

Sygn. akt: KIO 124/16

WYROK

z dnia 12 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016 r. przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu,**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferroser Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Dalachowie, T.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B.,
- 3) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu,
- 4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, SAFEROAD KABEX Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności poprawienia jako oczywistej omyłki rachunkowej wartości podanej w kolumnie nr 8 pozycji nr 195 Formularza cenowego oferty Odwołującego oraz unieważnianie zmiany konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki w pozycjach dotyczących całkowitej

wyceny indywidualnej wykonywanych czynności przez 1 miesiąc oraz całościowej wartości netto i brutto oferty Odwołującego za wykonanie zamówienia przez okres 72 miesięcy;

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S11 na odcinku Węzeł Poznań Północ – Węzeł Poznań Zachód km 0+000-km 25+694 (S11c), km 0+000-km 1+605 (S5e) oraz na odcinku Węzeł Poznań Krzesiny-Węzeł Kórnik Południe od km 0+000 do km 14+810 (S11a) wraz ze wszystkimi jej elementami.*

W dniu 29 stycznia 2016 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. wniosło odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że na skutek bezzasadnego zastosowania w stosunku do oferty Odwołującego dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp doszło do zniekształcenia oświadczenia woli Odwołującego. W wyniku dokonanej poprawki w kolumnie nr 8 pozycji nr 195 Formularza cenowego, cena oferty Odwołującego za wykonanie zamówienia została zwiększona niemal dziewięciokrotnie i plasuje się na ostatnim miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący wskazał, że poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy powinno być racjonalne. Dzięki poprawieniu omyłki, cena oferty wykonawcy powinna odzwierciedlać jego rzeczywiste zamiary, zniekształcone na skutek omyłki. Samo pojęcie omyłki wskazuje, że pozycja która ma zostać poprawiona powinna wypełniona na skutek niezamierzonego działania wykonawcy spowodowanego błędem. Poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej nie może prowadzić więc do wykreowania treści oferty, której wykonawca nigdy by nie złożył, ze względu na jej oderwanie od rzeczywistego poziomu cen wykonania zamówienia, którego dotyczy. Po dokonaniu poprawienia „omyłki” cena oferty Odwołującego została wyznaczona na poziomie na jakim z całą pewnością nigdy nie określiłby jej żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Jest to bowiem nie tylko cena nierynkowa, ale wręcz irracjonalna biorąc pod uwagę fakt, że swoim poziomem niemal dziewięciokrotnie przewyższa ceny ofert jakie złożyli zarówno Odwołujący, jak również inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia oraz prawie siedmiokrotnie przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na

wykonanie zamówienia. Okoliczność ta potwierdza – zdaniem Odwołującego – że w niniejszej sprawie, nie ziściły się przesłanki wynikające z treści art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, niezbędne dla zastosowania tego przepisu w stosunku do treści oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że wątpliwości co do prawidłowości wypełnienia przez Odwołującego kolumny nr 8 pozycji nr 195 Formularza cenowego wynikają z niewłaściwego i nieprecyzyjnego ukształtowania przez Zamawiającego Formularza cenowego dla potrzeb skalkulowania pozycji nr 195, która obejmuje: *Punktową wymianę skorodowanych lub uszkodzonych paneli ekranów akustycznych (w ramach doprowadzenia do standardu)*. Odwołujący wskazał, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia ma być świadczona przez cyklicznie, przez okres 72 miesięcy, a wynagrodzenie za wykonanie usługi ma być wypłacane wykonawcy w miesięcznych cyklach rozliczeniowych (§ 5 pkt 4 wzoru umowy). Rozbicie ceny ofertowej wykonawcy zawarte w Formularzu cenowym miało zawierać koszty miesięcznego wykonania poszczególnych elementów składowych usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Formularz cenowy stworzony przez Zamawiającego zawiera 196 pozycji, z której każda obejmuje jedną z części przedmiotu zamówienia. Jednocześnie formularz został podzielony na 8 kolumn. W ostatniej kolumnie wykonawca miał wpisać *cenę netto utrzymania wskazanej ilości elementów drogi przez jeden miesiąc*. Pod Formularzem cenowym Zamawiający wymagał podania zsumowanej wartości wszystkich pozycji wskazanych w kolumnie nr 8, tj. całkowitego kosztu netto wykonania usługi przez 1 miesiąc. Następnie wykonawca miał pomnożyć otrzymaną wartość przez 72, czyli liczbę miesięcy wykonywania usługi oraz powiększyć rezultat o podatek VAT. W efekcie wykonawca otrzymywał cenę za realizację całego zamówienia, którą wskazywał w Formularzu ofertowym.

