Sygn. akt .KIO/UZP 1436/07,

KIO/UZP 1451/07

WYROK
z dnia 21 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Grzegorz Mazurek**

Członkowie: **Izabela Niedziałek**
Andrzej Niwicki

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/rozprawie* w dniu/~~w dniach~~* **20.12.2007r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **13.12.2007r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A.; Warszawa, ul. Konstruktorska 11 a

B. SKANSKA S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186** protestów:

A Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Warszawa, ul. Konstruktorska 11 a z dnia **15.11.2007r.**
B SKANSKA S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9 z dnia **12.11.2007r**.

przy udziale ~~zgłaszającego~~/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego ~~po stronie odwołującego się, oraz~~

- Konsorcjum firm: Dywidag Bau GmbH – Lider Konsorcjum, Mies-van-Rohe-Strasse 6, D-80807 Monachium,
- Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Warszawa, ul. Konstruktorska 11 a
po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)
z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 1578 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A.; Warszawa, ul. Konstruktorska 11 a**

B koszty w wysokości 1578 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SKANSKA S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9**

2) dokonać wpłaty kwoty 3156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 1578 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186** na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A.; Warszawa, ul. Konstruktorska 11 a** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,

B kwoty 1578 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 186** na rzecz

SKANSKA S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

4) dokonać zwrotu kwoty 76844 zł 0 gr (słownie: siedemdziesiąt sześć tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 38422 zł 0 gr (słownie: trzydzieści osiem tysięcy czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A.; Warszawa, ul. Konstruktorska 11 a**

B kwoty 38422 zł 0 gr (słownie:. trzydzieści osiem tysięcy czterysta dwadzieścia dwa złote zero groszy) na rzecz **SKANSKA S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9**

U z a s a d n i e n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane – „Budowa mostu przez rzekę Odrę wraz z estakadami na odcinku od km 18+174 do 19+960 w ciągu Autostradowej Obwodnicy Wrocławia A-8" nr GDDKiA o/wr-19/PO/R/9/2007". Wstępne ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 9 lutego 2007r., powołanie komisji przetargowej nastąpiło w dniu 2.04.2007r. a ogłoszenie do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zostało przekazane w dniu 3.04.2007r. Termin składania wniosków wyznaczono na 7.05.2007r. W wyniku badania wniosków wykluczono wykonawcę – Konsorcjum Hydrobudowa 6 S.A. (lider)-Warbud S.A. - Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. - Płockie Przedsiębiorstwo Robót Mostowych S.A.-Eurovia Polska S.A. Wykonawca złożył protest, który został oddalony, następnie złożono odwołanie od oddalenia tego protestu, które zostało rozpoznane w dniu 25.06.2007r. – Zespół Arbitrów oddalił to odwołanie. W dniu 28.08.2007r. wystosowano zaproszenie do składania ofert do 5 wykonawców. Termin składania ofert wyznaczono na 30.10.2007r. Do tego dnia oferty złożyło 4 wykonawców:
- Budimex Dromex,

- Konsorcjum Dywidag Bau GmbH – Mies van der Rohe-Strabag Sp. z o.o. zwane dalej Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag,
- Skanska S.A.,
- Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A.-Acciona Infraestructuras S.A., zwane dalej Konsorcjum Mostostal-Acciona.

W dniu 8.11.2007r. Zamawiający dokonał poprawienia omyłek rachunkowych w ofertach Wykonawców Konsorcjum Mostostal-Acciona oraz Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag. Ponadto w dniu 8.11.2007r. Zamawiający dokonał poprawienia ofert wykonawców - Konsorcjum Mostostal-Acciona oraz Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag.

