

Sygn. akt: KIO 1787/11

**WYROK**  
**z dnia 01 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 sierpnia 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Strabag Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum; 2) Hellit+Woerner Budowlana Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Zależna 59 08 848 Warszawa, prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Roosevelta 9, 90-056 Łódź**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., (Partner); 3) Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Czartki 60, 98-200 Sieradz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1787/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Strabag Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum; 2) Hellit + Woerner Budowlana Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr**

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Strabag Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum; 2) Hellit+Woerner Budowlana Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Strabag Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum; 2) Hellit+Woerner Budowlana Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków** na rzecz **Skarbu Państwa - Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Zależna 59 08 848 Warszawa, prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Roosevelta 9, 90-056 Łódź** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 1787/11**

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn. „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy - węzeł Wrocław (A I), odcinek 3 (łącznik od węzła Sieradz Południe do połączenia z DK12 i 14) od km 0+ 000,00 do km 6+022,88”, zostało wszczęte przez Skarb Państwa - Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Zależna 59, 08-848 Warszawa, prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Roosevelta 9, 90-056 Łódź zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 226-345412 w dniu 20.11.2010 r.

W dniu 09.08.2011 r. faxem Zamawiający przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., (Partner); 3) Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Czartki 60, 98-200 Sieradz zwanego dalej: „Konsorcjum PRDiM-Sieradz” albo „Przystępującym”. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) Strabag Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum; 2) Hellit+Woerner Budowlana Sp. z o.o. - Partner Konsorcjum, z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków zwane dalej: „Konsorcjum Strabag” albo „Odwołującym”.

W dniu 19.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust.1 i art. 182 ust.1 pkt 1 Pzp, Konsorcjum Strabag wniosło odwołanie od przedmiotowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.08.2011 r. (faxem). Odwołujący uznał, że przedmiotowa czynność jest niezgodna z prawem, gdyż była poprzedzona poprawieniem w ofercie Konsorcjum PRDiM-Sieradz błędu niewłaściwie zakwalifikowanego przez Zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa. Ponadto, miało miejsce ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRDiM-Sieradz, jako oferty której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) albo jako oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp), jak i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 2 ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 6 Pzp.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum PRDiM-Sieradz, a także unieważnienie czynności poprawienia w ofercie przedmiotowego konsorcjum błędu niewłaściwie zakwalifikowanego przez Zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa. W konsekwencji powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ewentualne odrzucenie oferty Konsorcjum PRDiM-Sieradz i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Wskazał, że z protokołu z postępowania wynika, że zmiana ceny w ofercie zwycięskiego Konsorcjum jest wynikiem dokonania przez Zamawiającego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w tejże ofercie. W ocenie Odwołującego opisane wyżej błędy w ofercie Konsorcjum PRDiM-Sieradz nie stanowią oczywistej omyłki rachunkowej a tym samym nie mogły być sprostowane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odnosnie oczywistej omyłki rachunkowa. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Na podstawie przywołanego przepisu Zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłki w ofercie w przypadku gdy omyłka (i) ma charakter omyłki rachunkowej oraz (ii) omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty. Sposób rozumienia pojęcia omyłki rachunkowej, wobec braku definicji ustawowej, wypowiada się orzecznictwo oraz doktryna. Rozważania dotyczą po pierwsze oczywistości omyłki, po drugie zaś rachunkowego jej charakteru. Za omyłkę rachunkową - w przeciwieństwie do rozróżnionej w Pzp omyłki pisarskiej (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp) oraz innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) uznaje się *„(...) błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który (...) da się poprawić wyłącznie w jeden sposób. Omyłka rachunkowa, którą musi poprawić zamawiający (a więc oczywista) może powstać nie tylko przy obliczaniu ceny. Może odnosić się do obliczania terminów, obliczonych parametrów technicznych itp. Wymogiem jest, aby była to omyłka w ofercie (...) Oczywistość omyłki polega ponadto nie tylko na łatwości w jej dostrzeżeniu, ale również na braku wątpliwości, jak powinna być poprawiona. Jeśli więc powszechna wiedza, zasady logiki, kontekst, w którym pojawia się omyłka, dopuszczają poprawienie takiej omyłki na więcej niż jeden sposób, taka omyłka nie może być uznana za omyłkę oczywistą.”* (W. Dzierżanowski w Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz, LEX 2010, stan prawny: 2010.08.01). Wskazał, że po wejściu w życie z dniem 24 października 2008 r. nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) został ukształtowany w orzecznictwie KIO jednolity pogląd dotyczący oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przywołuje uchwałę KIO z dnia 12.01.2011 r., sygn. akt: KIO/KD 2/11, wyrok KIO z dnia

30.05.2011 r., sygn. akt: KIO 1066/11, wyrok KIO z dnia 28.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1978/10, wyrok KIO z dnia 21.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 20/09, wyrok KIO z dnia 11.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1119/09, wyrok KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1444/09, czy też wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09. Reasumując, Odwołujący stwierdził, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że: *„omyłka rachunkowa bowiem, to omyłka w wykonaniu działania arytmetycznego (dodawania, mnożenia, a także działania przeciwnego (odwrotnych), czyli odejmowania i dzielenia, dająca inny wynik działania niż wynik rzeczywisty, otrzymany po poprawnym przeprowadzenia działania. Przez oczywisty charakter omyłki rozumieć należy, możliwość jej poprawienia bez ingerencji wykonawcy, w tylko jeden, samoczynnie narzucający się sposób przy jednoczesnym zachowaniu nie zmienionej treści złożonego oświadczenia woli”*.