W ocenie Odwołującego Formularz cenowy ma jedynie charakter pomocniczy, ponieważ cena podana w formularzu ofertowym posiada charakter ryczałtowy (zgodnie z § 5 pkt 1 wzoru umowy, cena podana w formularzu ofertowym jest ceną za wykonanie całości zamówienia). Poszczególne ceny jednostkowe wpisane w kolumnie 4 Formularza cenowego mogłyby stać się podstawą wynagrodzenia wykonawcy jedynie w przypadku zwiększenia się ilości elementów drogi wskazanych w obmiarze. Cena za realizację całości zamówienia w takiej sytuacji i tak nie mogłaby przekroczyć 120% wynagrodzenia wykonawcy określonego w Formularzu ofertowym (§ 5 pkt 3 i 8 wzoru umowy). Istotne było więc podanie przez wykonawców realnych cen jednostkowych podawanych w kolumnie nr 4 Formularza cenowego: *Cena netto utrzymania jednostki elementu przez 1 miesiąc*. Wartości wpisane w tej pozycji stają się bowiem podstawą do rozliczenia pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym w przypadku zwiększenia się zakresu ilościowego usług lub robót.

Odwołujący wskazał, że w większości pozycji dla uzyskania wartości jaką należało podać w kolumnie nr 8, należało pomnożyć wartość wskazaną w kolumnie nr 4 (*Cena netto utrzymania jednostki elementu Drogi przez 1 miesiąc*) przez wartość wskazaną w pozycji nr 7 (*Ilość elementów Drogi wynikająca z dokumentacji projektowej/wykonawczej/powykonawczej/poaudytowej* suma ode. dróg nr S11a i S11c/S5e*). Jednakże pozycja nr 195 Formularza cenowego posiada zdecydowanie odmienny charakter w stosunku do wszystkich pozostałych pozycji określonych w Formularzu cenowym. Na skutek tego sposób obliczenia wartości dla kolumny nr 8 właściwy dla wszystkich pozostałych pozycji, był nieprzystający dla oszacowania wartości robót określonych w tej pozycji. Poza pozycją nr 195, wszystkie pozycje zawarte w formularzu cenowym dotyczą wykonywania usług takich jak m.in. utrzymanie dróg, przepustów, wiaduktów, mostów itd. przez wyznaczony okres czasu, tj. 1 miesiąc. Pozycja nr 195 obejmuje natomiast: *Punktową wymianę skorodowanych lub uszkodzonych paneli ekranów akustycznych (w ramach doprowadzenia do standardu)*. Jest to więc typowe zadanie dotyczące osiągnięcia jednorazowego efektu, a nie stałego utrzymywania elementu na określonym przez Zamawiającego poziomie co byłoby charakterystyczne dla usługi. Pozycja nr 195 nie dotyczy więc rozliczenia za wykonanie usługi w ciągu 1 miesiąca w trakcie całego okres realizacji zamówienia. Pozycja ta dotyczy wykonania określonych robót budowlanych w okresie zdecydowanie krótszym niż okres trwania zamówienia, tj. do 30 czerwca 2016 r. Koszty utrzymania ekranów akustycznych w ciągu trwania całej umowy wykonawcy mieli skalkulować w innej pozycji Formularza cenowego, tj. w pozycji nr 18. Okoliczność ta potwierdza, że wartości wskazane w pozycji nr 195 dotyczyły wyłącznie wymiany zużytych paneli na nowe i w żadnym stopniu nie były związane z ich trwającym w czasie utrzymaniem. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 15 udzieloną przez Zamawiającego 31 sierpnia 2015 r. wykonawca ma wymienić wszystkie ekrany akustyczne do 30 czerwca 2016 r. Również ta okoliczność potwierdza, że wymiana ekranów akustycznych nie ma cyklicznego charakteru powtarzalnego przez okres 72 miesięcy, ale pewien z góry określony okres wykonania.