W ofercie Wykonawcy Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag dokonał poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny :

- w kosztorysie ofertowym nr 1 – Wymagania Ogólne – poz. 7 „Dostarczenie, urządzenie i usunięcie po zakończeniu robót zaplecza Wykonawcy" – **kwotę 49 135 286, 98 poprawił na 48 423 926, 98 zł,** poz. „Razem do przeniesienia do tabeli elementów scalonych" **kwotę 167 582 511, 68 zł poprawił na 166 871 151, 68 zł,**

- w kosztorysie ofertowym nr 2 – Roboty drogowe – poz. „Razem Roboty drogowe do przeniesienia do tabeli elementów scalonych" **kwotę 5 228 198,71 na 5 228 198, 72.**

Ponadto sprostował omyłkę pisarską w Kosztorysie ofertowym nr 6 – Roboty branżowe – poz. 197 „Przygotowanie podłoża pod mocowanie osprzętu" gdzie podano ilość jednostek **380** a powinna być **388,** a w konsekwencji poprawił cenę z wartości **2 257,20** zł na wartość **2 304,72 zł**. W związku z powyższym poprawił łączną wartość kosztorysu nr 6 „Roboty branżowe" z wartości **6 065 308, 61 zł** na wartość **6 065 356, 14 zł**. W konsekwencji zmienił „Tabelę wartości elementów scalonych" - w poz. 1 – „Kosztorys 1. Wymagania Ogólne" – ze **167 582 511,68 zł** na **166 871 151, 68 zł**. W poz. 2 – „Kosztorys 2 – Roboty drogowe – z **5 228 198,71 zł** ma **5 228 198,72 zł**. W poz. 6 Kosztorys 6 – z **6 065 308,61 zł** na **6 065 356,14 zł**. Na tej podstawie zmienił wartość pozycji „Razem" na kwotę **370 364 147,44 zł,** która po dodaniu podatku VAT – **81 480 112,44 zł** dała ogólną wartość **451 844 259,88 zł**. Wykonawca w dniu 14.11.2007r. wyraził zgodę na dokonanie tych poprawek oraz przesłał w załączeniu poprawiony formularz 2.3 – Tabelę wartości elementów scalonych.

Na czynność poprawy w ofercie Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag w dniu 12.11.2007r. wpłynął protest Skanska S.A. – przystąpienie do niego zgłosiły Konsorcjum Mostostal Warszawa – Acciona – po stronie Protestującego (pismo to było zarazem protestem samodzielnym oraz przystępieniem do protestu Skanska S.A.), oraz Konsorcjum

Dywidag Bau Rohe Strabag – po stronie Zamawiającego 16.11.2007r. Protest został rozstrzygnięty w dniu 22.11.2007r. Odwołanie zostało wniesione w dniu 26.11.2007r.

Protestujący stwierdził, że czynność poprawienia omyłki pisarskiej z 380 na 388 jednostek w kosztorysie ofertowym nr 6 – Roboty branżowe – poz. 197 – „Przygotowanie podłoża pod mocowanie osprzętu" jest niezgodna z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W ocenie Protestującego przez oczywistą omyłkę należy rozumieć widoczną, niezamierzoną niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka a sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty.

Przystępujący do protestu po stronie Protestującego poparł argumenty przytoczone przez Protestującego. Ponadto stwierdził, że Zamawiający poprawił omyłkę rachunkową dot. Kosztorysu ofertowego nr 1 poz. 7 w ofercie Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag niezgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 1a PZP, gdyż niezasadne jest zastosowanie do poprawienia tej pomyłki tego przepisu, a Zamawiający powinien rozważyć możliwość zastosowania art. 88 ust. 1 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych, co jednak jest niemożliwe w tym przypadku, więc nastąpić powinno odrzucenie tej oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa Zamówień Publicznych. Opierał swoją argumentację o ryczałtowy charakter ww. ceny.

Argumentacja Zamawiającego dzieliła się na następujące części:

- omyłka, błąd,
- oczywistość i bezsporność tej omyłki,
- jej pisarski charakter,
- niezmienność treści oferty w wyniku poprawy.

