenił zamawiający, winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie – oznacza to, że posiada on interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania ponowił uzasadnienie przytoczone w proteście. Podkreślał, że składając ofertę sporządził ją zgodnie z wytycznymi wskazanymi w SIWZ, na formularzu oferty zgodnym co do treści z formularzem dołączonym do SIWZ i przy wykorzystaniu wzorów tabel kosztorysów dołączonych do SIWZ. W szczególności w treści oferty odwołującego zawarte zostało jego oświadczenie potwierdzające zapoznanie się z SIWZ i uznające się za związanego określonymi w SIWZ postanowieniami i zasadami postępowania. Odwołujący zobowiązał się wykonać zamówienie zgodnie z wymogami SIWZ. Przy czym zobowiązanie to obejmowało wszystkie prace wskazane w SIWZ, w tym opisane w przedmiarach robót, w szczególności wszystkie prace wymagane przez zamawiającego w odniesieniu do branży Zabezpieczenie ekologiczne. Odwołujący podnosił, iż dokonał wyceny wszystkich prac wchodzących w zakres zamówienia. Jego wycena znajdowała odzwierciedlenie w cenie końcowej oferty (pkt 3 formularza oferty), jak i w wypełnionych poprawnie i załączonych do oferty Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa i w Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa szczegółowa. Zaproponowana cena łączna jest sumą wszystkich cen wskazanych dla poszczególnych branż i rodzajów robót. Cena ta obejmuje także częściową cenę (kwotę) należną za wykonanie wszystkich rodzajów prac wchodzących w zakres branży - Zabezpieczenie ekologiczne.

Odwołujący ponowił uzasadnienie podane w proteście na okoliczności, które spowodowały błąd w jego ofercie, będący wynikiem technicznych trudności z drukiem wypełnionego formularza (strona kosztorysu ofertowego zawierająca opis poszczególnych prac i cen w branży - Zabezpieczenie ekologiczne (budowa ekranów akustycznych) zacięła się w drukarce w czasie druku) - w wyniku czego nie dołączył do oferty części kosztorysu ofertowego odnoszącego się do wymienionej branży, mimo iż kosztorys w tym zakresie był przez niego uprzednio przygotowany. Podał, iż wbrew niesłusznym twierdzeniom zamawiającego jego działanie nie było zawinione lub w jakikolwiek sposób świadomie powzięte. Było zwykłą omyłką, błędem w przygotowaniu całościowej dokumentacji kosztorysowej składanej wraz z ofertą. Zatem nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego podtrzymywanym w rozstrzygnięciu protestu z dnia 31.08.2011r, że wyżej opisany błąd w kosztorysie ofertowym „wykracza poza zakres pojęcia omyłki.” Powołał się na pogląd wyrażony w przytaczanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.12.2009 r. (KIO/UZP 1589/09) stwierdzający, iż „należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w przepisach PZP.” Nie zgodził się z twierdzeniami zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, iż „brak wymaganego kosztorysu ofertowego wykracza bowiem poza zakres „omyłki” a uzupełnienie kosztorysu ofertowego przez wykonawcę stanowiłoby

15

niedozwoloną przepisami prawa istotną zmianę treści oferty” (rozstrzygnięcie protestu, str. 2). Odwołujący, załączył bowiem do oferty kosztorys ofertowy, przy czym - jak wykazał powyżej - kosztorys ten zawierał błąd (omyłkę). Zamawiający był zobowiązany do poprawienia takiej omyłki. Odwołujący stwierdził, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż „zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej” (KIO/UZP 1278/09, KIO/UZP 691/09). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14.06.2011 r. (KIO/UZP 1020/10) „dopuszcza się także wprost poprawiania omyłek w kosztorysach ofertowych wykonawców, z zastosowaniem wszystkich możliwych podstaw takiej czynności określonych przepisem art. 87 ust. 2 PZP”. W praktyce dopuszczalnym jest nawet poprawienie oferty w zakresie ceny (KIO/UZP 34/09; KIO/UZP 134/09), czy też zakresu prac (KIO/UZP 21/09, 38/09, 41/09). Jedynym ograniczeniem przy dokonywaniu korekty oferty jest to, by na skutek ich dokonania nie doszło do istotnej zmiany złożonej oferty. Pojęcie „istotnej zmiany oferty” nie zostało zdefiniowane. Wskazówkę co do interpretacji tego niezdefiniowanego pojęcia daje Izba w wyroku z dnia 26.05.2009 r. (KIO/UZP 634/09) wywodząc, iż „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki i jednocześnie czynności te nie ingerują w sposób istotny w treść oferty, tj., nie powodują konieczności znaczącej ingerencji ze strony

zamawiającego lub nie dotyczą jej istotnych postanowień." Jak zaznaczał, powyższa teza znajduje także potwierdzenie w literaturze przedmiotu. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych stwierdza się wprost, iż „można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień" (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., str. 118). Odwołujący wywodził, iż z jego oświadczeń oraz całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem oferty, w szczególności z treści dołączonych do oferty Tabel: wartości scalonych wynika jednoznaczny zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego także w zakresie wykonania prac z branży Zabezpieczenie ekologiczne (budowa ekranów akustycznych). Dodatkowo podnosił, iż poprawienie tej omyłki nie ingeruje w istotny sposób w treść oferty. Nie wymaga zmiany zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, gdyż zakres ten wynikał z SIWZ i jako taki został zaakceptowany w sposób wyraźny w treści oświadczenia nr 2 w podpisanym formularzu oferty i wyceniony w ofercie. Skoro zatem zakres robót objętych w tej części kosztorysu był zdefiniowany wiążąco w przedmiarach robót sporządzonych przez zamawiającego, jako że przedmiotowe

16

zamówienie dotyczyło jedynie wykonania robót budowlanych na warunkach wskazanych przez zamawiającego, a nie wykonania i projektowania robót drogowych, wystarczającym byłoby jego powielenie zgodnie ze wzorem tabeli „Kosztorys ofertowy - budowa ekranów akustycznych” dołączonej do Tomu V SIWZ. Nie wymaga także zmiany cena za wszystkie prace objęte tą częścią kosztorysu, gdyż cena ta została dwukrotnie wskazana w pozycji 14 Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa i tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa szczegółowa, jak również zmianie nie ulegnie łączna cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia wskazana w formularzu ofertowym odwołującego. Ceny te były znane zamawiającemu oraz jawne także dla innych wykonawców. W konsekwencji wskutek dokonania korekty oferty odwołującego się nie dojdzie także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, jak przekonywał odwołujący, gdyż korekta oferty nie będzie miała wpływu na ocenę oferty z punktu widzenia przyjętego kryterium najkorzystniejszej ceny, gdyż cena - jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu - nie ulegnie zmianie. Korekta oferty nie będzie powodowała zmian także w stosunku do innych istotnych dla realizacji zamówienia kwestii, takich jak przykładowo terminy wykonania, terminy płatności, zasady odpowiedzialności wykonawcy za wykonaną robotę budowlaną.

Odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia, że zamawiający może samodzielnie dokonać opisanej korekty jego oferty. Wbrew zawartemu w rozstrzygnięciu protestu uzasadnieniu, ewentualna korekta oferty nie będzie stanowić bezprawnego uzupełnienia oferty. Postulowana korekta nie zakłada bowiem dosyłania (uzupełniania) kosztorysu przez wykonawcę po złożeniu oferty, ale jedynie dokonanie przez zamawiającego poprawienia omyłki za pomocą operacji matematycznych w oparciu o znane zamawiającemu dane bazowe, w szczególności łączną wartość wskazaną przez odwołującego w złożonej ofercie tj. kwotę 40 771 173,59 PLN netto oraz poszczególne pozycje z tabeli „kosztorys ofertowy - budowa ekranów akustycznych,” znane zamawiającemu bo wynikające z ustalonego przez niego zakresu robót w SIWZ. Odwołujący argumentował, że zamawiający nie może uchylić się od dokonania takich wyliczeń powołując się na brak wiedzy czy doświadczenia, w tym względnie ma bowiem kwalifikacje w obliczaniu cen oraz kosztorysowaniu cen poszczególnych prac dotyczących robót drogowych. Posiada także pełny przegląd zmian cen na rynku. Zna oficjalne publikatory wyznaczające poziom cen jednostkowych na określone grupy robót (m.in. Sekocenbudu). Odwołujący tylko przykładowo wskazał w proteście jedną z możliwych metod wyliczenia cen jednostkowych opartą o ceny rynkowe wskazane w publikacji Sekocenbudu. Na potrzeby odwołania - odwołujący ponownie potwierdził, iż wyliczenia cen jednostkowych można dokonać w oparciu o ceny rynkowe opisane w publikacjach Sekocenbudu i wskazywał sposób dokonania tej postulowanej korekty, tak jak w uzasadnieniu protestu. Stosowną, zdaniem odwołującego kalkulację, opisaną przez niego metodą, dołączył jako załącznik do odwołania (tabela nr 1 i nr 2).

17

Podnosił, iż wskazany sposób jest tylko przykładowym, tj. jednym z wielu możliwych do zastosowania w celu poprawienia cen jednostkowych kosztorysu ofertowego dla branży - Zabezpieczenia ekologiczne, a istnieje także możliwość dokonania poprawienia cen jednostkowych w oparciu o udział procentowy poszczególnych prac w cenie całej grupy robót dotyczących budowy ekranów akustycznych (tabela nr 3 objęta załącznikiem do niniejszego odwołania) oraz w oparciu o ceny jednostkowej za m2 obiektu budowlanego (ekranów akustycznych), mając na uwadze, że zamawiającemu była znana określona w m2 wielkość prac jakie musiały być wykonane przy budowie ekranów akustycznych (tabela nr 4 objęta załącznikiem do niniejszego odwołania). Podtrzymał stanowisko, że wszystkie te działania zamawiający może wykonać samodzielnie w oparciu o dane powszechnie znane. Odwołujący się oparł się na danych Sekocenbudu, a dopuścił, aby zamawiający wykorzystał inne ogólnie dostępne opracowania służące do obliczenia cen jednostkowych tj.: Orgbud, Wacetob, Bistyp. Niezależnie od opisywanych metod kalkulacji opartych o ceny rynkowe wskazywał, iż w świetle przepisów ustawy Pzp, zamawiający mógłby de facto skorygować ofertę wykonawcy także w taki sposób, że wpisałby jakiekolwiek ceny jednostkowe pod warunkiem, że dawałyby one łącznie po ich zsumowaniu kwotę 40 771 173,59 PLN netto. Rozważał, iż teoretycznie byłoby także możliwe, by zamawiający wpisał dla wszystkich elementów kosztorysu ofertowego - budowa ekranów akustycznych za wyjątkiem jednego kwotę przykładowo 1 PLN, a pozostałą część sumy do ostatniego elementu (jednej nieuwzględnionej wcześniej pozycji). Takie działanie nie narażałoby odwołującego na zarzut rażąco niskiej ceny, gdyż zarzut ten może dotyczyć ceny ostatecznej (łącznej) za całe zamówienie a nie cen częściowych za poszczególne roboty czy grupy robót z danej branży. Wywodził, iż żadna ze wskazywanych metod usunięcia omyłki w ofercie nie byłaby naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Nie naruszałaby także interesów wykonawcy, gdyż w każdym przypadku wykonawca mógłby nie zgodzić się na dokonaną poprawkę, gdyby z jakichkolwiek względów była ona nie do zaakceptowania przez niego (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W kontekście powołanych powyżej twierdzeń wskazał na orzecznictwo KIO, w szczególności na wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2009 r., (sygn. akt KIO/UZP 5/09), w świetle którego nie można uznać za omyłkę, której skorygowanie powoduje istotną zmianę oferty, takiej omyłki w kosztorysie ofertowym, którą zamawiający był w stanie samodzielnie skorygować, dokonując stosowanych obliczeń biorąc pod uwagę fakt, iż z okoliczności postępowania wynika jednoznacznie zamiar złożenia przez odwołującego się oferty zgodnej z wymogami zamawiającego w powyższym zakresie."

Podkreślał, iż tak dokonana korekta nie doprowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty, gdyż - jak wykazywał powyżej - żadna z nich nie spowodowałaby zmiany ceny łącznej oferty odwołującego się ani ceny łącznej za wykonanie całości prac z branży zabezpieczenie

18

ekologiczne (budowa ekranów akustycznych). W konsekwencji nie naruszona byłaby również zasada równego traktowania wykonawców, ponieważ jedyny miernik służący do porównywania ofert złożonych w postępowaniu, czyli cena, nie byłby w żadnej mierze przedmiotem modyfikacji.

