Sygn. akt KIO 542/16

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SEMIT T. M. z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Lotnicza 41, 43-300 Bielsko-Biała (lider konsorcjum) oraz „INSTALEKT" M. M. i J. J. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Lotnicza 41,43-300 Bielsko-Biała (partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bielsko-Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej, ul. Grażyńskiego 10,43-300 Bielsko-Biała**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. M. TLS z siedzibą w Mikołowie, ul. Słowicza 10, 43-190 Mikołów (lider konsorcjum) oraz B. W. i D. W. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „ELEKTROSERWIS" s.c. D. W., B. W. z siedzibą w Mysłowicach, ul. Powstańców 15B, 41-400 Mysłowice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 542/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie

---

ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SEMIT T. M. z siedzibą w Bielsku-Białej oraz „INSTALEKT" M. M. i J. J. Spółka jawna z siedzibąw Bielsku-Białej, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SEMIT T. M. z siedzibą w Bielsku-Białej oraz „INSTALEKT" M. M. i J. J. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku-Białej i dokonanie poprawienia w ofercie tego wykonawcy – w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek

2.kosztami postępowania obciąża **Miasto Bielsko-Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku-Białej, ul. Grażyńskiego 10, 43-300 Bielsko-Biała** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SEMIT T. M. z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Lotnicza 41, 43-300 Bielsko-Biała (lider konsorcjum) oraz „INSTALEKT" M. M. i J. J. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Lotnicza 41, 43-300 Bielsko-Biała (partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Miasta Bielsko-Biała – Miejskiego Zarządu Dróg w Bielsku-Białej, ul. Grażyńskiego 10, 43-300 Bielsko-Biała** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SEMIT T. M. z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Lotnicza 41, 43-300 Bielsko-Biała (lider konsorcjum) oraz „INSTALEKT" M. M. i J. J. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku-Białej, ul.**

Lotnicza 41,43-300 Bielsko-Biała (partner konsorcjum) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Bielsku-Białej.**

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt KIO 542/16

Uzasadnienie

Miasto Bielsko-Biała – Miejski Zarząd Dróg w Bielsku Białej, zwane dalej „zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie urządzeń sygnalizacji świetlnej w granicach miasta Bielska-Białej".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 stycznia 2016 r., nr 2016/S 018-027880.

W dniu 4 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SEMIT T. M. z siedzibą w Bielsku-Białej (lider konsorcjum) oraz „INSTALEKT" M. M. i J. J. Spółka jawna z siedzibą w Bielsku-Białej (partner konsorcjum), zwanych dalej „odwołującym", o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, dodając, że „przedmiotowy przypadek spełnia również przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający podał m.in., że po weryfikacji dokonanej kalkulacji, tj. po podstawieniu do wzoru poszczególnych wynagrodzeń α, β, γ i δ otrzymano wynik odmienny (tj. 950.544,00 zł brutto za 24 miesiące utrzymania, w tym 39.606,00 zł brutto za miesięczne utrzymanie) niż wysokość wynagrodzenia wskazana przez wykonawcę. Niezgodność ta stanowi błąd w obliczeniu ceny, którego konsekwencją jest odrzucenie oferty wykonawcy. Błąd ten bowiem nie może zostać zakwalifikowany jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ. Bieżące utrzymanie stanowi najistotniejszą część przedmiotu zamówienia a wynagrodzenie za jego wykonanie ma największy udział procentowy w cenie całkowitej oferty. Skutkiem potraktowania stwierdzonej omyłki jako innej i dokonania jej poprawienia byłoby bowiem zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy za miesięczne bieżące utrzymanie o 11.193.000,00 zł brutto i w konsekwencji zmniejszenie wynagrodzenia za bieżące utrzymanie w okresie 24 miesięcy o 269.632,00 zł brutto Różnica wyniosłaby zatem ponad 22% co jest zmianą zasadniczą, powodującą istotną zmianę w treści oferty wykonawcy.

W dniu 13 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2016 r.) od czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust, 1 pkt 6 ustawy Pzp - poprzez uznanie, iż oferta odwołującego obarczona jest błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu tego przepisu i z tego powodu podlega odrzuceniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez uznanie, iż oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na to, iż rzekomo nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ",
3. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez brak jego zastosowania skutkujący

przyjęciem, iż błędy w niektórych kwotach zawartych w punkcie 3.1.1 oferty odwołującego nie podlegają korekcie jako oczywiste omyłki rachunkowe,