Zamawiający w oddaleniu protestu wskazał na wykładnię językową, z której wynikało, że w sytuacji zachodzącej w przedmiotowym postępowania nastąpił bezsporny błąd w zakresie pisowni. Wpisanie w jednej z pozycji przedmiaru liczby 388 zamiast 380 było w jego ocenie takim błędem. Dodatkowym argumentem było to, że wykonawcy mieli za zadanie proste przekopiowanie liczb w przedmiarach w wyniku czego popełnienie omyłki w tym zakresie nie może budzić wątpliwości. To, że omyłka ta miała charakter pisarski zamawiający argumentował tym, że „wyraz" jest elementarną jednostką języka, znakiem pewnego przedmiotu lub treści a pisownia to postać graficzna wyrazów zgodna z ustalonymi normami. To, że w sprawie niniejszej nie zmieniła się w istocie treść oferty Zamawiający podkreślił tym, że to on narzuca treść oferty w zakresie, jaki będzie wykonany, natomiast 380 ani 388 jednostek w jednej z pozycji kosztorysu nie należy do treści oferty, ponieważ składając ofertę, która jest oświadczeniem woli zawarcia umowy wykonawca godzi się na jego wymagania w tym zakresie.

W odwołaniu Wykonawca Skanska S.A. wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 Prawa Zamówień Publicznych przez nieuprawnione poprawienie błędu

w ofercie Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag. Wskazano, że nieuzasadnione jest twierdzenie o „przekopiowaniu" ilości robót przez Wykonawcę w ofercie. Kolejnym argumentem było to, że w konsekwencji nieuzasadnionego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, która następnie została poprawiona nastąpiło dokonanie niedozwolonej zmiany ceny oferty. Następnie wskazał na bezzasadność twierdzenia Zamawiającego o tym, że ilości robót w przedmiarze – a w konsekwencji sam przedmiar nie są treścią oferty. Odwołujący wskazał, że istota ceny oferty wynika z tych wartości. Ponadto Odwołujący powołał się na szereg orzeczeń Zespołów Arbitrów na potwierdzenie słuszności swojej tezy. Na koniec stwierdził, że fakt obliczania wynagrodzenia wykonawcy poprzez obliczenie iloczynu ceny jednostkowej oraz ilości wykonanych robót nie ma istotnego znaczenia w tej sprawie, gdyż w pkt 9.2 SIWZ jednoznacznie wskazano sposób obliczenia ceny oferty. W konsekwencji w przedmiotowej sytuacji, kiedy wykonawca dokonał obliczenia ceny w inny sposób niż określono w SIWZ – powinno to prowadzić jego zdaniem do odrzucenia oferty.

Ponadto w dniu 15.11.2007r. na czynność poprawienia w ofercie Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag wpłynęło pismo wykonawcy – Konsorcjum Mostostal-Acciona zatytułowane „Protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne/ Przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku protestu. Przystąpienie do niego zgłosiły - Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag po stronie Zamawiającego 19.11.2007r. oraz Skanska S.A. – po stronie Protestującego 19.11.2007r. Protest został rozstrzygnięty w dniu 23.11.2007r. Odwołanie wniesiono w dniu 27.11.2007r.

Z protestu/przystąpienia tego wynikało, że omyłka pisarska to m.in. widoczne wbrew zamierzeniom wykonawcy, niewłaściwe użycie wyrazu, mylna pisownia, błąd gramatyczny a nawet niezamierzone opuszczenie wyrazu – pod warunkiem, że dotyczą spraw nieistotnych dla treści oferty. Ponadto zacytowano obszerne fragmentu wyroku Zespołu Arbitrów na poparcie swoich tez. Z wywodów Wykonawcy wynikało, że zmiana jednostek z 380 na 388 w ofercie, a następnie poprawienie tego przez Zamawiającego, jest niezgodne z przepisami Prawa Zamówień Publicznych. Kolejnym zarzutem było to, że Zamawiający poprawił omyłkę rachunkową dot. Kosztorysu ofertowego nr 1 poz. 7 w ofercie Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag niezgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 1a PZP, gdyż niezasadne jest zastosowanie do poprawienia tej pomyłki tego przepisu a Zamawiający powinien rozważyć możliwość zastosowania art. 88 ust. 1 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych, co jednak jest niemożliwe w tym przypadku, więc nastąpić powinno odrzucenie tej oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa Zamówień Publicznych.

W przystąpieniu do protestu Wykonawca Skanska S.A. wskazywał na istnienie interesu prawnego po swojej stronie argumentując, że do chwili rozstrzygnięcia dotyczącego ofert ma interes w uzyskaniu zamówienia na równi z innymi wykonawcami. Ponadto poparł argumenty Protestującego.

Zamawiający w oddaleniu protestu wskazał na wykładnię językową, z której wynikało, że w sytuacji zachodzącej w przedmiotowym postępowania nastąpił bezsporny błąd w zakresie pisowni. Wpisanie w jednej z pozycji przedmiaru liczby 388 zamiast 380 było w jego ocenie takim błędem. Dodatkowym argumentem było to, że wykonawcy mieli za zadanie proste przekopiowanie liczb w przedmiarach, w wyniku czego popełnienie omyłki w tym zakresie nie może budzić wątpliwości. To, że omyłka ta miała charakter pisarski Zamawiający argumentował tym, że „wyraz" jest elementarną jednostką języka, znakiem pewnego przedmiotu lub treści a pisownia to postać graficzna wyrazów zgodna z ustalonymi normami. To, że w sprawie niniejszej nie zmieniła się w istocie treść oferty Zamawiający podkreślił tym, że to on narzuca treść oferty w zakresie, jaki będzie wykonany, natomiast 380 ani 388 jednostek w jednej z pozycji kosztorysu nie należy do treści oferty, ponieważ składając ofertę, która jest oświadczeniem woli zawarcia umowy wykonawca godzi się na jego wymagania w tym zakresie.

W odwołaniu Wykonawca - Konsorcjum Mostostal-Acciona wskazał, że popiera zarzuty zawarte w proteście i przystąpieniu do protestu. Ponadto w odniesieniu do rozstrzygnięcia odwołania wskazał, że zaniżenia z 388 do 380 szt oferowanych robót nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, gdyż oczywiste omyłki mogą dotyczyć wyłącznie strony formalnej tekstu oferty, a poprawienie błędu nie może prowadzić do zmiany poszczególnych warunków oferty. Ponadto nie zgodził się z interpretacją Zamawiającego, zgodnie z którą wykonawca mógłby w ofercie wskazać tylko i wyłącznie cenę jednostkową a resztę Zamawiający mógłby sam uzupełnić. Ponadto wskazał na pkt 9.4 SIWZ, zgodnie z którym zakazane jest samodzielne wprowadzanie zmian do przedmiarów robót. Ponadto stwierdził, że taka ocena prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi do ustalenia dla każdego z wykonawców różnych norm ich oceny.

Do obydwu odwołań przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Dywidag Bau Rohe Strabag podzielając w pełni argumentację Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba zważyła i ustaliła, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający dokonał bezpodstawnej poprawy omyłki pisarskiej, co w rezultacie doprowadziło do niezgodnych z ramami wyznaczonymi w ustawie Prawo Zamówień Publicznym popraw omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny a w ostatecznej kolejności – zmiany ceny w ofercie.

Odnośnie tego, czy błąd polegający na wpisaniu liczby 380 zamiast 388 w pozycji 197 kosztorysu ofertowego nr 6 w spowodował powstanie oczywistej omyłki pisarskiej – należy wskazać na to, że jej poprawienie nie może prowadzić do zmiany treści oświadczenia woli. Trzeba tutaj wskazać zarówno na ustaloną linię orzecznictwa jak również doktryny. Zgodzić należy się z twierdzeniem, że „za oczywistą omyłkę nie może być uznana taka zmiana w tekście oferty, która prowadzi do zmiany jej treści" (J. Pieróg, Komentarz do ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Ch Beck, Warszawa, 2004). Z kolei W. Dzierżanowski wskazuje na to, że „w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane, natomiast wprowadzenie jakiejkolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli." (W. Dzierżanowski, komentarz do art. 87 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, Lex).