Jedynie dla celów informacyjnych wskazywał, iż łączna kwota zaoferowana przez odwołującego się za wykonanie całości prac z branży Zabezpieczenie ekologiczne była całkowicie porównywalna z innymi zaoferowanymi w tym zakresie przez pozostałych wykonawców, co udowadniał przedstawionym zestawieniem.

- 1.FCC 36 624 648,71
- 2.POLIMEX 38 800 371,01
- 3.STRABAG 37 446 622,45
- 4.AVAX 35 771916,25
5. MOTA 39 574 721,71 6.POLDIM 46 408 296,00
- 7.SANDO 50 330 831,17 8.MOSTOSTAL WAWA 45 809 694,91
- 19.NDI 38 112 147,30
- 10.EUROVIA 38 241961,00
- 11.BUDIMEX 44 966 064,32
12. PBG 60 637 989,44

Zatem uznał, iż cena zaoferowana przez odwołującego w tym zakresie nie odbiegała od

warunków rynkowych, bądź nie była rażąco niska. Przypomniał, że zgodnie z subklauzulą 14.1 projektu umowy wykonawca jest zobowiązany w terminie 28 dni od dnia daty rozpoczęcia (robót) przedłożyć Inżynierowi szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych wszelkich pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy. Zatem na etapie realizacji umowy przedłożone do oferty kosztorysy i tak z założenia będą podlegać dalszemu uszczegółowianiu.

Wobec powyższego zaniechanie przez zamawiającego dokonania poprawienia omyłki złożonej oferty, odwołujący poczytał za sprzeczne z zasadami celowościowej interpretacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mającymi na celu umożliwienie poprawiania ofert, tak aby zapobiec ich eliminacji (odrzućenia) z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia (KIO/UZP 691/09). Istotą bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest przestrzeganie zasady konkurencyjności postępowania w rozumieniu przepisów tej ustawy, w tym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego, przywiodła odwołującego do wniosku, iż uzasadnienie jego oddalenia opiera się w dużej mierze na elementach czysto

19

formalnych, pomijając przy tym względy celowościowe, w szczególności potrzebę wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny i racjonalny. Zaznaczał, że nie można pominąć faktu, iż oferta odwołującego jest o 15.513.826,61 PLN tańsza od oferty konsorcjum FCC Construcción. Zamawiający winien także ze względu na swój interes ekonomiczny, jak i interes publiczny przejawiający się w konieczności celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych podjąć działania zmierzające do poprawienia oferty odwołującego się i wyjaśnienia wszelkich ewentualnych wątpliwości. Zaniechanie podjęcia powyższych działań i bezpośrednie odrzucenie oferty odwołującego, nie podejmując nawet próby wyjaśnienia wątpliwości co do zakwestionowanej oferty odwołującego naruszyło, jego zdaniem, zasady racjonalnego działania podmiotu publicznego w wydatkowaniu środków publicznych opisane w art. 44 ustawy o finansach publicznych oraz naruszyło prawa odwołującego do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podtrzymał stanowisko protestu sprowadzające się do tego, że zamawiający nie mógł automatycznie odrzucić oferty. Powinien był zwrócić się o wymagane wyjaśnienia, a po ich uzyskaniu dokonać korekty oferty. Takie działanie jest zgodne z przepisami ustaw Pzp. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do rozszerzenia lub ograniczenia oferty (KIO/UZP 1092/10). Jak wykazywał w niniejszym piśmie ewentualne wyjaśnienia nie będą prowadzić do rozszerzenia lub ograniczenia zobowiązań odwołującego. Korekta oferty będąca następstwem ewentualnego wyjaśnienia nie zmieniłaby żadnych istotnych zobowiązań umownych odwołującego, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu robót i oferty cenowej.

Pismem z dnia 15 września 2011 r., przekazany stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wybrany wykonawca – konsorcjum FCC Construcción S.A. i Erbud S.A., który ponowił stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Jak wskazał w przystąpieniu do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, bezsprzeczne jest, w szczególności, iż:

- 1) przedmiotowe zamówienie publiczne będzie rozliczane obmiarowo i w związku z tym niezbędne jest złożenie wraz z ofertą cen jednostkowych dla wszystkich pozycji kosztorysowych;
- 2) wykonawcy winni byli złożyć, m. in., wypełnione kosztorysy ofertowe, na podstawie których obliczona została cena oferty, w tym kosztorys ofertowy branża - Zabezpieczenie ekologiczne;
- 3) odwołujący pomimo istnienia takiego obowiązku nie złożył w ofercie kosztorysu ofertowego branża - Zabezpieczenie ekologiczne.

20

Podtrzymał stanowisko, iż działania zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze, jako najkorzystniejszej złożonej przez zgłaszającego

przystąpienie były prawidłowe, w tym, w szczególności zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgłaszający przystąpienie odnosząc się do argumentacji odwołującego, przyznał, że istotnie wykonawcy, którzy biorą udział w przedmiotowym postępowaniu są związani postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, stanowiącymi jej integralną część, a więc także wzorem formularza kosztorysowego. Zaznaczał jednak, że należy wziąć pod uwagę, że w żadnej mierze nie ma podstaw do przyjmowania, iż wzmiankowane związanie oznacza, iż należy, wbrew rzeczywistej treści oferty zakładać, iż odpowiada ona postawionym wymogom. Przeciwnie, zgodnie z art. 82 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, konsekwencją złożenia oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jej odrzucenie, co prowadzi do wniosku, iż z treści specyfikacji interpretuje się normy zawierające nakazy i zakazy odnoszące się do treści ofert, jednakże to czy normy te będą przestrzegane czy nie, zależy nie od zamawiającego, lecz od poszczególnych wykonawców przygotowujących i składających oferty - zamawiający ma tylko obowiązek zastosować sankcje, gdyby normy te nie były przestrzegane.

Potwierdził, że szczegółowy kosztorys ofertowy dotyczył, co prawda tego samego zakresu prac, co wykazany w obu Tabelach wartości elementów scalonych, jednak, jak przyznał sam odwołujący, zawierał bardziej szczegółowy opis poszczególnych podpozycji. Tym samym, zawierał istotne wymogi zamawiającego, odnoszące się do sposobu, a więc szczegółowego zakresu przedmiotu zamówienia, które bezwzględnie muszą być przestrzegane. Zgłaszający przystąpienie ocenił, iż nie sposób, wbrew literalnie rozumianej treści, a zarazem celowi jakemu ma służyć art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przyjmować, iż obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się jedynie w przypadku, gdy sprzeczność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter rażący, a zakres oferowanych robót budowlanych odbiega od przedmiotu zamówienia w bardzo szerokim zakresie.

