

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Paweł Trojan

**Członkowie:** Agnieszka Trojanowska  
Agnieszka Bartczak-Żuraw

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 04.11.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum FCC Construccion S.A., c/Balmes 36, 08007 Barcelona - Hiszpania oraz ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** (adres do korespondencji: Sołtysiński & Szlęzak – Kancelaria Radców Prawnych i Adwokatów Spółka komandytowa, ul. Wawelska 15B, 02-034 Warszawa) od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad , ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** (adres do korespondencji: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin) protestu z dnia 19.10.2011 r. wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum FCC Construccion S.A., c/Balmes 36, 08007 Barcelona - Hiszpania oraz ERBUD S.A., ul.**

**Puławska 300A, 02-819 Warszawa** w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S 17, odcinek Kurów - Lublin - Piaski, zadanie nr 3: odcinek węzeł „Dąbrowica ”- węzeł „Lubartów ” (wraz z węzłem) i odcinek drogi krajowej nr 19 klasy GP: węzeł „Lubartów” - granica administracyjna miasta Lublin” (nr ref. GDDKIA-O/Lu-R2af/418/S17-Kurów-Piaski-3/90/11).

przy udziale wykonawcy **DRAGADOS S.A., Avda del Camino de Santiago 60, 28050 Madryt, Hiszpania** (adres do korespondencji DRAGADOS S.A. Oddział w Polsce, ul. Krowoderskich Zuchów 12, 31-272 Kraków) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum FCC Construcción S.A., c/Balmes 36, 08007 Barcelona - Hiszpania oraz ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum FCC Construcción S.A., c/Balmes 36, 08007 Barcelona - Hiszpania oraz ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa;**
- 2) zasądzić od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum FCC Construcción S.A., c/Balmes 36, 08007 Barcelona - Hiszpania oraz ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad , ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

### **do postanowienia z dnia 17 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 2390/11**

Zamawiający - Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad , ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa – Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa drogi ekspresowej S 17, odcinek Kurów - Lublin - Piaski, zadanie nr 3: odcinek węzeł „Dąbrowica ”- węzeł „Lubartów ” (wraz z węzłem) i odcinek drogi krajowej nr 19 klasy GP: węzeł „Lubartów” - granica administracyjna miasta Lublin” (nr ref. GDDKiA-O/Lu-R2af/418/S17-Kurów-Piaski-3/90/11).

Izba ustaliła co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 17.12.2009 r. oraz opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 22.12.2009 r. pod Nr 2009/S 246-352449.

Izba ustaliła, iż wszczęcie przedmiotowego postępowania nastąpiło w dniu 17.12.2009 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówienia w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej

W ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 21 września 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała orzeczenie w postaci wyroku w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO/UZP 1946/11. W powyższym orzeczeniu Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty DRAGADOS S.A, unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum FCC Construccion i ERBUD S.A., poprawienie oferty DRAGADOS S.A. poprzez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego w branży „Zabezpieczenie ekologiczne”, jak również czynność ponownej oceny ofert i wyboru oferty.

Zamawiający dokonał powyższych czynności, w tym pismem z dnia 06.10.2011 r. (znak GDDKiA-O/LU-R2af/418/S17-Kurów-Piaski-3/107/11) wszystkich poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DRAGADOS S.A. oraz o unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum FCC Construccion S.A. i ERBUD S.A.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 06.10.2011 r. (znak GDDKiA-O/LU-R2af/418/S17-Kurów-Piaski-3/108/11) poinformował wykonawcę DRAGADOS S.A. o