Odwołujący podniósł, że pomimo tego iż pozycja dotycząca wymiany paneli ekranów akustycznych jest rodzajowo inna (robota budowlana) niż pozostałe pozycje wyszczególnione w Formularzu cenowym (usługi), Zamawiający nakazał jej wyliczenie w oparciu o parametry przygotowane do obliczania pozycji dotyczących wykonywania usług powtarzających się. Zamawiający potwierdził konieczność takiego sposobu obliczania wartości pozycji nr 195 udzielając odpowiedzi na pytanie nr 35 (odpowiedź z 31 sierpnia 2015 r.). Wykonawca będzie więc musiał wymienić wszystkie panele w przeciągu kilku miesięcy od rozpoczęcia zamówienia, a jednocześnie ma wykazać koszty wymiany tych

paneli na przestrzeni całego okresu zamówienia (tj. 72 miesięcy). Takie ukształtowanie formularza cenowego spowodowało podwójna trudność dla wykonawców:

- konieczność „kredytowania” wymiany paneli przez większą część trwania zamówienia (ponieważ wykonawca musi wymienić wszystkie panele na początku realizacji zamówienia, to całkowity zwrot poniesionych nakładów wraz z wypłatą wynagrodzenia ma nastąpić dopiero po zakończeniu ostatniego miesiąca realizacji zamówienia, czyli kilkadziesiąt miesięcy po dokonaniu wymiany),
- trudność w przedstawieniu ceny za wymianę paneli ekranów akustycznych w oparciu o Formularz cenowy (Formularz cenowy oraz opisane w nim kolumny są przystosowane do wyliczenia trwających w czasie usług, a nie jednorazowych robót budowlanych).

W związku z tym – zdaniem Odwołującego – Formularz cenowy jest zupełnie nieprzystosowany do wyliczenia kosztów pozycji nr 195. Wartości wpisywane przez wykonawców w poszczególne kolumny dla pozycji nr 195 nie mogły się pokrywać całkowicie z opisem kolumn, co wynikało z wadliwości sposobu w jaki Zamawiający nakazywał wyliczyć wartość dla tej pozycji. Sposób obliczania wartości podanych w kolumnie nr 8 dla pozostałych pozycji nie przystawał więc do charakteru pozycji nr 195. W związku z tym, w celu jej realnego i rzetelnego wycenienia, niezbędne było zastosowanie innego sposobu obliczania wartości wskazanej dla kolumny nr 8 tej pozycji.

Odwołujący podniósł, że pomimo trudności wynikających z niekompatybilności nagłówek kolumn Formularza cenowego z charakterem pozycji nr 195, wycenił wartość tej pozycji w sposób zgodny z rzeczywistymi kosztami i cenami rynkowymi.

W pozycji nr 195 wykonawca miał wskazać cenę *wymiany* elementu drogi w postaci paneli ekranów akustycznych, a nie ich *utrzymania* co mógłby sugerować nagłówek kolumny nr 2. Jednoznacznie wynika to z opisu tej pozycji, w której zostało wskazane, że dotyczy ona *Punkowej wymiany skorodowanych lub uszkodzonych paneli ekranów akustycznych (w ramach doprowadzenia do standardu)*. Analogicznie więc, w kolumnie nr 4 Odwołujący wskazał jednostkową cenę *wymiany* metra kwadratowego paneli ekranów akustycznych, a nie ich *utrzymania*. Odwołujący kierował się treścią szczegółową (czyli rodzajem pozycji unikalnej dla całego Formularza cenowego) a nie treścią ogólną (zawartą w nagłówku kolumny nr 4, a dotyczącą wartości utrzymania, czyli usługi trwającej w czasie, a nie jednorazowej). Odwołujący wycenił cenę jednostkową wskazaną w kolumnie nr 4 na 250 zł. Jest to rzeczywista cena wymiany 1 m² paneli, czyli powierzchni wskazanej przez Zamawiającego dla podania wartości ceny jednostkowej. Następnie Odwołujący pomnożył cenę jednostkową wymiany jednego elementu przez ilość elementów wskazanych przez Zamawiającego w Formularzu cenowym w kolumnie nr 7, tj. przez 14840. Otrzymany wynik,

tj. kwota 3 710 000,00 zł oznaczał jednorazowy koszt wymiany wszystkich paneli wskazanych przez Zamawiającego. Ponieważ jednak Zamawiający określił, że wynagrodzenie będzie przyznawane wykonawcom jedynie w ramach cyklicznego miesięcznego wynagrodzenia, Odwołujący podzielił otrzymany wynik przez liczbę miesięcy świadczonej usługi, tj. przez 72. W ten sposób Odwołujący otrzymał kwotę 51 527,78 zł czyli *cenę netto utrzymania wskazanej ilości elementów Drogi przez 1 miesiąc*. Wartość ta została wpisana przez Odwołującego w kolumnie nr 8 Formularza cenowego. Dzięki temu możliwe było obliczenie ceny oferty Odwołującego w sposób podany przez Zamawiającego w Formularzu cenowym.