Zgłaszający przystąpienie potwierdził również, iż suma wszystkich pozycji wskazanych w szczegółowym kosztorysie ofertowym dla pozycji głównych – zbiorczych, zdefiniowanych w obu rodzajach Tabel wartości elementów scalonych winna dawać cenę wskazaną dla pozycji głównej w Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa i Tabeli wartości elementów scalonych wielobranżowa szczegółowa, jednakże w ocenie wykonawcy konsorcjum FCC Construccions S.A. po pierwsze - nie przesądza to, iż wszystkie podpozycje zostały rzeczywiście uwzględnione (tj. objęte zakresem oferty), po drugie - nie przesądza to, że wszystkie podpozycje zostały wycenione (tj. objęte procesem kalkulacji ceny oferty); Ponadto, w przypadku nie uwzględnienia części podpozycji, nie sposób przyjmować, iż przedmiotowy

21

wymóg byłby przestrzegany, gdyby braki te nie istniały.

Za bez znaczenia dla oceny zasadności odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty, przyjął okoliczność, iż odwołujący zobowiązał się wykonać zamówienie zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż (wobec braku wszystkich wymaganych kosztorysów) ogólna treść oferty, tak czy inaczej nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślał znaczenie cen jednostkowych podanych w ofercie wybranego wykonawcy, które mają stanowić podstawę do bieżących rozliczeń obmiarem powykonawczym w okresie wykonywania umowy, zatem należą do przedmiotowo istotnych postanowień umowy o zamówienie publiczne, w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Wzmiankowane ogólne stwierdzenie o przyjęciu warunków SIWZ nie stanowi też wystarczającej podstawy do przyjęcia, iż odwołujący dokonał wyceny wszystkich szczegółowych pozycji, gdyż wycena ta jest w nierozdzielny sposób związana z zakresem zaoferowanego świadczenia, a więc gdy dany element nie jest objęty tym zakresem, oznacza to także, iż nie został wyceniony. Podnosił, iż kwestia winy i kwestia rzekomego braku świadomości złożenia oferty zawierającej braki nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości działań zamawiającego w przedmiotowym przypadku, gdyż:

- zaktualizowanie się obowiązku odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest uzależnione od winy wykonawcy;
- błąd polegający na braku części wymaganych kosztorysów nie jest możliwy do naprawienia, bowiem taka korekta oznaczałaby istotną zmianę treści oferty.

Podtrzymał argumentację z przystąpienia do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, iż w przedmiotowym przypadku: po pierwsze - wynagrodzenie ma charakter obmiarowy (kosztorysowy), a nie ryczałtowy; po drugie - przy pomocy kosztorysów

ofertowych wyliczane jest wynagrodzenie (i to rozumiane zarówno jako cena oferty, jak i jako podstawa do ustalenia faktycznej wysokości zapłaty po zakończeniu robót); po trzecie - kosztorysy ofertowe potwierdzają przewidziany do wykonania zakres prac (poprzez ich sporządzenie i złożenie wykonawcy akceptują zakres prac określony ze szczegółowością wymaganą przez zamawiającego, w przypadku braku kosztorysu - szczegółowość ta jest mniejsza, przez co zakres świadczenia pozostaje niedookreślony).

Niezależnie od powyższego, zwracał uwagę na profesjonalny charakter działalności odwołującego, który mógł i powinien przewidzieć, że brak staranności w przygotowywaniu oferty (polegającej chociażby na powtórnym dokładnym przejrzaniu jej zawartości przed podpisaniem i złożeniem), może skutkować sprzecznością jej treści z treścią postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A zatem, odwołującemu, niezależnie od jego twierdzeń, można jednak przypisać winę.

Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, zaprzeczył temu, iż zamiar złożenia przez odwołującego oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ wynika w sposób jednoznaczny z

22

całości kształtu okoliczności związanych ze złożeniem oferty. Z uwagi bowiem na obmiarowy sposób rozliczania realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, wycena pozycji kosztorysowych ma charakter szczególnie istotny i w sytuacji, gdy jest niekompletna (zawiera braki), nie można całkowicie wykluczyć zamiaru forsowania w przyszłości cen jednostkowych nawet znacznie wyższych niż rynkowe i wdawania się w związek z tym w spory z zamawiającym. Zaznaczał, że wbrew stanowisku odwołującego, postulowane uzupełnienie kosztorysów ingerowałoby w sposób istotny w treść oferty bowiem, z uwagi na wzmiankowany obmiarowy charakter rozliczeń, takie uzupełnienie dotyczyłoby elementów oferty determinujących faktyczną wysokość środków, jakie zamawiający będzie musiał wydatkować na realizację przedmiotowego zamówienia. W ocenie zgłaszającego przystąpienie do odwołania, jeżeli by zamawiający samodzielnie dokonał postulowanej przez odwołującego korekty oferty za pomocą operacji matematycznych w oparciu o znane zamawiającemu dane bazowe, w istocie doszłoby do istotnej zmiany treści oferty, gdyż zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby przyjąć, iż gdyby odwołujący złożył w ofercie brakujące kosztorysy, to wypełniłby je w określony, taki a nie inny sposób. Wszak nawet z treści odwołania wynika, iż można je było wypełnić na różne sposoby, zaś sposób ów ma istotne znaczenie dla przyszłego ustalenia faktycznej wysokości środków jakie zamawiający będzie zobligowany wydatkować. Podkreślał, iż na uwagę zasługuje fakt, że zamawiający, nawet jeżeli ma do tego wystarczające kwalifikacje, wiedzę i doświadczenie, nie musi, a nawet nie może (w żadnym zakresie) sporządzić oferty, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które sam prowadzi. Przygotowanie i złożenie ofert należy bowiem do wykonawców, którzy samodzielnie decydują o ich treści, zamawiający zaś dokonuje badania i oceny danej oferty i, o ile zaistnieją przypadki przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych, ma obowiązek jej odrzucenia. Zgłaszający przystąpienie przyznał, iż istotnie, łączna kwota zaoferowana przez odwołującego za wykonanie całości prac z branży zabezpieczenie ekologiczne jest porównywalna z cenami zaoferowanymi w tym zakresie przez pozostałych wykonawców, tym niemniej okoliczność tą uznał za pozbawioną znaczenia dla oceny prawidłowości działań zamawiającego. Nie zgodził się z zarzutami odwołującego, iż uzasadnienie oddalenia protestu opiera się w dużej mierze na elementach czysto formalnych, pomijając przy tym względy celowościowe, w szczególności potrzebę wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny i racjonalny, mimo że oferta odwołującego jest najtańsza. Jednocześnie podkreślał, że odwołujący pomija fakt, iż w polskim systemie zamówień publicznych nie obowiązują reguły, zgodnie z którymi przy ocenie zaistnienia przesłanek do odrzucenia, należy preferować ofertę zawierającą najniższą cenę czy ofertę najkorzystniejszą pod względem ekonomicznym. Przeciwnie - takie założenie naruszałoby zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