Jak słusznie wskazuje P. Granecki – „… poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkować zmianą treści oferty, **lecz jedynie w znaczeniu technicznym (np. poprawienie „o" na „a"). Ważnym jest, aby w wyniku tej czynności nie zmieniła się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy."** (P. Granecki, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, CH Beck, Warszawa 2007). W niniejszej sytuacji nie można stwierdzić inaczej – ta niewielka poprawa spowodowała następnie kilka działań, które nie mają żadnego umocowania w przepisach. Nie ma możliwości wynikającej z przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych, która wskazywałaby na możność dokonania poprawek w merytorycznej treści oferty powstających w konsekwencji poprawienia omyłki pisarskiej. Należy w tym miejscu wskazać na zmiany w ustawie Prawo Zamówień Publicznych spowodowane koniecznością poprawiania kwoty podatku VAT w przypadku uzasadnionych popraw omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny – ustawodawca w 2007r. dokonał zmiany poprzez wprowadzenie przepisu art. 88 ust. 2 – gdzie wskazano, że „Zamawiający poprawiając omyłki rachunkowe zgodnie z ust. 1 uwzględnia konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek.". W przypadku dokonywania popraw związanych z oczywistymi omyłkami pisarskimi ustawodawca nie dał takiej możliwości Zamawiającemu.

Jedynym przepisem, który może dawać ewentualne uprawnienia do zmian jest art. 87 ust. 1 w części związanej z zastrzeżeniem dotyczącym poprawienia w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Jak jednak słusznie wskazał P. Granecki w cytowanym wyżej fragmencie – dotyczy to wyłącznie zmian „technicznych". Za zmianę „techniczną" nie można uznać poprawy omyłek rachunkowych – które w istocie nastąpiły dopiero w wyniku działania Zamawiającego, który dokonał poprawy

omyłki pisarskiej. Charakter tych omyłek rachunkowych również budzi wątpliwości – nie są one spowodowane błędem wykonawcy ale działaniem Zamawiającego mającym na celu poprawienie omyłki pisarskiej.

Obok ustalonej linii doktryny wypowiadającej się zgodnie za niemożnością poprawiania omyłek pisarskich powodujących zmianę treści oświadczenia woli istnieje również ustalona linia orzecznictwa potwierdzająca tą tezę. W pierwszej kolejności wskazać należy na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, z którego wynikało, że „Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny." (SO w Warszawie, V Ca 1514/02). Orzeczenie to jest wydane w stosunku do art. 44 ustawy z dnia 10 czerwca 1994r. o zamówieniach publicznych. Obecne brzmienie odpowiadającego temu przepisowi art. 87 ustawy Prawo Zamówień Publicznych zawiera co prawda zastrzeżenie dopuszczające ewentualną zmianę treści w ofercie ale jak wynika ze stanowiska doktryny, chodzi tutaj wyłącznie o zmiany mające charakter „techniczny", a za taką zmianę nie może zostać uznana zmiana ceny w ofercie.