Odwołujący podniósł, że nie może być uważane za podstawę do poprawienia „oczywistej omyłki” w ofercie Odwołującego postanowienie zawarte w pkt 16.11 ppkt 2 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał m.in., że: *jako oczywiste omyłki będzie traktował omyłki rachunkowe, między innymi jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową*. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wskazał w przywołanym postanowieniu, że dokona poprawienia jako oczywistej omyłki rachunkowej wartości wskazanej w kolumnie nr 8, czyli wartości wykonania usługi przez miesiąc. Zamawiający wskazał jedynie, że cena ma obejmować iloczyn ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar. Cena za wykonanie całościowej wymiany paneli ekranów akustycznych w ofercie Odwołującego stanowi zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego iloczyn ceny jednostkowej oraz ilości jednostek miar. Otrzymałą cenę Odwołujący podzielił przez liczbę miesięcy świadczonej usługi, a wynik wpisał w kolumnie nr 8 pozycji nr 195, dzięki czemu złożona przez niego oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ i umożliwia rozliczenie pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w sposób wskazany przez Zamawiającego, tj. w miesięcznych cyklach rozliczeniowych. Odwołujący podkreślił *inny rodzajowo charakter pozycji nr 195, na skutek czego sposób poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych właściwy dla wyliczenia pozycji dotyczących usług, nie odpowiadał szczególnej pozycji jaką jest pozycja nr 195 dotycząca robót budowlanych*.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w ocenie Odwołującego, prawidłowo wycenił on pozycją nr 195. Świadczy o tym w szczególności treść § 5 pkt. 8 Wzoru umowy. Gdyby Odwołujący wskazał dużo niższą cenę jednostkową w pozycji nr 195 otrzymałby bardzo niskie, wręcz nierealne wynagrodzenie za wykonanie określonych przez Zamawiającego robót dodatkowych, które nie pokrywałoby rzeczywiście ponoszonych przez niego kosztów. Odwołujący jako cenę jednostkową wymiany 1m² paneli ekranów akustycznych wskazał 250 zł. Jest to cena na poziomie rynkowym. Pozostali wykonawcy wskazali ceny jednostkowe wymiany 1m² paneli ekranów akustycznych na poziomie od 1 zł

do 5,96 zł. Są to więc ceny znacząco zaniżone w stosunku do cen rynkowych, które nie pokrywają kosztów wymiany 1 m² paneli ekranów akustycznych. Wartość cen jednostkowych jest o tyle istotna, że Zamawiający określił w § 5 pkt 8 Wzoru umowy, że w przypadku zmian w obmiarze, to ceny jednostkowe wskazane w formularzu cenowym będą podstawą do zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Zmiany ilości obmiarów, a co za tym zmiany wynagrodzenia wykonawcy będą prawdopodobnie dotyczyć jedynie zmiany ilości paneli ekranów akustycznych przeznaczonych do wymiany. Raczej nieprawdopodobna jest bowiem zmiana ilości wiaduktów, mostów czy dróg dojazdowych na przeznaczonym do utrzymania odcinku drogi ekspresowej. Jedną realną zmianą obmiaru, jest właśnie zmiana w pozycji nr 195 na skutek zwiększonej ilości uszkodzonych lub skorodowanych paneli. Wobec powyższego, w sytuacji, w której zmieni się ilość elementów wskazanych w obmiarze jedynie cena Odwołującego za wykonanie wymiany będzie odpowiadała jej wartości. Ceny jednostkowe w ofertach pozostałych wykonawców będą rażąco niskie w stosunku do wykonania określonej tam części przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł również, że zgodnie z SIWZ ostatecznie wiążąca dla Zamawiającego jest jedynie ostatnia kolumna Formularza cenowego. Tylko wartości w niej wpisane służą bowiem do obliczenia ceny ofertowej wykonawcy za wykonanie zamówienia oraz umożliwiają porównywalność ofert w zakresie ceny. Wartość wskazana w kolumnie nr 8 przez Odwołującego umożliwia obliczenie całkowitej wartości za wykonanie zamówienia. Ingerencja Zamawiającego w tym zakresie była więc niepotrzebna i prowadziła jedynie do zniekształcenia oświadczenia woli Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, sposób obliczenia ceny oferty nie daje podstaw do przyjęcia, że Odwołujący popełnił „oczywistą omyłkę rachunkową”, wyliczając wartość kolumny nr 8 dla pozycji nr 195 Formularza cenowego. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Z istoty tego przepisu wynika, że aby stwierdzić że została popełniona oczywista omyłka rachunkowa wystąpić błąd w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych. Tymczasem wartość wskazana przez Odwołującego w kolumnie nr 8 pozycji nr 195 Formularza cenowego (tj. wartość poprawiona przez Zamawiającego jako oczywista omyłka) została tam umieszczona celowo, po przeprowadzeniu prawidłowych wyliczeń według świadomie przyjętego wzoru. Intencją Odwołującego było wpisanie w tej pozycji wartości 51 527.78 a nie jak poprawił to Zamawiający wartości 3 710 000.00.