23

Niezależnie od powyższego, nie zgodził się również ze stwierdzeniem, iż zamawiający (rzekomo) nie mógł automatycznie odrzucić oferty, bez zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, a wyjaśnienia takie nie doprowadziłyby do zmiany zakresu zobowiązań wynikających z oferty, gdyż, jak wskazał w przystąpieniu do postępowania toczącego się na skutek wniesienia

protestu, po pierwsze - odwołujący pomija, iż żądanie takich wyjaśnień jest prawem, nie zaś obowiązkiem zamawiającego, z prawa zaś można korzystać lub nie korzystać, po drugie - wyjaśnienia takie prowadziłyby, jak ocenił zgłaszający przystąpienie, do istotnej zmiany treści oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz art. 4 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 233, poz. 1778) do rozpatrzenia odwołania mają zastosowanie przepisy w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania (17 grudnia 2009 r.), zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić konsorcjum firm: FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie oraz Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, gdyż zgłaszający przystąpienie, (mając na względzie ciąg czynności i pełnomocnictw), nie wykazał umocowania osoby wnoszącej - do podjęcia takiej czynności w imieniu wymienionego konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, oferty odwołującego, oferty konsorcjum FCC Construcción S.A.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła co następuje.

24

Postępowanie dotyczy zamówienia publicznego: „Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów - Lublin - Piaski Zadanie nr 3: odcinek węzeł „Dąbrowica”- węzeł „Lubartów” (wraz z węzłem) I odcinek drogi krajowej nr 19 klasy GP: węzeł „Lubartów”- granica administracyjna miasta Lublina.”

Punkt 8 SIWZ zawiera następujące postanowienia.

8.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego przedmiaru robót odrębnie na stosownych formularzach. Podstawą obliczenia ceny oferty są przedmiary robót zamieszczone w Tomie V niniejszej SIWZ.

8.2. Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt 8.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót.

8.3. Wyliczone w kosztorysach ofertowych, o których mowa w pkt 8.1. wartości netto wykonawca powinien wpisać do Tabeli wartości elementów skalonych, której wzór stanowi Formularz 2.2., oraz w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto.

8.4. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Wszystkie błędy ujawnione w dokumentacji projektowej (na rysunkach), w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach robót wykonawca powinien zgłosić zamawiającemu przed terminem składania ofert.

8.6. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-V niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w przedmiarach robót i Tabeli wartości elementów skalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach,

wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w przedmiarach robót.

Punkt 12 SIWZ. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie wyłącznie kryterium ceny.

W punkcie 2 formularza oferty odwołujący złożył oświadczenie, iż zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (...) i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami.

W formularzu umowy punkt 4.1. zamawiający postanowił, iż zaakceptowana kwota kontraktowa zgodnie z ofertą wykonawcy, wynosi (...). Punkt 4.2. Maksymalna wartość 25

zobowiązania wynosi 107% kwoty brutto podanej w pkt 4.1., co stanowi (...).

W ogólnych warunkach kontraktu subklauzula 8.13. stanowi iż „Przy ocenie wymaganej minimalnej ilości wykonania będą brane pod uwagę tylko roboty wykonane, poświadczone przez Inżyniera i zaakceptowane przez zamawiającego, a wartość tych robót wyliczona zostanie w oparciu o ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym wykonawcy.”

Subklauzula 12.1. „Wykonawca będzie prowadził rejestr obmiarów w książce obmiarów (...).

Subklauzula 14.1. „Wykonawca w terminie 28 dni od daty rozpoczęcia przedłoży Inżynierowi szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów: robocizny, materiałów wraz z kosztami zakup, pracy sprzętu, i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy.

Składając ofertę wykonawca zobowiązany był przedstawić:

1. Tabelę wartości elementów skalonych, podającą wartość netto, podatek VAT 23% oraz łączną cenę ofertową brutto.
2. W Tabeli wartości elementów skalonych - wielobranżowej, wykonawca zobowiązany był podać wartość netto wykonania robót poszczególnych branż, wraz z podsumowaniem ceny całkowitej netto, gdzie w pozycji nr 14 ujęto zbiorczo: branżę zabezpieczenia ekologiczne.
3. W Tabeli wartości elementów skalonych – wielobranżowej szczegółowej, wykonawca zobowiązany był podać wartość netto wykonania robót poszczególnych branż w rozbiciu na rodzaje robót danej branży. Z tym, że dla pozycji zbiorczej nr 14 branży Zabezpieczenia ekologiczne, zamawiający żadnego rozbięcia na rodzaje robót danej branży nie przewidział w wymienionym formularzu.

Tom IV SIWZ zawiera specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych.

Tom V SIWZ zawiera przedmiary robót do kosztorysu ofertowego.

Branża - Zabezpieczenia ekologiczne (poz. zbiorcza 14) obejmuje opis 8 podpozycji robót, z przywołaniem numerów specyfikacji technicznych: D.07.08.04a, 45223500-1; D.07.08.04b, 45223100-7; D.07.08.04b -11, 45223800-4, odnoszących się do wykonania robót: ekranów akustycznych, ich posadowienia i montażu, gdzie należało podać ceny jednostkowe i wartość poszczególnych podpozycji wraz z ich podsumowaniem, wyliczoną w oparciu o ilość jednostek przedmiarowych, określoną przez zamawiającego.