poprawieniu w jego ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek powodujących niezgodność treści złożonej oferty z treścią SIWZ. Czynność powyższa była spowodowana nie dołączeniem do oferty przez wykonawcę DRAGADOS S.A. kosztorysu ofertowego dotyczącego budowy ekranów akustycznych w branży „Zabezpieczenie ekologiczne”. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2011 r. (KIO/UZP 1946/11) ustalił ceny jednostkowe dla zakresu dotyczącego budowy ekranów akustycznych, przyjmując za podstawę wyliczenia uśrednione ceny jednostkowe dla tej branży, zawarte w ofertach innych wykonawców złożone w niniejszym postępowaniu z uwzględnieniem współczynnika (iloraz wartości poz. 14 Tabeli Elementów Scalonych z oferty DRAGADOS S.A. i średniej wartości tej pozycji dla pozostałych ofert), a następnie wyliczył wartość netto dla poszczególnych pozycji tego kosztorysu. Zamawiający w piśmie znak GDDKiA-O/LU-R2af/418/S17-Kurów-Piaski-3/108/11 wskazał ponadto, iż z uwagi na to, że ceny jednostkowe i wartości muszą być ustalone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, w konsekwencji zachodzi konieczność zweryfikowania wartości „Razem wartość netto Lp.(1-3) Kosztorysu ofertowego oraz pozycji 14 Tabeli Wartości Elementów Rozliczeniowych Wielobranżowa i Wielobranżowa Szczegółowa przedstawiając w tabeli dokonane poprawki. W powyższym piśmie Zamawiający zawarł pouczenie wskazując, iż jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie powyższych omyłek, Zamawiający odrzuci jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Oświadczenie o braku zgody na poprawienie omyłki powinno być złożone do Zamawiającego faksem na numer 81 534 92 39 a oryginał przekazanej treści powinien być przesłany pocztą w dniu nadania faksu. Zamawiający wskazał na zakończenie, iż brak odpowiedzi wykonawcy na niniejsze zawiadomienie zostanie przez Zamawiającego potraktowany jako zgoda na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wykonawca DRAGADOS S.A. pismem z dnia 07.10.2011 r. poinformował Zamawiającego, iż zgadza się na poprawienie wszystkich omyłek wskazanych w piśmie z dnia 06.10.2011 r. w sposób zaproponowany przez Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 10.10.2011 r. (znak GDDKiA-O/LU-R2af/418/S17-Kurów-Piaski-3/111/11) poinformował wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy DRAGADOS S.A. z cena ofertowa wynoszącą 474.801.609,99 zł brutto.

Na powyższą czynność wykonawca Konsorcjum FCC Construccion S.A. oraz ERBUD S.A. wniósł do Zamawiającego w dniu 19.10.2011 r. protest, a następnie w dniu 04.11.2011 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 oraz art. 7 ustawy Pzp; art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp; art. 193 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 365 ustawy

Kodeks postępowania cywilnego; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp; art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty wykonawcy DRAGADOS S.A. jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny wszystkich złożonych ofert, odrzucenie oferty wykonawcy DRAGADOS S.A. oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 17.12.2009 r. Izba ustaliła, iż na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz art. 4 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 233, poz. 1778) do rozpatrzenia niniejszego odwołania mają zastosowanie przepisy w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Następnie należy wskazać, iż zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp protest jest ostatecznie rozstrzygnięty, w przypadku wniesienia odwołania – z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby.

W niniejszym stanie faktycznym dokonane przez zamawiającego czynności należy wobec powyższego ocenić biorąc pod uwagę orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w postaci wyroku z dnia 21 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1946/11.

Izba w powyższym wyroku nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty DRAGADOS S.A, unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum FCC Construccion i ERBUD S.A., poprawienie oferty DRAGADOS S.A. poprzez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego w branży „Zabezpieczenie ekologiczne”, jak również czynność ponownej oceny ofert i wyboru oferty.

Izba ustaliła, iż Zamawiający dokonał wszystkich czynności nakazanych orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 1946/11.