Poprawiony przez Zamawiającego błąd, w ocenie Odwołującego polegał na podaniu w Kosztorysie Ofertowym dla tej samej pozycji, tj. Wymagania Ogólne (Dział Ogólny) różnej, o 8.405.100,00 zł (słownie: osiem milionów czterysta pięć tysięcy sto złotych 00/00) ceny. Błąd nie polegał więc na błędnym przeprowadzeniu działania matematycznego, o którym moglibyśmy mówić w przypadku np. błędu w sumowaniu wartości podanych w przedmiarze Budowa Drogi Ekspresowej S8 na odcinku: *węzeł Walichnowy - węzeł Wrocław (A1), odcinek 3 (łącznie od węzła Sieradz Południe do połączenia z DK 12 i 14) od km 0+ 000,00 do km 6+022,88”*, ale na podaniu dwóch istotnie rozbieżnych wartości dla tego samego zakresu robót. Działania arytmetyczne w ofercie zostały wykonane poprawnie, zatem nie podstaw do podważania ich wyniku. Już samo to wykluczało, w ocenie Odwołującego, możliwość poprawienia stwierdzonego błędu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Błąd w ofercie Konsorcjum PRDiM-Sieradz nie miał również charakteru omyłki oczywistej. Wskazał, że w graficznym zapisie różnica pomiędzy dwiema, różnie, podanymi wartościami w kosztorysie Konsorcjum PRDiM-Sieradz polega na dodaniu (w przypadku Zbiorczego Zestawienia Kosztów) lub pominięciu (w przypadku przedmiaru Budowa Drogi Ekspresowej S8 na odcinku: *węzeł Walichnowy - węzeł Wrocław (A1), odcinek 3 (łącznie od węzła Sieradz Południe do połączenia z DK 12 i 14) od km 0+ 000,00 do km 6+022,88 - str. 9) dwóch zer. W Zbiorczym Zestawieniu Kosztów Konsorcjum PRDiM-Sieradz podało kwotę 8.490.000,00 zł w Przedmiarze odpowiednio o dwa zera mniej, czyli 84.900,00 zł. Zgodnie z przywołanym orzecznictwem o omyłce „oczywistej” możemy mówić tylko wówczas, gdy może być ona poprawiona tylko w jeden sposób. Przy czym sposób poprawienia musi być oczywisty i możliwy dla przewidzenia dla każdego, tj. w tym przypadku przynajmniej pozostali wykonawcy - jako podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniu, nie powinni mieć wątpliwości co do sposobu poprawienia omyłki, tj. że w pozycji 1 Zbiorczego Zestawienia Kosztów (ZZK), Dział Ogólny powinno być 84.900,00 zł, a nie kwota sto razy większa. Z taką sytuacją w rozpatrywanym stanie faktycznym, jak stwierdził Odwołujący, nie mamy do*

czynienia z co najmniej z dwóch powodów, tj.:

1) porównanie wyceny spornej pozycji kosztorysu ofertowego w ofertach pozostałych wykonawców wskazuje, że prawidłowo podana kwota wynosić powinna nie 84.900,00 zł ale 8.490.000,00 zł

2) cena w ofercie Konsorcjum, zarówno w podsumowaniu Zbiorczego Zestawienia kosztów, w Tabeli wartości elementów scalonych, jak i w Formularzu ofertowym, skalkulowana została w oparciu o cenę jednostkową w pozycji kosztorysowej Dział Ogólny w wysokości 8.490.000,00 zł. nie zaś 84.900,00 zł.

W pierwszym wypadku, koszty prac, jakie powinny zostać ujęte w kosztorysie ofertowym pod pozycją Wymagania Ogólne obejmują wynagrodzenie wykonawcy z tytułu wykonania robót określonych szczegółowo w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych w pozycji nr DM.00.00,00, DM, 00.00.02, DM 00.00.03.

Jak wynika z analizy ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu najtaniej pozycję kosztorysową Wymagania ogólne wycenił Odwołujący proponując cenę 2.966 126,50 zł. Mimo, iż wśród pozostałych była to cena najniższa dla tej pozycji kosztorysu to i tak przewyższała ona cenę, którą za prawidłową w ofercie konsorcjum uznał Zamawiający (tj. 84.900,00 zł) o 2.881.226,50 zł. Dla porównania, Odwołujący wskazał, że w pozostałych ofertach wartość robót ujętych w pozycji Wymagania Ogólne określona została na poziomie:

a) 3.734.005,37 zł (konsorcjum firm lider Budimex), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad czterdziestokrotność (dokładnie jest większa 43, 98 razy )

b) 3.454.920,37 zł (konsorcjum firm liderem MSF), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad czterdziestokrotność (dokładnie jest większa 40,69 razy)

c) 5.432.891,17 zł (konsorcjum firm Sando), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad sześćdziesięciokrotność (dokładnie jest większa 63, 99 razy )