Odwołujący w ofercie w Tabeli wartości elementów skalonych – wielobranżowej dla pozycji zbiorczej 14 branża - Zabezpieczenia ekologiczne podał cenę netto – 40 771 173,59 zł.

W odrębnej Tabeli wartości elementów skalonych – wielobranżowej szczegółowej dla wymienionej pozycji 14 branża - Zabezpieczenia ekologiczne, odwołujący podał cenę netto - 40 771 173,59 zł. Z podsumowania, wynika, że cena netto tej pozycji została ujęta w cenie całkowitej oferty – 386 017 582,59 zł netto w Tabeli wartości elementów skalonych, podającą 26

wartość netto, podatek VAT 23% oraz łączną cenę ofertową brutto – 474 801 627,00 zł.

Okoliczność bezsporną stanowiło, iż wykonawcy, którzy złożyli oferty, cenę netto dla pozycji zbiorczej 14 – Zabezpieczenia ekologiczne określili na kwoty od 35 771 916,25 zł (AVAX) do 60 637 989,44 zł (PBG).

Z załącznika do protokołu Druk ZP-12 wynika, że odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną brutto - 474 801 627,00 zł. Natomiast ofertę drugą co kolejności według oferowanej ceny, złożyło konsorcjum FCC Construcción S.A. – 490 315 453,61 zł, wybraną do realizacji zamówienia.

W piśmie z dnia 12 sierpnia 2011 r. zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust.1

pkt 2 ustawy Pzp, odrzucona została oferta nr 7 złożona przez DRAGADOS S.A., gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności podał, że „w punkcie 7.5. Tomu I SIWZ - Instrukcja dla wykonawców zapisał, że „ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty: załącznik do oferty - Dane Kontraktowe (Formularz 2.1.), Tabela wartości elementów scalonych (Formularz 2.1.), wraz z wypełnionymi Kosztorysami ofertowymi zawartymi w Tomie V dla poszczególnych zadań. W punkcie 8.1. SIWZ zamawiający opisał również sposób wyliczenia ceny oferty „Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego przedmiaru robót odrębnie na stosownych formularzach. Podstawą obliczenia ceny oferty są

SIWZ.” W punkcie 8.2. Przedmiary robót zamieszczone w

Tomie V niniejszej

zamawiający doprecyzował, iż „Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt 8.1. należy sporządzić metodą uproszczonej ściśle według kolejności pozycji kalkulacji wyszczególnionych w przedmiarach robót. Z powyższych zapisów wynika, że wraz z wypełnionym formularzem „Oferta” wykonawcy winni złożyć między innymi wypełnione kosztorysy ofertowe, na podstawie których wykonawca obliczył cenę oferty. Powyższe wymogi, dotyczące sporządzenia oferty, zostały określone przez zamawiającego z uwagi na to, iż niniejszy kontrakt będzie rozliczany obmiarowo i w związku z tym niezbędne jest złożenie wraz z ofertą cen jednostkowych dla wszystkich pozycji kosztorysowych. Wykonawca nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego branża - Zabezpieczenia ekologiczne, z którego wynika prawidłowość wyliczonej, na stronie 47 kosztorysu ofertowego -Tabela Wartości Elementów Scalonych - pozycja 14 - branża - Zabezpieczenie ekologiczne, kwoty 40 771 173,59 zł netto. Wykonawca, nie dołączając do złożonej oferty wszystkich wypełnionych kosztorysów ofertowych nie zastosował się do wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, a tym samym treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Izba zważyła co następuje.

27

Oferta odwołującego podlegałaby sklasyfikowaniu na pierwszej pozycji w ustalonym kryterium najkorzystniejszej ceny. Skoro odwołujący dowodził, iż działanie zamawiającego naruszyło wskazane przepisy ustawy Pzp, gdyż w wyniku zaskarżonych czynności zamawiający bezpodstawnie odrzucił złożoną ofertę, tym samym odwołujący wykazał interes prawny w uzyskaniu zamówienia i możliwość doznania uszczerbku, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Przechodząc do podstaw odrzucenia oferty odwołującego z powodu ujawnionych błędów w kosztorysie ofertowym, przeprowadzony materiał dowodowy sprawy, w szczególności przytaczana wyżej treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, istotnych postanowień wzoru umowy, świadczy, że w przedmiotowym postępowaniu ustalone wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, co stanowiło okoliczność bezsporną. Zamawiający postanowił bowiem, że rozliczenie należności nastąpi w oparciu o kosztorys ofertowy z uwzględnieniem ilości zamówionych, wykonanych i przyjętych robót przez zamawiającego (według obmiarów), w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym.

Na etapie złożenia ofert, zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu metodą uproszczoną stosownie do postanowień § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), jako sumy iloczynów jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych, zawierających wszystkie czynniki cenotwórcze z uwzględnieniem określonych nakładów rzeczowych na jednostkę obmiarową. Z uwagi na powyższe, zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał od wykonawców sporządzenia kosztorysu ofertowego ściśle według stanowiącego załącznik do SIWZ kompletu przedmiarów robót.

Drugą okolicznością nie kwestionowaną przez strony był fakt, iż odwołujący nie przedstawił w ofercie kosztorysu branży - Zabezpieczenia ekologiczne, obejmującej ekrany

akustyczne wraz z fundamentami, konstrukcją stalową słupów nośnych i ram nośno-montażowych. Natomiast bezspornie ujął koszt tych robót w cenie całkowitej oferty, zgodnie z kwotą wynikającą z ceny tego elementu, podaną w obydwu Tabelach wartości elementów scalonych w pozycji zbiorczej nr 14.

Z mocy wskazanych wyżej i omówionych postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, zamawiający uczynił całość swoich wymagań co do zawartości kosztorysu ofertowego, istotnymi postanowieniami oferty, a co za tym idzie również umowy o realizację zamówienia publicznego w rozumieniu art. 66 ust. 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Należało zważyć,

iz stosownie do postanowień art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Izba zatem nie podzieliła poglądów odwołującego, że skoro przyjął za wiążące warunki uczestnictwa w przetargu i w punkcie 2 formularza oferty zobowiązał się ich dotrzymać, to tym samym treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Jeżeli wykonawca w ofercie składa ogólną deklarację jej zgodności z wymaganiami zamawiającego, natomiast nie potwierdzają tego dokumenty szczegółowe (w tym przypadku kosztorys ofertowy), oświadczenie takie można jedynie poczytać za wewnętrzną sprzeczność i niespójność oferty, a nie za jej zgodność z SIWZ.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zawierają odrębne szczegółowe regulacje dotyczące składania ofert (w tym na roboty budowlane) i umów o wykonanie zamówień publicznych, zatem przepis art. 649 K.c. i ustanowione w nim domniemanie podjęcia się przez wykonawcę całości prac objętych projektem, na które powoływał się odwołujący, nie znajduje bezpośredniego zastosowania w oderwaniu od ustalonych warunków przetargu, gdyż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

Izba w całości przyznała rację zamawiającemu, iż ceny jednostkowe określone w ofercie wykonawcy, skoro stanowią podstawę dla rozliczeń stron w trakcie realizacji umowy w oparciu o obmiar powykonawczy, mają charakter istotnych postanowień oferty, obok ceny całkowitej za całość zamówienia, służącej do wyboru najkorzystniejszej oferty, wyliczonej za identyczny dla wszystkich wykonawców zakres robót, wynikający z przedmiarów i z przywołanych w przedmiarach specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Z tych względów, zamawiający prawidłowo ocenił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ, albowiem nie podawała ona w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych dla 8 podpozycji branży - Zabezpieczenia ekologiczne (poz. zbiorcza 14).

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wprawdzie nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z kolei art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki niż pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Obowiązkiem zamawiającego, było więc ustalenie, czy stwierdzona niezgodność:

- 1) nosi charakter omyłki,
- 2) czy istnieje możliwość jej poprawy w oparciu o pierwotną treść oferty, bez składania nowych, czy też odmiennych oświadczeń woli przez wykonawcę, czego nie dozwala art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,

29

3) oraz czy dokonana poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Dopiero w okolicznościach, gdy oferta wykonawcy nie poddaje się poprawie, z zachowaniem wyżej przytoczonych reguł, zamawiający władny jest ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wprawdzie starał się bronić swojej oferty, przedstawiając ją jako zgodną z ogólnymi wymaganiami, ostatecznie jednak przyznał, iż jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia z uwagi na niezłożenie części kosztorysu ofertowego, dotyczącej poz. 14, branży robót - Zabezpieczenia ekologiczne. W tym stanie rzeczy, pozostało rozpatrzenie przez Izbę okoliczności spornych między stronami, tj. dotyczących spełnienia przesłanek ustawowych pozwalających na poprawienie oferty.

Odwołujący wprost podał, iż nie złożenie przez niego części kosztorysu ofertowego w branży „Zabezpieczenia ekologiczne” nosiło charakter omyłkowy, wywołany błędem technicznym wydruku. Natomiast zamawiający wskazywał jedynie na zaniedbania odwołującego przy sporządzeniu oferty, polegające na nie sprawdzeniu jej zawartości przed złożeniem zamawiającemu - nieprzystające do obowiązku podwyższonej staranności, zawodowego charakteru prowadzenia działalności przez wykonawców uczestniczących w przetargach publicznych. Nie podnosił, iż brak wzmiankowanej części kosztorysu, przy ujęciu ceny określonych w nim robót w cenie całkowitej oferty - mógł wynikać z zamierzonych i świadomych czynności odwołującego.

W ocenie Izby, materiał dowodowy sprawy potwierdza, że odwołujący popełnił omyłkę nie składając wymienionego fragmentu kosztorysu ofertowego, który nie jest obszerny albowiem składa się z zaledwie 8 pozycji. Świadczy o tym fakt, iż kwota z podsumowania kosztorysu tej branży została zawarta w obydwu Tabelach wartości elementów scalonych, a w konsekwencji została ujęta w cenie całkowitej oferty odwołującego. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wprowadza ograniczenia, iż sprostowaniu podlegają omyłki wywołane jedynie oznaczonymi przyczynami. Powody pomyłek popełnianych przez wykonawców są obojętne z punktu widzenia przesłanek dopuszczalności ich prostowania z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i najczęściej wynikają właśnie z niestaranności przy sporządzaniu oferty. Tak więc, iż mimo, że należy zgodzić się z zamawiającym, iż omyłka wyniknęła na skutek ewidentnych zaniedbań odwołującego, to jednak nie dawało to podstaw do pominięcia przez zamawiającego procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba przychyliła się do poglądów odwołującego, że art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wprowadzony został w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu omyłek możliwych do wyeliminowania. Dopuszczalne jest zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, różnic (...), lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki. Zamawiający nie podważył twierdzeń odwołującego, iż odstępstwa w kosztorysie ofertowym jego oferty mają charakter omyłek. Zamawiający nie utrzymywał, ani

nie wykazał, iż taki sposób przedstawienia oferty przez odwołującego, bez uwzględnienia kosztorysu na prace związane z Zabezpieczeniami ekologicznymi, mógł być w jakimś stopniu działaniem zamierzonym przez odwołującego, mającym doprowadzić do ukształtowania cen jednostkowych na wymienione Zabezpieczenia ekologiczne - budowę ekranów akustycznych, w sposób dla wykonawcy dogodny na etapie rozliczeń, przykładowo - z uwagi na niedoszacowaną wielkość robót założonych w przedmiarze w stosunku do wymagań dokumentacji projektowej. Trudno więc było doszukać się innych racjonalnych względów umieszczenia w ofercie odwołującego ceny całkowitej za Zabezpieczenia ekologiczne, a nie ujęcia ich w rozbiciu na ceny jednostkowe wraz z ustaleniem wartości poszczególnych pozycji, jak tylko wywołanych omyłką wykonawcy.