Odwołujący przedmiotem zarzutów uczynił we wniesionym odwołaniu czynność poprawienia w ofercie wykonawcy DRAGADOS S.A. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji uczynił przedmiotem zarzutu wynik dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Protest oraz w następstwie odwołanie, będące przedmiotem rozstrzygnięcia w ramach niniejszego postępowania odwoławczego, kwestionuje czynność poprawienia przez Zamawiającego omyłek w treści oferty wykonawcy DRAGADOS S.A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, w zakresie podstaw faktycznych podniesionych w odwołaniu zarzutów, błędne ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych dla pozycji kosztorysów ofertowych dla branży „Zabezpieczenie ekologiczne” w taki sposób, że nowe ceny jednostkowe ustalone i uzupełnione przez Zamawiającego nie odzwierciedlają cen jednostkowych zaoferowanych przez DRAGADOS S.A. w ofercie złożonej w postępowaniu, zmieniają istotne postanowienia oferty złożonej przez tego wykonawcę, w tym wprowadzają nowe ceny jednostkowe nie zaoferowane przez DRAGADOS S.A. w ofercie oraz wpływają na zmianę łącznej ceny zaoferowanej za wykonania robót budowlanych w branży „Zabezpieczenie ekologiczne”, jak również stały się one częścią oferty wykonawcy DRAGADOS S.A. w wyniku negocjacji przeprowadzonych z tym wykonawcą z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oceniła, czy dokonana przez Zamawiającego czynność poprawienia w ofercie wykonawcy DRAGADOS S.A. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek poprzez uzupełnienie cen jednostkowych dla zakresu „Zabezpieczenie ekologiczne” została dokonana zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 1946/11.

Należy w tym miejscu wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 września 2011 r. nie określiła sposobu dokonania przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy DRAGADOS S.A. W uzasadnieniu zostało wskazane, iż czynność ta została pozostawiona w gestii Zamawiającego. Na str. 32 uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 1946/11 zostało wskazane, że: „Izba uznała jednocześnie za stosowne sposób tej korekty pozostawić w całości w gestii zamawiającego, aby wyeliminować jakikolwiek wpływ na ukształtowanie cen w sposób dogodny dla odwołującego po upływie terminu złożenia oferty, dający możliwość osiągnięcia korzyści na etapie obmiarów i rozliczeń”.

Literalna wykładnia przywołanego przez Odwołującego na str. 9 odwołania fragmentu uzasadnienia, odnoszącego się do zapisu znajdującego się na str. 33 uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 1946/11,

wskazuje, iż argument ten został podniesiony przez Izbę w kontekście możliwości zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a nie jako wytyczne dla dokonanych w przyszłości przez Zamawiającego czynności. Izba wskazała w przywołanym przez Odwołującego fragmencie uzasadnienia, iż: „W ocenie Izby, zachodziły przesłanki do poprawienia oferty odwołującego, która we wskazanej części jest sprzeczna z treścią SIWZ, ale jej poprawienie nie spowodowałoby istotnej zmiany jej treści, bowiem niezmienny pozostaje zakres rzeczowy robót kwestionowanej branży zabezpieczeń ekologicznych i cena za jego wykonanie, zaś ceny jednostkowe po ich uzupełnieniu w branży Zabezpieczenia ekologiczne, mieścić się będą w granicach ceny za ten element (robót) zamówienia”. Powyższy fragment należy zatem rozpatrywać w kontekście podniesionego w odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 1946/11 zarzutu i jedynie jako uzasadnienie uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym nie sposób uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 września 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 1946/11 znajdują się jakiegokolwiek wytyczne skierowane do Zamawiającego, które mogłyby wskazywać na sposób wykonania czynności i jej ewentualny wynik, a zatem brak jest podstaw do oceny wyniku dokonanej czynności w oparciu o uzasadnienie powyższego orzeczenia.