d) 6.695.404,91 zł (konsorcjum firm NDI), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad siedemdziesięciokrotność (dokładnie jest większa 78, 86 razy)

e) 5.770.058,86 zł (konsorcjum firm Pol-Aqua), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad sześćdziesięciokrotność (dokładnie jest większa 67,96 razy)

f) 6.952.808, 65 zł (konsorcjum Berger Bau), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad osiemdziesięciokrotność (dokładnie jest 81, 98 razy większa)

g) 7.620.303,00 zł (konsorcjum firm Eurovia), co przy założeniu, że cena podana

w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad osiemdziesięciokrotność (dokładnie jest 89, 76 razy większa)

h) 10.968.274,83 zł (konsorcjum Bilfinger - Berger), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł, to jeden stanowi prawie sto trzydziestokrotność (dokładnie jest 129, 19 razy większa)

i) 6.151.460,00 zł (konsorcjum Poldim), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł, to jeden stanowi jej ponad siedemdziesięciokrotność (dokładnie jest 72, 46 razy większa)

j) 11.190.080,00 zł (konsorcjum Aprivia), co przy założeniu, że cena podana w ofercie Konsorcjum uznana przez zamawiające za prawidłową, tj. 84.900,00 zł. to jeden stanowi jej ponad stutrzydziestokrotność (dokładnie jest 131, 98 razy większa).

Powyższe wskazuje w ocenie Odwołującego, że błąd w ofercie Odwołującego oprócz tego, że nie miał charakteru omyłki rachunkowej nie posiadał również przymiotu: „oczywistości”, od którego ustawodawca uzależnia możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Analiza wartości analogicznej pozycji w ofertach innych Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wskazuje, w jego ocenie, że prawidłowo podaną była kwota 8.490.000,00 zł. Błąd w ofercie Konsorcjum wyklucza możliwość uznania, że każdy racjonalny wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego złożyłby ofertę o odmiennej (poprawionej treści). Nie ma on charakteru bezspornego, a analiza pozostałych dokumentów składających się na ofertę nie pozwala przyjąć, że intencją Konsorcjum było podanie w tej konkretnej pozycji kosztorysu ceny 84.900,00 zł a nie 8.490.000,00 zł.

Odnosnie drugiej kwestii. Za wyjątkiem kosztorysu ofertowego dla poz. „Wymagania ogólne”, wszystkie pozostałe dokumenty składające się na ofertę Konsorcjum, tj. Zbiorcze Zestawienie Kosztów (ZZK), Tabela Wartości Elementów Scalonych (formularz 2.3), a wreszcie sam Formularz oferty dla ustalenia ceny oferty jako prawidłową przyjmują cenę 8.490.000,00 zł. I tak, w oparciu o tę kwotę, wyliczona została wartość netto robót objętych zakresem zamówienia (Zbiorcze Zestawienie Kosztów). Podobnie w Tabeli Wartości Elementów Scalonych (Formularz 2.3) kwotę tę podało Konsorcjum jako właściwą dla wykonania robót ujętych w Wymaganiach Ogólnych (Dział Ogólny), a następnie konsekwentnie przyjęło ją w tym dokumencie w celu obliczenia (i) wartości netto robót objętych zakresem zamówienia, (ii) obliczenia podatku VAT (iii) obliczenia ceny oferty brutto. Znajomość zasad przygotowania oferty nie pozwala Odwołującemu przyjąć, że tak częste powtarzanie w ofercie wartości 8.400.00,00 zł a nie 84.900,00 zł, było wynikiem omyłki a nie świadomego działania. Poprawienie opisywanego wyżej błędu w ofercie konsorcjum jako omyłki rachunkowej doprowadziło w rzeczywistości do istotnej zmiany przez Zamawiającego treści oświadczenia woli Konsorcjum jakim jest złożona oferta. Zmiana ta w rozpatrywanej

sytuacji dotyczyła jego podstawowego elementu - ceny. Już samo to oraz fakt, jak dokonana zamiana wpłynęła na wybór wykonawczy w przedmiotowym postępowaniu nie pozwala uznać jej za nieistotną. Przyznanie racji Zamawiającemu doprowadzi do sytuacji w której możliwe jest dokonanie zmiany ceny oferty już po jej otwarciu, a więc po ujawnieniu cen zawartych w ofertach konkurencyjnych. Takie z kolei działanie w sposób istotny różnicuje pozycję wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, *de facto* bowiem pozwala na złożenie oferty, której ostateczna treść może ulec zmianie. Wobec kwestionowania przez Odwołującego sposobu poprawienia błędu w ofercie Konsorcjum przy jednoczesnym, bezsprzecznym charakterze opisanej wyżej niezgodności w treści oferty Konsorcjum, jako ewentualny Odwołujący formułuje zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 albo 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako oferty której treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 albo jako oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający w dniu 19.08.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.08.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum *PRDiM-Sieradz* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wskazał, że Odwołujący umiejętnie okroił cytowane tezy przytoczonych orzeczeń i oderwał je od stanów faktycznych w których zapadały, wyciągając z nich zbyt daleko idące wnioski. Nawet bowiem tak okrojone tezy nie pozwalają na dokonanie tak zawężającej wykładni przepisu o jaką pokusił się Odwołujący. Z punktu widzenia celu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp nie do zaakceptowania jest postawiona przez Odwołującego teza, że omyłka rachunkowa może zaistnieć jedynie w ostatecznym wyniku działania arytmetycznego, a jej stwierdzenie uwarunkowane jest prawidłowym przyjęciem przez obliczającego wszystkich elementów używanych w tym działaniu. Wykładnia celowościowa art.87 ust. 2 pkt 2 Pzp w kontekście braku definicji legalnej pojęcia: „*oczywistej omyłki rachunkowej*” nie pozwala na tak dalekie ograniczenie stosowania wskazanego przepisu. Potocznie rozumiana „*omyłka rachunkowa*” może powstać na każdym etapie działania matematycznego, co każdy jest w stanie uświadomić sobie przypominając rozwiązywane w czasach szkolnych zadania z algebry. Odwołujący w sposób nieuprawniony próbuje narzucić nam stworzoną przez siebie definicję: „*omyłki rachunkowej*”, stanowiącą zlepek wniosków zapadłych w odmiennych stanach faktycznych, ale przede wszystkim oderwaną od zdrowego rozsądku. Należy zakładać, że rzeczywista intencja ustawodawcy tworzącego omawianą konstrukcję zakładała raczej jej uniwersalizm



niż wyjątkowość stosowania. Przesądza o tym choćby fakt, że w wyniku nowelizacji z 04.09.2008 r. ustawodawca zrezygnował z zamkniętego katalogu dotyczącego sposobu poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych wykreślając dotychczasowy art. 88 Pzp. W chwili obecnej, Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych przy uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. To oznacza, że Zamawiający nie jest już ograniczony ustawowo do rozumienia oczywistej omyłki rachunkowej, a może poprawić omyłki rachunkowe w pełnym zakresie, pod warunkiem, że będzie to wynikało z działań matematycznych. Przywołał wyrok KIO z dnia 30.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1528/10. Zamiar ten ustawodawca wyraził, w jego ocenie, w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do Pzp, w tym zakresie także przywołał stosowny fragment. Podkreślił, że nawet na gruncie nieobowiązującego art. 88 Pzp Zamawiający byłby uprawniony do skorygowania pomyłki w sposób identyczny z tym, który zastosował. Stwierdził, że w istocie, omyłka rachunkowa ma skutkować nieprawidłowością w ostatecznym wyniku działania arytmetycznego, nie jest jednak tak, że właśnie ów wynik zawsze ma być wyłącznym źródłem pomyłki. Na gruncie niniejszej sprawy Zamawiający w sposób precyzyjny ustalił w SIWZ sposób obliczenia ceny kosztorysowe; stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert. Przywołał postanowienia SIWZ Tom I – Instrukcja dla Wykonawców, Rozdz. 1 pkt 7: „*Opis sposobu przygotowania ofert*”, ppkt 7.5 odnoszący się do zawartości oferty.

Stwierdził, że w jego ofercie wystąpiła rozbieżność pomiędzy dokumentem wymienionym w ppkt 7.5.2 (Formularz 2.2), a dokumentem wymienionym w ppkt 7.5.3. Polegała ona na omyłkowym przeniesieniu z Formularza 2.2 – kosztorysu ofertowego – „*Wymagania Ogólne*” zamiast kwoty 84 900,00 zł netto stanowiącej sumę trzech elementów (kosztu dostosowania się do wymagań Warunków Kontraktu i Wymagań Ogólnych zawartych w Specyfikacjach Technicznych określonych na 60.000,00 zł; zaplecza Wykonawcy – 20.000,00 zł, kosztu tablic informacyjnych i pamiątkowych – 4.900 zł) do Formularzu 2.3 – Tabeli wartości elementów scalonych – kwoty w wysokości 8.490.000,00 zł, a więc stukrotnie wyższej, Czynność ta, jak wskazał, była zwykłą czynnością techniczną, a nie merytoryczną.

Następnie dokonuje analizy funkcji przypisanych wymienionym dokumentom w powiązaniu z ceną oferty. Przywołuje w tym kontekście Tom I – Instrukcja dla Wykonawców, Rozdz. 1 pkt 8: „*Opis sposobu obliczania ceny oferty*”, a w szczególności ppkt 8.1 oraz 8.3, jak i TOM II: „*WARUNKI KONTRAKTU*”. Stwierdził, że zgodnie z postanowieniami Tomu II, mamy do czynienia z umową o wynagrodzenie kosztorysowe. Poparł to treścią Klauzuli 12 (Obmiary i wycena), Subklauzuli 12.1 (Obowiązkowe obmiary Robót), Subklauzuli 12.3, Klauzuli 14 oraz Subklauzuli 14.1. Reasumując, w jego ocenie, dokumentem stanowiącym podstawę rozliczeń w Kontrakcie dla Zamawiającego

i Wykonawcy jest kosztorys ofertowy zawierający ceny jednostkowe netto. Zamawiający nie przypisał takiej funkcji Tabeli Wartości Elementów Scalonych. Dokument ten pełnił jedynie funkcje pomocniczą – zbiorczą – na etapie postępowania. Tabela Wartości Elementów Scalonych – „zestawienie elementów scalonych”. Odnosi się także do pkt 3 oraz 14 Formularza oferty. W konsekwencji podstawa ustalenia ceny Formularza oferty (pkt 3 Formularza oferty) nie obejmuje tabeli elementów scalonych. Stwierdził, że na etapie sumowania wyników wcześniejszych operacji arytmetycznych, nastąpiła pomyłka i użyto kwoty odmiennej niż uzyskany poprzednio wynik sumowania. Pomyłka nie dotyczy kosztorysów ofertowych. Przystępujący przywołał także orzecznictwo sądów powszechnych oraz KIO w zakresie: „oczywistej omyłki rachunkowej”, a także niezależnie wyrok KIO z dnia 28.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1978/10. Na jej kanwie Przystępujący wskazał na możliwość uznania oczywistej omyłki rachunkowej pod warunkiem możliwości jej samodzielnego skorygowania w oparciu o dane (zmienne podane w ofercie) posiadane przez Zamawiającego.

Całkowicie neguje argumentację i zestawienie oparte na innych ofertach złożonych w postępowaniu. Reasumując, Przystępujący stwierdził, że omyłka rachunkowa powstała w procesie dokonywania działań arytmetycznych zmierzających do obliczenia ceny, wskutek przypadkowej i niezamierzonej niedokładności osoby liczącej, prowadzącej do uzyskania błędnego wyniku sumowania cen z pozycji kosztorysu, Ma ona charakter bezsporny i widoczny na pierwszy rzut oka. Nie wymaga żadnej specjalnej analizy, czy też wiedzy. Podczas sprawdzania obliczeń zgodnie ze sposobem obliczenia ceny oferty bez wątplenia istnieje możliwość ustalenia omyłki oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia. Nie zmienił też swoim działaniem Zamawiający oświadczenia woli Przystępującego. Treść oferty Przystępującego odpowiada treści SIWZ, a w ofercie nie występują błędy w obliczeniu ceny.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ (także z uwzględnieniem trzech zmian postanowień SIWZ), tzn. Instrukcją dla Wykonawców, w szczególności tomem I/Instrukcją dla Wykonawców wraz z formularzami, III /Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w tym Wymaganiami Ogólnymi – DM 00.00.00 – płyta DVD/ oraz V /Kosztorysem ofertowym i przedmiarem robót-płyta DVD/, ofertą Przystępującego, pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu, zawiadomieniem z dnia 04.08.2011 r. o poprawieniu**

**oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Przystępującego, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 09.08.2011 r., odwołaniem wraz z załącznikiem (Zestawienie wartości robót w poz. „Wymagania ogólne” w złożonych w postępowaniu ofertach), przystąpieniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się naruszeń.

Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert, zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1787/11, postanowień SIWZ (także z uwzględnieniem trzech zmian postanowień SIWZ), tzn. Instrukcji dla Wykonawców, w szczególności tomu I/Instrukcji dla Wykonawców wraz z formularzami/, III /Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w tym Wymagań Ogólnych – DM 00.00.00 – płytę DVD/ oraz V /Kosztorysów ofertowych i przedmiaru robót – płytę DVD/, oferty Przystępującego, pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, zawiadomienia z dnia 04.08.2011 r. o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Przystępującego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 09.08.2011 r., odwołania wraz z załącznikiem (Zestawienie wartości robót w poz. „Wymagania ogólne” w złożonych w postępowaniu ofertach), przystąpienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, ewentualnie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, tzn. czynności poprawienia w ofercie Konsorcjum PRDiM-Sieradz błędu niewłaściwie zakwalifikowanego przez Zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa, tudzież zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRDiM-Sieradz, jako

oferty której treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba uznała, że w/w zarzuty są niezasadne.

Dodatkowo należy stwierdzić, że nie można formułować zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż doprowadziłoby to do uznania wszelkich oczywistych omyłek rachunkowych jako zawierających się w niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powyższe stanowisko jest w ocenie Izby nieuprawnione albowiem byłoby to sprzeczne z wyszczególnieniem, jakie w tym zakresie poczynił Ustawodawca różnicując kwestie oczywistej omyłki rachunkowej (odrzućenie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp) oraz innej omyłki (odrzućenie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp). (podobnie wyrok KIO z dnia 16.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 30/10).

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach postanowień SIWZ, tzn. w Tomie I – Instrukcja dla Wykonawców, Zamawiający w Rozdz. 1 pkt 7 odniósł się do: *„Opis sposobu przygotowania ofert”*, ppkt 7.5 *„Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz następujące dokumenty:*

*„7.5.1. Załącznik do Oferty - Dane Kontraktowe (Formularz 2.1)*

*7.5.2. Kosztorys ofertowy (Formularz 2.2), w wersji papierowej, (wiążącej dla postępowania)(...)*

*7.5.3 Tabela wartości elementów scalonych (Formularz 2.3)”*.