4. ewentualnie, z dalej idącej ostrożności naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zobowiązania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, przy skorygowaniu oczywistych omyłek rachunkowych występujących w pkt 3.1.1 oferty oraz w zakresie łącznej ceny przedmiotu zamówienia,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., że nie ulega wątpliwości, iż w zakresie czynności obliczeniowych, których wyniki zostały zawarte w punkcie 3.1.1. oferty odwołującego, istotnie doszło do błędnego wskazania określonych kwot - czego jednak nie sposób postrzegać jako błędu kwalifikowanego, skutkującego obligatoryjnym odrzuceniem oferty. Analiza przedmiotowego przypadku prowadzi bowiem do wniosku, iż mamy tu do czynienia z oczywistymi omyłkami rachunkowymi - a więc „błędami" tego rodzaju, których konwalidacja była nie tylko jak najbardziej dopuszczalna przepisami ustawy, ale wręcz obowiązkowa z punktu widzenia prawidłowego zachowania się zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem wykonawcy, do przyjęcia tego rodzaju tezy jako w pełni uzasadnionej, skłaniał nie budzący wątpliwości fakt, iż w istocie - w zakresie zakwestionowanej przez zamawiającego części 3.1.1. oferty - jedynym i wyłącznym miejscem na zawarcie przez wykonawcę własnych „autorskich" wartości, pozostawały pozycje oznaczone tu jako:

α - tj. cena ryczałtowa miesięcznego utrzymania jednego skrzyżowania z sygnalizacją świetlną z grupy „A",

β - cena ryczałtowa miesięcznego utrzymania jednego osygnalizowanego przejścia dla pieszych z grupy „B",

γ - cena ryczałtowa miesięcznego utrzymania jednego przejścia dla pieszych z sygnalizacją ostrzegawczą z grupy „C" oraz

δ - cena ryczałtowa miesięcznego utrzymania jednego pylonu witacza z grupy „D".

Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do złożenia oferty pozostawało przedstawienie proponowanej przez siebie ceny miesięcznej za utrzymanie jednej sygnalizacji/pylonu w każdej: z podanych grup (A B, C, D) - przy czym parametry wzoru opisanego przez zamawiającego w punkcie 18.1.1. Instrukcji dla Wykonawców pozostawały w tej mierze na moment składania ofert stałe - a więc siłą rzeczy nie dopuszczały w tym zakresie żadnych odchyleń, od wartości jasno opisanych w SIWZ i nie pozwalały na jakąkolwiek w tym zakresie ingerencję ze strony wykonawcy.

Wynik w postaci kwoty łącznej miesięcznego wynagrodzenia netto uzyskany miał być poprzez zastosowanie określonego wzoru matematycznego, jednoznacznie określonego przez zamawiającego w treści Instrukcji, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, gdzie poza podanymi wyżej parametrami zastosowanie znajdowały jeszcze elementy opisane literami a, b, c, oraz d - które jednak również posiadały charakter stały (na dzień przedstawienia oferty) i z góry przez zamawiającego podany. Innymi słowy stwierdzić należy, iż - stosując się do wzoru podanego przez zamawiającego na obliczenie łącznej wartości proponowanego miesięcznego wynagrodzenia netto - należało poczynić tylko i wyłącznie określone czynności o czysto rachunkowym charakterze, sprowadzające się do pomnożenia zaproponowanych przez wykonawcę cen jednostkowych (α, β, γ i δ) przez podane przez zamawiającego stałe wartości liczbowe oraz parametry wzoru o charakterze na dzień złożenia oferty constans (A, B, C, D oraz a, b, c, d). Oczywistym pozostaje, iż to na etapie podstawiania jasno i w sposób nie budzący wątpliwości cen jednostkowych netto (α, β, γ i δ) do wzoru podanego przez zamawiającego, doszło do omyłki - mającej charakter oczywisty oraz wybitnie rachunkowy.

Kalkulacja wszelkiego rodzaju ofert siłą rzeczy rozpoczyna swój bieg od dokonania kalkulacji elementów o charakterze jednostkowym - w tym wypadku cen jednostkowych za miesięczne utrzymanie sygnalizacji czy pylonów z każdej z grup urządzeń. Z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania absurdalnym byłoby, aby dany wykonawca

przyjmował z góry określoną cenę łączną brutto (i to w dodatku w wysokości nie stanowiącej jakiejkolwiek „okrągłej" sumy) - by następnie poprzez karkołomne w tym momencie operacje matematyczne dochodzić do cen jednostkowych netto.

Mając na uwadze powyższe uwagi za punkt wyjścia w sprawie należało i należy przyjąć z SIWZ określony w ofercie poziom cen prawidłowo, jednoznacznie i zgodnie jednostkowych netto (elementy α, β, γ i δ). A skoro tak, to dla odczytania, rzeczywistej woli oferenta oraz wysunięcia wniosku o omyłce rachunkowej ustalić należało - w drodze prostych matematycznych obrachunków, iż:

wynagrodzenie miesięczne netto stanowić winno kwotę 32.200 złotych, −

podatek VAT stanowić powinien kwotę 7.406 złotych, −

wynagrodzenie miesięczne brutto stanowić winno kwotę 39.606 złotych - a następnie, −

co za tym logicznie następuje:

wynagrodzenie łączne netto za okres 24 m-cy winno stanowić kwotę 772.800 złotych, −

podatek VAT stanowić winien kwotę 177.744 złote oraz −

wynagrodzenie łączne brutto za okres 24 m-cy winno stanowić kwotę 950.644 złote. −

W konsekwencji powyższego, mając na uwadze stały i niekwestionowany charakter kwoty zadeklarowanej w punkcie 3.1.2 oferty, ostateczna cena brutto za całość zamówienia (punkt 3) winna opiewać na kwotę 1.507.242 złote (suma pozycji 3.1.1. i 3.1.2.).