Zdaniem Odwołującego, to że ceny netto utrzymania wskazanej ilości elementów Drogi przez 1 miesiąc zostały przez wykonawców różnie wyliczone nie było spowodowane wadliwością sposobu wyliczenia przez Odwołującego, lecz wątpliwościami jakie można było

powziąć na skutek ukształtowania postanowień SIWZ przez Zamawiającego. Nawet jeżeli przyjąć, że inny sposób obliczenia wartości dla pozycji nr 195 jest prawidłowy, należy stwierdzić, że sposób przyjęty przez Odwołującego nie był spowodowany błędem czy omyłką, lecz wątpliwościami wynikającymi z ukształtowania Formularza cenowego przez Zamawiającego. Intencją Odwołującego było zaoferowanie za tę pozycję ceny 51 527.78 zł, a nie 3 710 000.00 zł. W takiej sytuacji, Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji wybranego przez siebie sposobu obliczania ceny. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie wątpliwości i niejednoznaczności SIWZ powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. W przypadku powzięcia wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia przez Odwołującego wartości wskazanej w kolumnie nr 8 pozycji nr 195, Zamawiający przed zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Dzięki temu Odwołujący mógłby wyjaśnić Zamawiającemu sposób obliczenia tej pozycji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności poprawienia jako oczywistej omyłki rachunkowej wartości podanej w kolumnie nr 8 pozycji nr 195 Formularza cenowego oferty Odwołującego, a także unieważnienia zmiany konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki w pozycjach dotyczących całkowitej wyceny indywidualnej wykonywanych czynności przez 1 miesiąc oraz całościowej wartości netto i brutto oferty Odwołującego za wykonanie zamówienia przez okres 72 miesięcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A.,
- 2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k., T.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T.B.,
- 3) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.,
- 4) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o., SAFEROAD KABEX Sp. z o.o.,

wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 12 SIWZ Zamawiający zamieścił postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny, stanowiąc m.in., że:

- Cena oferty (w PLN) zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zamieszczony w tomie I SIWZ (pkt 12.1);
- Cena podana w Formularzu cenowym (formularz 2.1) powinna być ustalona przez Wykonawcę w oparciu o kalkulację własną Wykonawcy. Zamawiający nie ustanawia obligatoryjnych podstaw ustalenia ceny (pkt 12.2);
- Wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi o których mowa w SIWZ powinien w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym również koszty towarzyszące, takiej jak: koszty wymienione w Opisie przedmiotu zamówienia, niezbędne dla kompletnego i prawidłowego wykonania zamówienia (pkt 12.3).

Zgodnie z punktem 16.11 SIWZ, Zamawiający, jako oczywiste omyłki będzie traktował: ppkt 2 – omyłki rachunkowe, między innymi: jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową.

Formularz cenowy zawierał m.in.:

- określenie elementu drogi (kol. 2),
- jednostkę miary (kol. 3),
- cenę netto utrzymania jednostki elementu drogi przez 1 miesiąc (kol. 4),
- ilość elementów drogi wynikającą z dokumentacji (kol.7),
- cena netto utrzymania wskazanej ilości elementów drogi przez 1 miesiąc.

W Formularzu cenowym Zamawiający przewidział dwie pozycje dotyczące ekranów akustycznych, tj.: poz. 18 – „Ekran akustyczny” oraz poz. 195 „Punktowa wymiana skorodowanych lub uszkodzonych paneli ekranów akustycznych (w ramach doprowadzenia do standardu)”.