Ponadto w Tomie I Instrukcji dla Wykonawców, Rozdz.1 pkt 8: *„Opis Sposobu Obliczenia Ceny Oferty”* Zamawiający wskazał ppkt 8.1 – *„Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego Przedmiaru robót odrębnie na formularzach których wzór stanowi Formularz 2.2. Podstawą obliczenia ceny oferty są Przedmiary robót zamieszczone w Tomie V niniejszej SIWZ”*. Z kolei w ppkt 8.2 stwierdził, że: *„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”*. Natomiast, w ppkt 8.3 przyjął, że: *„Wyliczone w kosztorysach ofertowych, o których mowa w pkt 8.1 wartości netto Wykonawca powinien wpisać do Tabeli wartości elementów scalonych, której wzór stanowi Formularz 2.3, oraz w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto.”*

W ramach Tomu III Instrukcji dla Wykonawców - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – Wymagania Ogólne - pozycje nr DM.00.00,00, DM, 00.00.02, DM 00.00.03.

a) poz. 1 - *Koszty dostosowania się do wymagań Warunków Kontraktu i wymagań ogólnych zawartych w Specyfikacjach Technicznych*, koszty obejmujące: /wykonanie dokumentacji przez Wykonawcę (m.in.: projekty technologiczne, projekty wykonawcze, projekty

zabezpieczeń, dokumentacja odbiorowa, inwentaryzacja powykonawcza, inwentaryzacja fotograficzna dróg i budynków, dokumentacja fotograficzna prowadzonych robót, dokumentacja odnośnie zagospodarowania odpadów); zabezpieczenie terenu budowy - wdrożenie tymczasowej organizacji ruchu wraz z jej utrzymaniem; wykonanie i utrzymanie niezbędnych objazdów/przejazdów; koszty nadzoru środowiskowego - zatrudnienie specjalisty ds. ochrony środowiska na okres realizacji robót; nadzór archeologiczny; sprawdzenie terenu budowy pod względem występowania niewybuchów;

b) poz. 2 - *Zaplecze wykonawcy* koszty obejmujące: /urządzenie zaplecza wykonawcy; instalacja urządzeń, wykonanie dróg dojazdowych i wewnętrznych; likwidacja zaplecza, dróg itp. - oczyszczenie terenu i doprowadzenie do stanu pierwotnego/;

c) poz. 3 - *Tablice informacyjne i pamiątkowe*: /koszty montażu, demontażu, utrzymania informacyjnych i pamiątkowych/.

W ramach Tomu V - Instrukcji dla Wykonawców /Kosztorysy ofertowym i przedmiary robót/. Zamawiający umieścił oddzielny kosztorys ofertowy odnośnie Działu Ogólnego, jak i Zbiorcze Zestawienie Kosztów (ZZK) (zawierające w sobie w poz. 1 - wartość netto Działu Ogólnego). Tabela Wartości Elementów Scalonych (Formularz 2.3) także zawiera w poz. 1 – wartość netto Działu Ogólnego.

W pkt 3 Formularza Oferty Zamawiający zawarł adnotację, że „(...) *Oferujemy wykonanie przedmiotu umowy za ceną brutto (...) złotych (...) zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym*”. Natomiast w pkt 14 Formularza Oferty stwierdzał, że: „*Załącznikami do niniejszej oferty, stanowiącymi jej integralną część są: (...)*”.

Zgodnie z informacjami z otwarcia ofert, oferta Przystępującego zawierała cenę w wysokości 94.269.360,58 zł. Oferta Odwołującego skalkulowana została na poziomie 84.193.345,08 zł. W wyniku dokonania przez Zamawiającego, poprawienia w ofercie Przystępującego oczywistej omyłki rachunkowej (zawiadomienie o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych - pismo z dnia 04.08.2011 r.), cena oferty złożonej przez Przystępującego została zmieniona w ten sposób, że Zamawiający ustalił jej wartość na kwotę 83.913.087, 58 zł. Pismem z dnia 04.08.2011 r.: „(...) w *Zbiorczym Zestawieniu Kosztów, na stronie 7, w pozycji 1, w kolumnie Wartość netto PLN wartość 8 490 000,00 poprawiono na 84 900,00. W konsekwencji na stronie 8, w Pozycji Razem (Zbiorczego Zestawienia Kosztów), w kolumnie wartość netto PLN wartość 76 641 756, 57 poprawiono na 68 236 656,57. W konsekwencji uwzględnienia dokonanych poprawień:*

1. *Na str. 90 oferty w Formularzu 2.3 - Tabela wartości elementów scalonych, w poz. 1, w kolumnie wartość netto PLN było 8 490 000,00 po poprawieniu jest: 84 900,00.*

2. *Na str. 91 oferty w Formularzu 2.3 - Tabela wartości elementów scalonych, w pozycji Wartość oferty netto (suma pozycji 1-17) w kolumnie Wartość netto PLN było 76 641 756,57*

PLN po poprawieniu jest 68 236 656,57

3. Na str. 91 oferty w Formularzu 2.3 - Tabela wartości elementów scalonych, w pozycji Podatek VAT 23%, w kolumnie wartość netto PLN było 17 627 604,01 PLN po poprawieniu jest 15 694 431,01 PLN

4. Na str. 91 oferty w Formularzu 2.3 - Tabela wartości elementów scalonych, pozycji Cena oferty brutto (wartość oferty netto + podatek VAT) w kolumnie Wartość netto PLN było: 94 269 360,58 PLN po poprawieniu jest: 83 931 087,58 PLN". W konsekwencji Zamawiający dokonał również zmiany w pkt 3 Formularza oferty Konsorcjum PRDiM-Sieradz, poprzez zastawienie tego punktu w ten sposób, pkt 3 w pierwotnym brzmieniu: „OFERUJEMY wykonanie przedmiotu umowy za ceną brutto 94 269 360,58 złotych (słownie dziewięćdziesiąt cztery miliony dwieście sześćdziesiąt dziewięć tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych i 58/100) zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym", zyskał brzmienie: „OFERUJEMY wykonanie przedmiotu umowy za cenę brutto 83 931 087,58 złotych (słownie: osiemdziesiąt trzy miliony dziewięćset trzydzieści jeden tysięcy osiemdziesiąt siedem złotych 58/100) zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym".