Obok orzeczenia Sądu Okręgowego należy również wskazać na ustaloną linię orzecznictwa Zespołów Arbitrów, które to nie dopuszczały do możliwości zmian w oświadczeniu woli w przypadku konieczności poprawienia omyłek pisarskich oraz uznawały takie oferty za niezgodne z treścią SIWZ. W pierwszej kolejności wskazać należy na wyrok Zespołu Arbitrów sygn. akt UZP/ZO/0-1268/07, z którego wynikało, że w przypadku zmiany liczby dniówek – z 420 na 400 – należy taką zmianę uznać za złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Z wyroku o sygn. UZP/ZO/0-1673/06 wynikało bezpośrednio, że w przypadku błędu polegającego na przyjęciu innej niż wymagana liczba jednostek miar w kosztorysie ofertowym – nie można go poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Kolejnym przywołanym orzeczeniem jest wyrok Zespołu Arbitrów o sygn. UZP/ZO/0-913/05 gdzie stwierdzono, że to wykonawca powinien prawidłowo sporządzić ofertę a w innym przypadku na Zamawiającego należałoby przerzucić ciężar prawidłowego sporządzenia oferty wykorzystując w tym celu przepisy art. 87 ust. 2 i art. 88 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że w przypadku szerokiego rozumienia zastrzeżenia zawartego w art. 87 ust. 1 PZP, a dotyczącego zmiany treści oferty w przypadku konieczności dokonania poprawy oczywistych omyłek pisarskich lub omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny należałoby się liczyć z możliwością poprawiania dużej liczby błędów pisarskich w przypadku innych ofert. W przedmiotowej sytuacji występuje tylko jeden błąd – którego poprawienie w istocie implikuje dokonanie kilku następnych popraw – tym razem omyłek rachunkowych. Mogło to budzić wątpliwości Zamawiającego i chęć zrobienia „wyjątku" dla takiego przypadku. Należy jednak pamiętać, że mogłoby to

spowodować wyłom w zasadzie niezmienności merytorycznej treści oferty, a w konsekwencji do powstania działań w swojej istocie sprzecznych z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, jakimi są zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O ile argumentacja Zamawiającego oparta o definiowanie „omyłki, błędu" i jej „pisarskiego charakteru" wydaje się być słuszną w odniesieniu do przedmiotowej sytuacji to wątpliwości budzi jej „oczywistość i bezsporność", natomiast nawet gdyby przyjąć, że odpowiada ona tym wymaganiom to działanie Zamawiającego sprzeczne jest z zakazem zmiany merytorycznej treści oferty zawartym w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, jak wynika z wyżej przytoczonej argumentacji.

W odniesieniu do pozostałej argumentacji przedstawianej przez Zamawiającego – Izba nie zgadza się z tezą jakoby fakt rozliczania się wykonawcy z zamawiającym na podstawie odbioru wykonanych faktycznie robót powodował to, że przedmiar załączony do oferty nie stanowi jej treści. Jak wynika z § 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego przedmiar robót wchodzi w skład dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Istotny charakter i rola dla zamówień publicznych na roboty budowlane w przypadku tego dokumentu jest podkreślany w dalszej części tego aktu prawnego. Wątpliwości Zamawiającego wynikające ze sposobu ostatecznego rozliczania się z wykonawcą za wykonane roboty nie powodują powstania faktu „braku znaczenia" dla dokumentu przedmiaru robót, co mogłoby powodować ewentualne zmiany w przypadku błędów w jego treści, które to błędy powodowałyby konieczność zmiany ceny w ofercie. Podkreślić również należy to, że nawet w przypadku rozliczania się na podstawie faktycznie wykonanych robót to zmiana ceny w ofercie nie może przekroczyć 10 procent – a w związku z tym, że cena w ofercie podawana jest na podstawie przedmiaru robót, to jednak wypada stwierdzić, że nie ma on znaczenia „symbolicznego" ale jest istotnym dokumentem decydującym w dużej mierze o ostatecznym charakterze prac.

Charakteru przedmiaru nie zmienia również brzmienie art. 66 ust. 1 Kodeksu cywilnego, które wskazuje na to, że oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy. Faktu godzenia się wykonawcy na brzmienie przedmiaru, ustalone przez Zamawiającego, nie należy mylić z istotą tego dokumentu, który – nawet rozumiany jako podstawa do określania przyszłych robót – stanowi część dokumentacji projektowej, a tym samym decyduje w dużej części o rezultacie przyszłego wykonawstwa. O ile należy się zgodzić na możliwość poprawiania oczywistych błędów pisarskich, które dotyczą nazw poszczególnych jednostek lub ich kolejności, braku liter w poszczególnych nazwach, błędów w oznaczeniach symboli,

to jednak nie można stwierdzić, że można poprawiać wartości powodujące w konsekwencji zmianę ceny całkowitej oferty.

W odniesieniu do dokumentu przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie na potwierdzenie swoich tez - kserokopii zaleceń pokontrolnych Prezesa UZP z dnia 31.10.2007r. – należało podkreślić, że słaba jakość kserokopii oraz niepoświadczenie ich przez uprawniony podmiot za zgodność z oryginałem powinna powodować nieuznanie tego dokumentu za dowód okoliczności w nim wymienionych. Ponadto należy wskazać, że z ogólnikowych stwierdzeń zawartych w tym dokumencie nie wynikają żadne okoliczności ,które mogłyby znaleźć zastosowanie w niniejszej sprawie. Samo podkreślone zdanie „Charakter „zmian" wskazuje jednak nie na zamierzone działanie wykonawcy ale na błędne przekopiowanie pozycji mające charakter oczywistej omyłki pisarskiej, którą zamawiający powinien poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych" w żaden sposób nie wskazuje, że „zmiany", o których mowa w tym zdaniu były analogiczne lub choćby podobne do zmian jakie nastąpiły w niniejszym postępowaniu.

Za nieprzekonujący i nieprzydatny w niniejszym postępowaniu Izba uznała również dowód z kserokopii pisma Generalne Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 24.07.2007r. przedstawiony przez Odwołującego się. Należy również podkreślić, że słaba jakość kserokopii oraz nie poświadczenie ich przez uprawniony podmiot za zgodność z oryginałem powinna powodować nieuznanie tego dokumentu za dowód okoliczności w nim wymienionych. Ponadto jednak odnosząc się do treści zawartej w tym dokumencie – „ze zdania „w kosztorysie oferty na stronie 15, Dział Ogólny poz. 1 – wartości podane przez wykonawcę w kolumnach: Cena jednostkowa" oraz „Wartość robót" różnią się" w połączeniu z wyżej wymienioną decyzją Zamawiającego w postaci odrzucenia z tego powodu oferty bynajmniej nie wynika dla przedmiotowego postępowania żadna okoliczność świadcząca o tym, czy działanie Zamawiającego naruszało jakieś przepisy ustawy Prawo Zamówień Publiczny. Jest to ogólne wskazanie na praktykę jednej z jednostek organizacyjnych Generalnej Dyrekcji w odniesieniu do zupełnie innego postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 1 należy stwierdzić, że niesłusznie wywodzi Odwołujący, iż Zamawiający ustalił w pozycji 7 kosztorysu nr 1 cenę ryczałtową w rozumieniu art. 88 ust. 1 pkt 3 PZP i to uniemożliwiło poprawienie tych omyłek na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 1 ppkt a) PZP, co w istocie spowodowało konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Z art. 88 ust. 1 pkt 3 PZP wynika, że ceną ryczałtową jest cena określona za cały przedmiot zamówienia albo jego część. Określenie „część" nie dotyczy jakiejkolwiek, nawet najmniejszej części zamówienia ale wyodrębnionej przez Zamawiającego części – w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, która następnie będzie mogła podlegać odrębnym

rozliczeniom. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wskazanie w kosztorysie nr 1 w pozycji 7 przy nazwie jednostki rozliczeniowej „ryczałt” nie powoduje uznania, że mamy tutaj do czynienia z ceną ryczałtową.

W związku z uwzględnieniem argumentacji Odwołujących dotyczącej niemożności poprawienia omyłki pisarskiej Izba uwzględnia obydwa odwołania i nakazuje dokonanie powtórnej oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **.....**

Przewodniczący:
.....

Członkowie:
…….

……..

_____

* *niepotrzebne skreślić*