Należało zważyć, iż treść oferty wykonawcy to jego jednostronne zobowiązanie do realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Wykonawca, przy kosztorysowej formie wynagrodzenia, jaka wynika z wzoru umowy - zgodnie z którą zamówienie będzie realizowane, ma obowiązek wykonać zakres rzeczowy prac objęty kosztorysem ofertowym, rozliczanych w oparciu o obmiar rzeczywisty i jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia w ramach zawartej umowy (w tym postępowaniu w granicach do 107%), wynikającego z zakresu rzeczywistej realizacji. Wykonawca ma wprawdzie obowiązek wykonać roboty zgodnie z projektem, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, co szczególnie podkreślał odwołujący, jednakże stwierdzenie konieczności wykonania szerszego zakresu robót niż przewidziany przedmiotem, a także objęty kosztorysem ofertowym, uprawnia wykonawcę do żądania dodatkowego wynagrodzenia lub nawet dodatkowego zlecenia robót. Stąd za niezwykle ważne, należy przy tej formie wynagrodzenia, przyjmować sprawdzenie przez zamawiającego kosztorysu ofertowego wykonawcy, przed przyjęciem jego oferty. Z mocy wskazanych wyżej i omówionych postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, zamawiający uczynił całość swoich wymagań co do zawartości kosztorysu ofertowego, istotnymi postanowieniami oferty, a co za tym idzie stanowiącymi *essentia negotii* umowy o realizację zamówienia publicznego.

Bezspornym faktem jest, że ustawa Pzp w art. 87 ust. 2 pkt 3 pozwala i nakazuje jednocześnie poprawienie omyłek innych niż rachunkowe i pisarskie, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednak wyłącznie

niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Prawdą jest również, podnoszona przez zamawiającego okoliczność, że możliwość poprawy błędów w ofercie na podstawie wyżej wskazanej, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. Jeśli obowiązek poprawy wymaga samodzielnego działania zamawiającego, a do tego sprowadza się przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie

31

budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania przez wykonawcę.

Analizując stwierdzone powyżej nieprawidłowości – omyłki skutkiem przypadkowego pominięcia 8 podpozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego pod kątem możliwości ich poprawy w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba miała na względzie, iż zamawiający dysponował instrumentami umożliwiającymi samodzielne przeprowadzenie takiej czynności. Nakłady rzeczowe dla wymienionych 8 podpozycji kosztorysu ofertowego odwołującego w zakresie Zabezpieczeń ekologicznych były możliwe do przyjęcia wprost z opisów zawartych w odnośnych przywołanych w przedmiarze Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, ilość jednostek przedmiarowych została podana w przedmiarze. Natomiast ceny jednostkowe mogły zostać wyprowadzone ze zbiorczej ceny całkowitej netto dla danej części kosztorysu ofertowego (poz. 14), określonej jednolicie w obydwu Tabelach elementów scalonych, w kwocie 40 771 173,59 zł i mieszczącej się w przedziale cenowym ofert pozostałych wykonawców, za wymieniony zakres zamówienia. Najczęściej wykonawcy w kosztorysach ofertowych popełniają błędy tego rodzaju, iż pominięte zostają pozycje kosztów jednostkowych, wartość pozycji, a co za tym idzie nie znajdują one żadnego odzwierciedlenia w podsumowaniu ceny całkowitej oferty. W niniejszym przypadku zachodzi odmienna sytuacja, bowiem cena oferty obejmuje kwotę 40 771 173, 59 zł z tytułu robót zabezpieczenia ekologicznego (ekranów akustycznych). Natomiast wymieniona kwota nie znalazła szczegółowego przyporządkowania do robót określonych w przedmiarze, które miał obejmować kosztorys ofertowy branży Zabezpieczenia ekologiczne.

W konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy, Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, iż jest możliwa korekta jego oferty, z wyprowadzeniem cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych pozycji z ceny całkowitej netto dla danej branży. Izba uznała jednocześnie za stosowne sposób tej korekty pozostawić w całości w gestii zamawiającego, aby wyeliminować jakikolwiek wpływ na ukształtowanie cen jednostkowych w sposób dogodny dla odwołującego po upływie terminu złożenia ofert, dający możliwość osiągnięcia korzyści na etapie obmiarów i rozliczeń. Odwołujący w treści protestu i odwołania sugerował wprowadzić metody konwalidacji jego oferty, jednakże nie wykluczył możliwości poprawy kosztorysu według uznania zamawiającego, bez zasięgnięcia jakichkolwiek wyjaśnień wykonawcy. Odwołujący zaś może jedynie odmówić swej zgody na dokonaną poprawę, do czego upoważnia go art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - z konsekwencją odrzucenia oferty.

Izba przychyliła się również do twierdzeń zamawiającego, iż zwracanie się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności o podanie cen jednostkowych w pominiętym kosztorysie – Zabezpieczenia ekologiczne, byłoby niedozwolone, bowiem dawałoby wykonawcy możliwość doboru tych cen - po upływie terminu składania ofert.

32

Postępowanie dowodowe wykazało, że w kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się takie błędy, które były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanej części jest sprzeczna z treścią SMWZ, ale jej poprawienie nie spowodowałoby istotnej zmiany jej treści, bowiem niezmienny pozostaje zakres rzeczowy robót kwestionowanej branży zabezpieczeń ekologicznych i cena za jego wykonanie, zaś ceny jednostkowe po ich uzupełnieniu w branży Zabezpieczenia ekologiczne, mieścić się będą w granicach ceny za ten element (robót) zamówienia.

Izba ze zrozumieniem podchodzi do stanowiska zamawiającego, iż jak najbardziej nie jego rolą jest określanie cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych wykonawców i wyliczanie wartości pominiętych przez wykonawcę 8 podpozycji. Jednakże należało zważyć, iż odwołujący zaoferował cały zakres rzeczowy świadczenia i go wycenił, jedynie nie

pogrupował go w sposób wymagany przedmiarem w zakresie robót - Zabezpieczenia ekologiczne, stąd pominął ceny jednostkowe. Skoro zatem korekta taka jest możliwa do wykonania samodzielnie przez zamawiającego, zamawiający nie może się od jej przeprowadzenia uchylić. Tak samo jak przy stwierdzeniu omyłek rachunkowych, zamawiający dokonuje poprawnych wyliczeń bez względu na ich zakres rzeczowy, mimo że obowiązkiem wykonawcy jest poprawne arytmetycznie wyliczenie ceny oferty.

Postępowanie dowodowe w sprawie potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo, że jej poprawa była możliwa w sposób nie ingerujący istotnie w treść oferty. Naruszenie wskazanych przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, skoro oferta odwołującego która była najkorzystniejsza, w wyniku bezpodstawnego odrzucenia nie została wybrana do realizacji zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania stosownie do postanowień § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), które mają zastosowanie do rozliczenia kosztów w sprawach wszczętych po jego wejściu w życie, zgodnie z § 9 powołanego rozporządzenia.

33

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

Przewodniczący:

Członkowie:.....

.....

34