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba po analizie Instrukcji dla Wykonawców, tj. SIWZ doszła do wniosku, że Zbiorcze Zestawienie Kosztów (ZZK) mimo, że zostało przekazane Wykonawcom na płycie DVD jako kosztorys ofertowy – w ramach Tomu V, nie jest *de facto* kosztorysem ofertowym, o którym jest mowa w Tomie I Instrukcji dla Wykonawców, Rozdz.1 pkt 8 ppkt 8.1. Wzór kosztorysów ofertowych został bowiem określony w przedmiotowym podpunkcie SIWZ, jako Formularz 2.2. W konsekwencji nie można podzielić stanowiska Odwołującego z rozprawy, że mamy dwa sprzeczne oświadczenia woli w ramach przedłożonych przez Przystępującego kosztorysów ofertowych, tzn. w kosztorysie ofertowym dotyczącym Działu Ogólnego (str. 9 oferty) oraz Zbiorczym Zestawieniu Kosztów (ZZK) (str. 7-8 oferty). Z powyższego ppkt oraz wzoru wynika, że konieczne jest wyliczenie ceny oferty w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego przedmiaru robót odrębnie na danym formularzu. Zawierają one wyliczenie ceny jednostkowej netto oraz wartości netto dla wszystkich wymienionych w przedmiarach robót (ppkt 8.2). Zbiorcze Zestawienie Kosztów zawiera jedynie wartość netto stanowiące ni mniej ni więcej – wyliczenie wartości netto wszystkich kosztorysów ofertowych, czyli ich podsumowanie końcowe każdego z nich. Przy czym należy uznać, że niniejszy dokument stanowi – „kosztorys *generalny*”, który nie jest wymieniony, jako obligatoryjny do złożenia wraz z ofertą. Znajduje to potwierdzenie przede wszystkim w Tomie I Rozdz. 1 pkt 7 ppkt 7.5 Instrukcji dla Wykonawców. Ponadto, potwierdza niniejsze również pkt 3 i 14 /Załącznikami do niniejszej oferty, stanowiącym jej

integralną część są: a - Dane kontaktowe, b - Kosztorys ofertowy, c - Tabela Wartości Elementów Scalonych/ Formularza oferty. W konsekwencji, nie stanowi niniejszy dokument podstawy ustalenia ceny oferty, albowiem wyliczone w kosztorysach ofertowych (Formularz 2.2) wartości netto Wykonawca powinien wpisać do Tabeli Wartości Elementów Scalonych (Formularz 2.3), oraz w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto (Tom I Rozdz. 1 pkt 7 ppkt 8.3 Instrukcji dla Wykonawców). Dodatkowo, zasadnym jest stwierdzenie, że przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie nie tylko w oświadczeniach Zamawiającego i Przystępującego z rozprawy, ale także w samym działaniu Zamawiającego w toku postępowania, który przykładowo wobec oferty Konsorcjum, którego liderem jest firma Berger-Bau (oferta nr 4) nie wyciągnął negatywnych konsekwencji z faktu nie złożenia wraz z ofertą Zbiorczego Zestawienia Kosztów. Podobnie niniejszy dokument został potraktowany w ofercie Konsorcjum firm Pol-Aqua, tzn. jako podsumowanie (ZZK - str. 84 oferty, Dział Ogólny – str. 8 oferty).

Po drugie, Izba w zakresie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, że zasadnie Przystępujący wskazywał w swoim przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że fakt usunięcia art. 88 Pzp nowelą z dnia 04.09.2008 r. ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), nie oznacza braku możliwości poprawienia i uznawania, jako omyłki rachunkowej – omyłki wskazanej w dotychczasowym art. 88 Pzp. Chodziło bowiem o możliwość szerszego, a nie węższego zastosowania instytucji oczywistej omyłki rachunkowej. Powyższe potwierdza także opracowanie, tzn. komentarz do nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: *„(...) Nowelizacja uchyla art. 88 ustawy, który zawierał enumeratywne wyliczenie rodzajów oczywistych omyłek w obliczeniu ceny możliwych do poprawy przez zamawiającego. Celem ustawodawcy uchylającego cyt. przepis było umożliwienie zamawiającemu poprawienie omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy: „Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówień publicznych oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań”. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w szczególności omyłki wskazane w dotychczas obowiązującym art. 88 będą mogły być nadal poprawiane. Nie będzie to jednak tak jak dotychczas katalog zamknięty. (...)”*. (Komentarz Prawo Zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 117.). Należy bowiem dodać, że z taką oczywistą omyłką rachunkową mamy do czynienia. Jednocześnie, Izba uznaje przeciwnie do Odwołującego, że mamy jednakowoż do czynienia z: *„(...) omyłką w wykonaniu działania arytmetycznego (dodawania (...)), dającą inny wynik działania niż wynik rzeczywisty (...)”*. W zakresie „oczywistości”, Izba podzieliła stanowisko, wynikające z przystąpienia do

postępowania odwoławczego, a oparte na orzeczeniu – wyrok KIO z dnia 28.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1978/10, że: *„W odróżnieniu od oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1) p.z.p. omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Izba ocenia, iż dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia”*. W ocenie Izby, Odwołujący z uwagi na swoją sytuację „procesową” dokonuje „spłaszczenia” przedmiotowej kwestii, co jest nieuprawnione. Bezsprzecznie bowiem mamy do czynienia z omyłką rachunkową, która ma charakter oczywisty.