W § 5 wzoru umowy Zamawiający przewidział m.in. następujące postanowienia dotyczące wynagrodzenia wykonawcy:

- Wynagrodzenie nie będzie zmieniane w toku wykonywania Umowy, za wyjątkiem sytuacji opisanych w Umowie (ust. 2);
- Maksymalna wartość zobowiązania z tytułu świadczenia usługi stanowiącej Przedmiot Umowy, z uwzględnieniem zmian o których mowa w ust. 2 nie może przekroczyć 120% wartości Wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. W przypadku przekroczenia wskazanej wartości 120% pozostała kwota z tytułu powyższych zmian nie będzie wypłacana Wykonawcy (ust. 3);
- Strony ustalają, że cykliczne wynagrodzenie rozliczane będzie w miesięcznych cyklach rozliczeniowych, to jest na koniec każdego miesiąca kalendarzowego (ust. 4);
- Każdorazowe cykliczne wynagrodzenie, zwane dalej „Wartością Cyklicznego Wynagrodzenia” ustalane będzie zgodnie z punktem 8 OPZ, jednak nie przekroczy 1/72 Wynagrodzenia określonego w ust. 1 (ust. 5);
- W przypadku zmian ilościowych elementów Drogi do utrzymania w obmiarze wskazanym w Ofercie Wykonawcy, Zamawiający z zastrzeżeniem ust 3, proporcjonalnie zmieni Wartość Cyklicznego Wynagrodzenia od momentu protokolarnego przekazania Wykonawcy dodatkowych elementów do utrzymania. Zmiana Wynagrodzenia dokonana będzie na podstawie wskazanych w Ofercie Wykonawcy cen jednostkowych (ust. 8).

W dniu 31 sierpnia 2015 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień do SIWZ. Na pytanie nr 35 (*Zamawiający przewiduje doprowadzenie do standardu ekranów do 31.03.2016 r. Czy z uwagi na znaczny koszt materiałów ekranów akustycznych Zamawiający przewiduje możliwość zapłaty za ww. materiał poza cyklicznym wynagrodzeniem?*) Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Należy wymienić wszystkie skorodowane panele w okresie do końca I półrocza 2016 r. Zamawiający nie przewiduje zapłaty za ww. materiał poza cyklicznym wynagrodzeniem.* W odpowiedzi na pytanie nr 73 do SIWZ Zamawiający potwierdził, że wyliczenie kolumny 8 w Formularzu cenowym następuje poprzez przemnożenie kolumny 4 i 7.

W poz. 195 Formularza cenowego Odwołujący wpisał następujące wartości: cena jednostkowa 250, ilość 14.840, cena za 1 miesiąc 51.527,78 zł. W podsumowaniu Formularza cenowego odwołujący podał:

- Wycena indywidualna wykonywanych czynności przez 1 miesiąc – 481.190,06 zł,
- Wartość netto oferty na 72 miesiące – 34.645.684,32 zł,
- Wartość brutto oferty na 72 miesiące – 42.614.191,71 zł.

Cena jednostkowa wymiany paneli ekranów akustycznych i zbiorcza za 1 miesiąc (poz. 195 Formularza cenowego) w ofertach Przystępujących wyniosła odpowiednio:

- Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.: 2,35 zł oraz 34.874,00 zł,
- Konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k., T.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T.B.: 5,26 zł oraz 78.058,40 zł,
- Konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A.: 1,81 zł oraz 26.794,44 zł,
- Konsorcjum SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o., SAFEROAD KABEX Sp. z o.o.: 2,50 zł oraz 37.100 zł.

Przystępujący zaoferowali następujące ceny za 72 miesiące realizacji zamówienia:

- Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. – 35.743.999,16 zł,
- Konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k., T.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T.B. – 48.900.726,04 zł,
- Konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. – 40.629.743,66 zł,
- Konsorcjum SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o., SAFEROAD KABEX Sp. z o.o. – 38.981.360,44 zł.

W dniu 20 stycznia 2016 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki rachunkowej, w ten sposób, że w poz. 195 Formularza cenowego w kolumnie 8 Zamawiający wpisał kwotę 3.710.000,00 zł zamiast kwoty 51.527,78 zł. W konsekwencji Zamawiający dokonał zmiany w podsumowaniu Formularza cenowego w następujący sposób:

- Wycena indywidualna wykonywanych czynności przez 1 miesiąc – 4.139.662,28 zł zamiast 481.190,06 zł,
- Wartość netto oferty na 72 miesiące – 298.055.684,16 zł zamiast 34.645.684,32 zł,
- Wartość brutto oferty na 72 miesiące – 366.608.491,52 zł zamiast 42.614.191,71 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez

Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Aby zastosować dyspozycję ww. przepisu, należy stwierdzić, że w ofercie popełniono oczywistą omyłkę o charakterze rachunkowym oraz że omyłka ta jest oczywista. Należy więc ustalić, że po pierwsze – nieprawidłowość w ofercie powstała w wyniku omyłki, po drugie omyłka polega na wyłącznie na błędnym przeprowadzeniu działań arytmetycznych, po trzecie – błąd jest dostrzegalny „na pierwszy rzut oka”, a charakter tego błędu i prawidłowy wynik działania arytmetycznego nie pozostawiają żadnych wątpliwości.