W dniu 14 kwietnia 2016 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 15 kwietnia 2016 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą W. M. TLS z siedzibą w Mikołowie oraz B. W. i D. W. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą „ELEKTROSERWIS" s.c. D. W., B. W. z siedzibą w Mysłowicach, zwani dalej „konsorcjum TLS", przystąpili do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający opis sposobu obliczenia ceny oferty zamieścił w rozdziale 18 SIWZ.

„18.1.1. Cena za bieżące utrzymanie i konserwację drogowych sygnalizacji świetlnych oraz pylonów wita czy, o których mowa w formularzu oferty pkt 3.1.1. powinna zawierać wszystkie koszty związane z ich prawidłowym funkcjonowaniem zgodnie ze Specyfikacją Techniczną. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie opłaty celne, wszystkie podatki i inne.

(…)

Wykonawca przedstawi cenę miesięczną za utrzymanie 1 sygnalizacji w każdej z podanych grup (α, β, γ i δ wg ST.). Cena ofertowa za miesięczne bieżące utrzymanie i konserwację stanowi sumę iloczynów obliczanych wg wzoru: (…)".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Podstawą wyliczenia miesięcznego wynagrodzenia wszystkich typów sygnalizacji -

jak niewątpliwie wynika z treści SIWZ - były ceny miesięcznego utrzymania sygnalizacji z grupy A, B, C i D, będące następnie podstawą wyliczenia wynagrodzenia za utrzymanie i konserwację sygnalizacji w okresie 24 miesięcznym, a w konsekwencji ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, sumując pozycje z punktu 3.1.1. oraz 3.1.2. To w SIWZ zamawiający podał bowiem, że „cena ofertowa za miesięczne bieżące utrzymanie i konserwację stanowi sumę iloczynów przedstawionego wzoru (…)", wskazując przy tym, że „cena za bieżące utrzymanie i konserwację drogowych sygnalizacji świetlnych oraz pylonów witaczy, o których mowa w formularzu oferty pkt. 3.1.1. powinna zawierać wszystkie koszty związane z ich prawidłowym funkcjonowaniem zgodnie ze Specyfikacją Techniczną. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie opłaty celne, wszystkie podatki i inne". Tak więc cena miesięcznego utrzymania sygnalizacji z danej grupy te wszystkie elementy powinna zawierać. Zamawiający podał bowiem w jaki sposób ma być cena obliczona.

Także sam zamawiający, weryfikując dokonaną przez odwołującego kalkulację, dokonał tego poprzez podstawienie elementów stałych (wynikających z SIWZ) i miesięcznego utrzymania sygnalizacji z danej grupy podaną przez odwołującego w formularzu oferty (na powyższe wskazał zamawiający na stronie 2 uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty odwołującego). Tym samym potwierdzając, że kalkulacji należało dokonać w taki sposób jak uczynił to odwołujący, a więc wychodząc od kwoty miesięcznego utrzymania sygnalizacji z danej grupy i, dokonując następnie kolejnych działań matematycznych (wyliczając wynagrodzenie 24 miesięczne oraz cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia - na cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia składa się bowiem wynagrodzenie z punktu 3.1.1. oraz wynagrodzenie z punktu 3.1.2.).

Wobec powyższego zamawiający obowiązany był do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, gdyż błąd popełniony przez odwołującego taki charakter niewątpliwie ma. Oczywistą omyłką rachunkową jest bowiem błąd popełniony

przez wykonawcę w dokonanych przez niego obliczeniach i polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który można poprawić wyłącznie w jeden sposób. Odwołujący taki błąd popełnił (omyłkę w obliczeniach), który, mając na uwadze treść SIWZ (opis obliczenia ceny wskazany przez zamawiającego), da się poprawić w jeden określony sposób. A ponadto omyłka ta (błąd) może być uznana za oczywistą, gdyż jest bezsporna i niebudząca wątpliwości (podstawienie podanych cen jednostkowych do wzoru jednoznacznie wskazuje na błąd w postaci wyniku określonych działań matematycznych).

Izba nie znalazła podstaw do uznania, że w ofercie odwołującego występuje błąd w obliczeniu ceny. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jest bowiem błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. W tym zaś przypadku poprawienie omyłek w ofercie odwołującego jest możliwe. Tym samym zamawiający zobowiązany jest do ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych zmian.

W niniejszym stanie faktycznym nie może być również mowy o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Błędne czy też omyłkowe obliczenie ceny - jak słusznie podniósł odwołujący – nie może być utożsamiane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołującego potwierdziły się.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba oddaliła wniosek pełnomocnika odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą z uwagi na treść § 3 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zgodnie z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, gdyż pełnomocnik odwołującego rachunków wymaganych ww. rozporządzeniem nie złożył.

Przewodniczący: ……..……