Na powyższe wskazują ponadto zarzuty, żądania oraz argumentacja zawarte w odwołaniu, które zostało rozpoznane pod sygn. akt KIO/UZP 1946/11. W ocenie Izby elementy te potwierdzają, że uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 września 2011 r. odnosi się jedynie do możliwości zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kontekście podniesionego zarzutu. Izba bowiem w uzasadnieniu, biorąc pod uwagę podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie wskazała, że przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych sprawy zasadne jest zastosowanie wobec oferty wykonawcy DRAGADOS S.A. instytucji uregulowanej w tym przepisie. Zatem tylko w tym zakresie została w uzasadnieniu użyta znajdująca się tam argumentacja. Za powyższym przemawia fakt, iż Izba rozpoznając odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1946/11 uznała, iż pomiędzy ofertą DRAGADOS S.A. a SIWZ zachodzi niezgodność co do treści, niezgodność ta stanowi inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jej poprawienie jest możliwe przez Zamawiającego samodzielnie i bez udziału wykonawcy oraz, że poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Argumentacja ta zatem została podniesiona w kontekście możliwości zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego tego przepisu. Odnosząc się do powyższego tylko w tym znaczeniu należy odczytywać przedstawioną przez Izbę w wyroku z dnia 21 września 2011 r. argumentację a nie, jak



sugeruje Odwołujący, jako wytyczne wskazujące na sposób realizacji nakazanej Zamawiającemu czynności.

Tym samym wskazana przez Odwołującego okoliczność, iż suma ustalonych przez Zamawiającego cen jednostkowych dla działu „Zabezpieczenie ekologiczne” nie odpowiada łącznej wartości netto dla wszystkich pozycji tego działu ustalonej przez wykonawcę w ofercie w wysokości 40.771.173,59 zł, w ocenie Izby nie potwierdza, iż czynność dokonana przez Zamawiającego została wykonana niezgodnie z wyrokiem o sygn. akt KIO/UZP 1946/11. Jak wskazał Odwołujący łączna wartość pozycji ustalonych przez Zamawiającego wynosi 40.771.173,63 zł i jest o 4 grosze wyższa od ceny zawartej w ofercie, co powoduje istotną zmianę postanowień oferty. Powyższa okoliczność została potwierdzona w toku posiedzenia przez Zamawiającego.

Po pierwsze, jak wyżej zostało wskazane, w orzeczeniu z dnia 21 września 2011 r. brak jest wiążących wytycznych co do sposobu oraz wyniku dokonanych przez Zamawiającego czynności. Po drugie, gdyby Izba takie wytyczne zawarła w uzasadnieniu orzeczenie nie odbiera to możliwości oceny wyników i skutków podjętych przez Zamawiającego czynności w odniesieniu do obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Nie sposób bowiem uznać, iż wytyczne Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w ramach uwzględnienia zarzutu i nakazujące zastosowanie określonej w przepisach normy prawnej byłyby bardziej rygorystyczne niż wytyczne zawarte w tej normie.

Jak wyżej wskazano dokonaną przez Zamawiającego czynność poprawienia zaistniałych w ofercie wykonawcy DRAGADOS S.A. niezgodności jej treści z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz wyników tej czynności należy ocenić w oparciu o normę prawną stanowiącą podstawę prawną jej dokonania. O istotnej zmianie treści oferty możemy mówić jedynie w przypadku, gdy w wyniku zastosowania art. 87 ust., 2 pkt 3 ustawy Pzp dochodzi w sposób istotny do odmiennego ukształtowania zakresu świadczenia, sposobu jego wykonania oraz w istotny sposób dochodzi do zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Zaistniała w niniejszym stanie faktyczny różnica wynosząca 4 grosze jest wynikiem braku możliwości wykonania arytmetycznych zaokrągleń. Zamawiający w toku posiedzenia przedstawił sposób i mechanizm uzyskania wartości jednostkowych dla robót działu „Zabezpieczenie ekologiczne”. Wskazał również jakie trudności napotkał realizując orzeczenie o sygn. akt KIO/UZP 1946/11. Podniósł, iż nie było możliwe dokonanie arytmetyczny wyliczeń w taki sposób, aby niejako „zmieścić się” w zaoferowanej przez Przystępującego kwocie. Powyższe okoliczności, podniesione przez Zamawiającego w toku posiedzenia, wskazują na obiektywny brak możliwości wykonania czynności w sposób umożliwiający uzyskanie zaoferowane przez Przystępującego wartości, tj. kwoty 40.771.173,59 zł. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż skutek w postaci ustalenia kwoty przekraczającej kwotę zawartą w ofercie Przystępującego o 4 grosze nie jest wynikiem

działań Zamawiającego, lecz niezależnego od niego i obiektywnego braku możliwości arytmetycznego wyliczenia tej wartości. Różnica ta, na co wskazał w toku posiedzenia Przystępujący, jest nieznaczna i nie ma wpływu na zakres świadczenia oraz wysokość wynagrodzenia, które zostanie dookreślone w przyszłości na etapie rozliczenia powykonawczego.