W ocenie Izby wartość, którą Odwołujący wpisał w poz. 195 kol. 8 Formularza cenowego, nie spełniała powyższych przesłanek.

Omyłka rachunkowa w ofercie występuje w sytuacji, gdy wykonawca w sposób niezamierzony, niechcący, wskutek pomylenia się, przedstawia błędny wynik działań arytmetycznych. Sytuacja taka nie wystąpiła w niniejszej sprawie, a pozycja 195 zawierała błąd rachunkowy jedynie pozornie. Bezspornym faktem jest, że wartość przedstawiona przez Odwołującego w kolumnie 8 nie stanowiła iloczynu ceny jednostkowej i ilości robót do wykonania, niemniej jednak w sposób oczywisty nie wynikało to z omyłki wykonawcy, z jego niezamierzonego działania, ale ze świadomie przyjętego założenia merytorycznego, którym kierował się prezentując cenę oferty. Wykonawca przyjął mianowicie, że ze względu na specyfikę elementu przedmiotu zamówienia ujętego w poz. 195 Formularza (jednorazowe wykonanie określonych tam robót, nie zaś – jak w przypadku pozostałych pozycji – regularne świadczenie usług utrzymaniowych) w kolumnie „cena jednostkowa” winien wpisać rzeczywistą cenę wymiany metra kwadratowego ekranów akustycznych, a nie – jak twierdzi Zamawiający – $1/72$ tej ceny (tj. cenę jednostkową podzieloną przez liczbę miesięcy, w których mają być świadczone usługi utrzymania drogi). Zatem wartości jakie wpisał wykonawca w poz. 195 nie były wynikiem błędnego działania arytmetycznego, lecz wynikały z przyjęcia określonego sposobu prezentacji ceny. Analiza wartości wpisanych w poszczególnych kolumnach poz. 195 i porównanie jej do wartości wpisanych przez pozostałych wykonawców daje – zdaniem Izby – jasny obraz tego, w jaki sposób Odwołujący cenę w tej pozycji skalkulował. Tymczasem Zamawiający bezrefleksyjnie uznał to za błąd rachunkowy mający charakter omyłki i poprawił w sposób, który doprowadził do bardzo istotnego zniekształcenia rzeczywistej treści oświadczenia woli wykonawcy (72-krotne zwiększenie ceny za wymianę paneli ekranów akustycznych, a w konsekwencji prawie 9-

krotne zwiększenie ceny całej oferty). Znając ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia w złożonych w postępowaniu ofertach, Zamawiający musiał mieć świadomość, że treść oferty Odwołującego po poprawieniu rzekomej omyłki w najmniejszym stopniu nie odzwierciedla rzeczywistego oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, znając wartość rynkową m² paneli ekranów akustycznych oraz ceny podane za ten element zamówienia przez pozostałych wykonawców, Zamawiający powinien dojść do wniosku, że Odwołujący nie popełnił błędu przy mnożeniu podanych wartości, ale przyjął odmienny od innych wykonawców sposób przedstawienia ceny jednostkowej, ostatecznie jednak dochodząc do prawidłowo ustalonej miesięcznej ceny wymiany ekranów. W ocenie Izby Zamawiający dysponował wszelkimi danymi, których nawet pobieżna analiza powinna wykluczyć możliwość poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej. Co więcej, Zamawiający zdawał sobie sprawę, że Odwołujący nie popełnił omyłki w kolumnie 8 Formularza, gdyż w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że omyłka dotyczy wartości wskazanej w kolumnie „cena jednostkowa”. Tym bardziej niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego polegające na poprawieniu omyłki rachunkowej w kolumnie dotyczącej ceny za jeden miesiąc.