Zasadne jest także wskazanie, że negowanie argumentacji Zamawiającego nie jest zgodne z interesem Odwołującego, albowiem twierdzenie o możliwości poprawienia odwrotnie, tzn. w oparciu o Zbiorcze Zestawienie Kosztów (ZZK) i Tabele Wartości Elementów Scalonych (Formularz 2.3), kosztorysów ofertowych jako zaprzeczenie istniejącej „oczywistości”, skutkowałoby zanegowaniem działań Zamawiającego wobec jego oferty (str. 24, a w konsekwencji str. 25), jak i oferty konsorcjum firm, których liderem jest MSF i oferty konsorcjum Bilfinger-Berger. *Nota bene* stoi to w sprzeczności ze stanowiskiem Odwołującego w odwołaniu odnośnie błędu w jego ofercie, w zakresie błędu w sumowaniu wartości podanych w przedmiarze Budowa Drogi Ekspresowej S8 na odcinku: *węzeł Walichnowy - węzeł Wrocław (A1), odcinek 3 (łącznik od węzła Sieradz Południe do połączenia z DK 12 i 14) od km 0+ 000,00 do km 6+022,88”*.

W tym kontekście, należy zauważyć również, że w tych przypadkach (wskazane powyżej) poprawiono kosztorysy ofertowe, w innych ofertach, sporządzone dla danego przedmiaru robót, następnie zaś konsekwencje z nich wynikające zostały uwzględnione Zbiorczym Zestawieniem Kosztów (ZZK) i Tabeli Wartości Elementów Scalonych (Formularz 2.3), niniejsze potwierdza więc jednolitość działania Zamawiającego wobec wszystkich Wykonawców, jak i jego stanowisko z rozprawy odnośnie sposobu obliczania ceny oferty. W odniesieniu do oferty Odwołującego oraz dwóch pozostałych, Zamawiający kierował się zasadą wynikającą z dawnego art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp (Jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową). Względem oferty Przystępującego, należy uznać, że zastosowanie ma *de facto* dawny art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp (W przypadku sumowania cen za poszczególne części zamówienia, jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen za części zamówienia przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za części zamówienia). W tym wypadku, należy uznać analogicznie, że kosztorysy



ofertowe, czyli swoiste ceny za poszczególne części zamówienia, podano prawidłowo, a sumowanie ich wyniku wymagało poprawienia (tak w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów /ZZK/ -7-8 str. oferty, Tabeli Wartości Elementów Scalonych /Formularz 2.3/ – 90 i 91 oferty, jak i Formularzu Oferty – str. 2 oferty).

Odnośnie załączonego do odwołania: „Zestawienia wartości robót w poz. „Wymagania ogólne” w złożonych w postępowaniu ofertach”, nie jest dowód przesądzający o braku „oczywistości” omyłki w ofercie Przystępującego, w tym zakresie Izba uznała, że za zasadnicze i przeważające postanowienia SIWZ wskazane powyżej, stanowisko doktryny oraz orzecznictwa, jak i genezę obecnego art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, czy też konsekwencje w działaniu Zamawiającego, także wobec innych uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego.

Odnośnie kwestii oczywistej omyłki pisarskiej (skreślenia dwóch zer), Izba wskazuje że niniejsza instytucja nie była *de facto* przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy czym, kwestia niniejsza łączy się z zarzutami zasadniczymi pośrednio. W ocenie Izby, konieczne jest zwrócenie uwagi na pewną dodatkową kwestie, otóż omyłka rachunkowa często ma znaczenie szersze niż arytmetyczne, jak np. rozbieżność w zapisie ceny liczbowo i słownie – błąd w zapisie słownym wskazywany jako omyłka rachunkowa. w rzeczywistości jest przecież omyłką pisarską (błąd lub pominięcie w zapisie słów, a nie wyliczeniach arytmetycznych). W konsekwencji można uznać, że działanie Zamawiającego jest wynikiem zaistniałego stanu faktycznego i „*istotowo*” ma charakter rachunkowy.

Jednocześnie, należy zauważyć, że biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ wskazane na wstępie i gdyby nawet zakwestionować zaistniałą omyłkę, jako omyłkę rachunkową, Zamawiającemu pozostawałaby możliwość korekty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli jako niezgodności z treścią SIWZ (podobnie wyrok KIO z dnia 07.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1319/11, KIO 1352/11).

Wobec nie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 Pzp, Izba w konsekwencji nie uznała zasadność zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołujący o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący :**

.....