W odniesieniu do powyższego należy na marginesie wskazać, iż biorąc pod uwagę sposób rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji (rozliczenie powykonawcze) to na tym etapie istnieje możliwość dokonania korekty tego wynagrodzenia. Wszakże ustalone przez Zamawiającego ceny jednostkowe zakresu „Zabezpieczenie ekologiczne” mają li tylko ten skutek, iż umożliwiają rozliczenie robót na etapie ich realizacji. Zatem ustalone przez Zamawiającego ceny jednostkowe nie odnoszą się do sposobu wyliczenia wynagrodzenia i nie mają wpływ na jego ostateczną wysokość ale umożliwiają jedynie rozliczenie robót budowlanych na etapie ich wykonania. Tylko taki cel przyświecał Zamawiającemu w żądaniu rozbicia tej wartości na ceny jednostkowe.

W tym względzie Izba uznała, iż wskazana przez Odwołującego różnica arytmetyczna wynosząca 4 grosze nie prowadzi do uznania, iż doszło do istotnej zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba w wyroku z dnia 21 września 2011 r. nakazała Zamawiającemu zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż uznała, iż zostały spełnione wszystkie przesłanki umożliwiające dokonanie poprawienia zaistniałej w ofercie wykonawcy DRAGADOS S.A. omyłki. Izba nie przesądziła jednak jaki ma być wynik tej czynności, zatem wynik tej czynności winien zostać oceniony w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie sposób uznać, iż istnieją jakiegokolwiek inne wytyczne nakazujące ocenić wynik dokonanej przez Zamawiającego czynności w odmienny sposób. Tym samym ocena skutków prawnych dokonanej przez Zamawiającego czynności następuje w oparciu o obowiązujące przepisy prawa. W ocenie Izby, rozpoznającej niniejsze odwołanie, wskazana przez Odwołującego różnica 4 groszy, nie narusza hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. różnica ta nie stanowi istotnej zmiany treści oferty wskazując, iż czynność dokonana przez Zamawiającego jest czynnością prawidłową, gdyż Zamawiający wykonując orzeczenie Izby nie naruszył normy prawnej, której zastosowanie zostało nakazane tym orzeczeniem.

Podniesione przez Odwołującego w ramach niniejszego odwołania argumenty odnoszące się do kwestii wykonania przez Zamawiającego czynności niezgodnie z orzeczeniem Izby o sygn. akt KIO/UZP 1946/11 nie znajdują zatem uzasadnienia.

Zamawiający bowiem, zgodnie z sentencją wyroku z dnia 21 września 2011 r., dokonał w ofercie DRAGADOS S.A. poprawienia omyłek poprzez samodzielne

ukształtowanie cen jednostkowych dla Zabezpieczenia ekologicznego – budowa ekranów akustycznych, co jednocześnie nie doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty DRAGADOS S.A. w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym Zamawiający dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty DRAGADOS S.A, unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum FCC Construccion i ERBUD S.A., poprawienie oferty DRAGADOS S.A. poprzez ustalenie i uzupełnienie cen jednostkowych kosztorysu ofertowego w branży „Zabezpieczenie ekologiczne”, jak również czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty.

Jeżeli zaś chodzi o podniesione przez Odwołującego argumenty, że dokonana przez Zamawiającego czynność poprawienia w ofercie DRAGADOS S.A. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wynikiem nieuprawnionych negocjacji i nie odpowiada ona cenom zawartym w ofercie wykonawcy DRAGADOS S.A. Izba wskazuje, iż brak jest dowodów na poparcie powyższych twierdzeń. Po pierwsze Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby wskazywać, iż czynność ta odbyła się z udziałem wykonawcy DRAGADOS S.A. Mechanizm uregulowany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w powiązaniu z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazują jednoznacznie na niezależne od wykonawcy działanie zamawiającego w tym zakresie. Wyrażenie zgody przez Przystępującego, na co w ramach argumentacji o nieuprawnionych negocjacjach zwrócił uwagę Odwołujący, nie ma żadnego znaczenia prawnego. Jak wynika z powyższych przepisów czynność poprawienia omyłek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp staje się wiążącą dla wykonawcy tylko przez sam upływ 3-dniowego terminu wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie dochodzi ona do skutku jedynie w przypadku braku zgody wyrażonej przez wykonawcę, a więc wskutek złożenia sprzeciwu wobec tej czynności. Ewentualne wyrażenie zgody na taką zmianę, jak słusznie podniósł Przystępujący, może mieć jedynie charakter deklaracyjny i informacyjny dla zamawiającego. W taki sposób wykonawca bowiem może zasygnalizować, iż nie skorzysta z przysługującego mu z mocy ustawy Pzp prawa sprzeciwu. Taki mechanizm poprawienia omyłek wynika również z pouczenia zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 06.10.2011 r. informującego o ich dokonaniu. Kolejnym argumentem wskazującym, iż nie doszło do nieuprawnionych negocjacji jest wskazana przez Przystępującego okoliczność, której Odwołujący nie zaprzeczył, iż Zamawiający dokonując samodzielnie czynności poprawienia omyłek nie odniósł się i całkowicie pominął propozycje zawarte w odwołaniu DRAGADOS S.A. o sygn. akt KIO/UZP 1946/11. Tym samym nie sposób uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż doszło poprzez dopuszczalne prawem czynności prawnokształtujące do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym.

W odniesieniu do następnego argumentu należy wskazać, iż w ofercie brak było cen jednostkowych dla działu „Zabezpieczenie ekologiczne” i tym samym nie sposób uznać, iż

ustalone przez Zamawiającego w oparciu instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wartości mogą być z nimi niezgodne. W tym miejscu ponadto wymaga podniesienia okoliczność, iż jak wskazał w toku posiedzenia Zamawiający, wyliczony przez niego współczynnik wynoszący w przybliżeniu 0,95 stanowił stosunek ceny zaoferowanej przez Przystępującego do średniej cen wszystkich wykonawców, którzy złożyli w niniejszym postępowaniu oferty. Powyższe wskazuje, iż współczynnik ten odnosił się zatem do ceny oferty Przystępującego, a zatem uwzględnia on elementy oświadczenia woli Przystępującego złożone w ramach postępowania. Wskazać ponadto należy, iż dokonane za pomocą tego współczynnika wyliczenia wartości poszczególnych pozycji działu „Zabezpieczenie ekologiczne” odnosiło się do cen rynkowych. Ceny te były niezależnymi od Zamawiającego wartościami, a ponadto uwzględniały najbardziej reprezentatywną część rynku odnoszącą się do tożsamego przedmiotu zamówienia uwzględniającego identyczne okoliczności faktyczne.

Biorąc pod uwagę powyższe brak jest podstaw do uznania, iż dokonana przez Zamawiającego czynność jest wynikiem nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą DRAGADOS S.A., oraz że czynność ta nie odzwierciedla treści oświadczenia woli złożonego przez Przystępującego.

W ocenie Izby z okoliczności sprawy wynika, iż protest oraz odwołanie dotyczy czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem Izby.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy Pzp. Z powyższego przepisu wynika, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu. Jak słusznie wskazał Odwołujący w tym zakresie brak jest tożsamości podmiotowej pomiędzy wnoszącym niniejsze odwołania a wnoszącym odwołanie, które zostało rozpoznane pod sygn. akt KIO/UZP 1946/11, jak również brak jest tożsamości przedmiotowej zarzutów oraz kwestionowanych czynności.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....