Działania Zamawiającego nie usprawiedliwia treść punktu 16.11.2 SIWZ, który określa sposób poprawienia omyłek rachunkowych. Do zastosowania tego postanowienia SIWZ konieczne jest bowiem ustalenie (lub przyjęcie racjonalnie usprawiedliwionego założenia), że określone wartości wpisane w formularzu cenowym są wynikiem omyłki powstałej przy wykonywaniu działań arytmetycznych. Dopiero w takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany byłby poprawić omyłkę tak, jak to opisał w punkcie 16.11.2 SIWZ. W analizowanej sprawie, z powodów wskazanych powyżej, nic nie uprawniało Zamawiającego do przyjęcia założenia, że ma do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Mimo to Zamawiający automatycznie zastosował przedmiotowe postanowienie SIWZ, co należy uznać za niezasadne.

Usprawiedliwieniem działań Zamawiającego nie jest również treść udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 73 do SIWZ, w której Zamawiający potwierdził, że wyliczenie kolumny 8 w Formularzu cenowym następuje poprzez przemnożenie kolumny 4 i 7. Należy bowiem stwierdzić, że oceniając ofertę Zamawiający nie powinien poprzestać wyłącznie na weryfikacji działań arytmetycznych i bezkrytycznie oraz automatycznie przyjmować każdej rozbieżności za oczywistą omyłkę rachunkową, ale powinien ocenić, czy istotą stwierdzonej rozbieżności jest rzeczywiście niezamierzony błąd w działaniach na liczbach.

Należy zauważyć, że nawet jeżeli Zamawiający uznawał, że nie ma podstaw samodzielnie zinterpretować sposobu wypełnienia poz. 195 Formularza, to powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Gdyby

to zrobił, uzyskałby pewność, że wartości wpisane przez Odwołującego w Formularzu cenowym nie są wynikiem omyłki rachunkowej, lecz wynikiem świadomego działania związanego z przyjęciem założenia, że w kolumnie 4 należy przedstawić – zgodnie z literalnym określeniem zawartym we wzorze Formularza – cenę wymiany 1m² paneli ekranów akustycznych.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że zarówno cena netto za jeden miesiąc przedstawiona w poz. 195 Formularza, jak i cena ogółem oferty Odwołującego, są porównywalne z cenami przedstawionymi przez pozostałych wykonawców. Wszyscy wykonawcy bowiem obliczyli cenę w poz. 195 tak samo, tyle że w innej kolejności wykonując działania matematyczne mające doprowadzić do obliczenia ceny miesięcznej. Przystępując pomnożyli 1/72 ceny 1m² paneli ekranów akustycznych (co wynika z porównania podanych przez nich cen jednostkowych do cen rynkowych i co – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym podczas rozprawy było przez niego oczekiwane) przez ilość przewidzianą do wykonania, Odwołujący zaś pomnożył cenę jednostkową przez ilość, a następnie podzielił to przez 72 miesiące. Wyniki obu tych działań są analogiczne. Zatem cena miesięczna z oferty Odwołującego, jak i cena oferty ogółem, powinny być uznane przez Zamawiającego za prawidłowe. Zamawiający powinien jedynie rozważyć potrzebę poprawienia ceny jednostkowej, tak aby stanowiła ona „miesięczną cenę jednostkową”, czyli de facto 1/72 ceny jednostkowej. W ocenie Izby postanowienia SIWZ i wzoru umowy uzasadniają wątpliwości, w jaki sposób powinna być wypełniona kolumna 4 „cena jednostkowa”. Z jednej strony należało wyliczyć należności miesięczne, z drugiej poz. 195 dotyczy elementu zamówienia odmiennego rodzajowo od innych, którego rozliczanie miesięczne jest konstrukcją sztuczną i wywołującą wątpliwości interpretacyjne. Skoro jednak Zamawiający stoi na stanowisku, że wartość w kolumnie 4 powinna wynosić 1/72 ceny jednostkowej, to powinien poprawić wartość wpisaną przez Odwołującego w poz. 195 Formularza w kolumnie 4, wpisując wartość 3,47 zł, wówczas również ta wartość będzie porównywalna z innymi ofertami. Przyjmując stanowisko Zamawiającego, że taka dyrektywa wynikała z postanowień SIWZ, to należałoby dojść do wniosku, że omyłka wystąpiła w kol. 4, a nie 8 Formularza i nie miała ona charakteru rachunkowego, ale polegała na niezgodności oferty z treścią SIWZ. Poprawienie takiej omyłki nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty, nie wpłynęłoby bowiem ani na cenę elementu wycenionego w poz. 195 Formularza, ani na cenę oferty ogółem.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że dokonując poprawek w ofercie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez jego bezzasadne zastosowanie, a w konsekwencji naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. b 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).

Przewodniczący: