

WYROK
z dnia 30 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 maja 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 maja 2011 r.** przez wykonawcę **Izabelę Woźną prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BESTBAU Izabela Woźna z siedzibą w Chodzieży, ul. Ujska 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 2A**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Izabeli Woźnej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BESTBAU Izabela Woźna z siedzibą w Chodzieży, ul. Ujska 1** i dokonać poprawienia omyłki w ofercie tego wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 2A**:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Izabelę Woźną prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą BESTBAU Izabela Woźna z siedzibą w Chodzieży, ul. Ujska 1** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 2A** na rzecz **Izabeli Woźnej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BESTBAU Izabela Woźna z siedzibą w Chodzieży, ul. Ujska 1** kwotę **14 528 zł 49 gr** (słownie: czternaście tysięcy pięćset dwadzieścia osiem złotych czterdzieści dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, zastępstwa prawnego i dojazdu.

1

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

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na termomodernizację budynku Komendy Powiatowej Policji w Chodzieży zostało wszczęte przez zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu, ul. Jana Kochanowskiego 2A ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 kwietnia 2011r. za numerem 2011-80362. W dniu 18 maja 2011r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a w dniu 19 maja 2011r. poinformował o wynikach postępowania wykonawców. W informacji tej wskazał, że dokonał wyboru oferty **Odnova Modlibowscy Spółka Jawna z siedzibą w Skokach, ul. Rogozińska 5** oraz, że odrzucił ofertę **Izabeli Woźnej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BESTBAU Izabela Woźna z siedzibą w Chodzieży, ul. Ujska 1** – dalej odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), z uwagi na błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający w

załączniku nr 6 dokumentacja wykonawcza w pozycji 49 „Rusztowanie zewnętrzne ramowe Plettac Kombi o wysokości do 15 m” podał następujący obmiar : ilość – 9,88, jednostka miary 100m² . Wykonawca natomiast dla określenia ceny jednostkowej użył wartości „ilość 100” oraz „jednostka miary m²”. Według zamawiającego pominięcie wartości 9,88 sprowadza się do działania przeprowadzonego w oparciu o wadliwe dane. Odwołujący, zdaniem zamawiającego, przyjął błędne założenie, co do oczekiwanego przez zamawiającego sposobu wyliczenia ceny. Wartość 100 pojawia się również w przedmiotowej pozycji przedmiaru, który załączył sam odwołujący. Zamawiający wskazał na postanowienie pkt. 5 rozdziału XI SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić wszystkie pozycje przedmiarowe i nie mogli samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów. Zamawiający uznał także, że zakres zmian wprowadzonych przez wykonawcę do pozycji przedmiarowych uniemożliwia korektę zmiany jako omyłki i należy tę zmianę kwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny.

Z powyższą czynnością zamawiającego nie zgodził się odwołujący i w dniu 23 maja 2011r. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy w związku z odrzuceniem jego oferty oraz art. 87 ust 2 pkt 2 i 3 w związku z zaniechaniem obligatoryjnego obowiązku dokonania poprawienia oferty. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest najtańszą ofertą spośród wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym przy jedynym kryterium wyboru oferty jakim jest 100 % ceny. Czynność odrzucenia z postępowania godzi w jego interes prawny ponieważ uniemożliwia wykonanie przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z rozdziałem XI SIWZ zatytułowanym OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY wykonawca zobowiązany był do określenia ceny w kosztorysie ofertowym sporządzonym w

3

formie kosztorysu uproszczonego na podstawie przedmiaru. Ponadto zobowiązany był do określenia ceny jednostkowej netto dla jednostki miary pozycji przedmiaru. W pozycji 49 przedmiaru zamawiający określił jednostkę miary jako krotność m² wyrażoną w postaci 100 m² przy obmiarze 9,88. Rzeczywisty obmiar wynosi więc 988 m² . Jednostką miary powierzchni jest m². Odwołujący wskazał, że w jego ofercie doszło do oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż kosztorysant przepisując wartości dokonał zmiany jednostki z m² na 100m². Jednak program kosztorysowy, w którym odwołujący wykonuje kosztorysy nazwany SYKAŁ firmy SOFTBUD na wydruku oraz po zaakceptowaniu krotności cały czas pokazuje podstawową jednostkę miary jaką jest „m²” dokonując automatycznego przeliczenia. Kosztorysant w dalszej części w obmiarze wpisał omyłkowo liczbę 1, co po przemnożeniu dało wartość 100. Omyłka polega więc tylko i wyłącznie na błędnym wpisaniu samej wartości. Odwołujący wskazał, że w kosztorysie w pozycji 49 podaliśmy cenę 1 m² wynoszącą 5,63 zł netto, zatem zamawiający znając cenę 1 m² oraz znając powierzchnię wynoszącą 988 m² , zobowiązany był do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem jej konsekwencji. Wartość ostateczna pozycji 49 wynosi w tej konkretnej sytuacji 5 562,44 zł netto. Odwołujący uznał, że zmiana jednostki z „100 m²” na „m²” nie powoduje zmiany jednostki miary, a tylko jej krotności. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust 2 ustawy PZP zamawiający obligatoryjnie zobowiązany jest do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w jej treści. Tak więc uznanie że wartość 9,88 pomnożona przez 100 m² jest tożsamą wręcz identyczną z wartością 988 mnożoną przez m² jest zgodne z zapisami ustawy PZP. Zamawiający bez żadnego dodatkowego kontaktu z wykonawcą korzystając tylko i wyłącznie z danych określonych w naszym kosztorysie w pozycji 49 powinien, według odwołującego, dokonać poprawienia tylko ilości z 100 na 988 mnożąc ją przez 5,63 lub chcąc uzyskać nie tylko prawidłową wartość pozycji ale i jej formę przyjmując jednostkę miary 100m² jednocześnie mnożąc cenę jednostkową 5,63 x 100 i mnożąc to przez 9,88. Wynik byłby taki sam przy zachowaniu formy danej pozycji przedmiarowej. Konsekwencją poprawienia tej oczywistej omyłki rachunkowej jest wzrost wartości oferty o 5 562, 44 zł netto pomniejszony o wartość już przyjętą w kosztorysie a więc 563,00 zł. Wartość dodana wynosi więc 4 999,44 netto. Wartość oferty po poprawie wyniesie 207 518,06 zł netto plus 23 % podatku VAT co da kwotę brutto 255 247,21 zł. Wartość całej oferty wrosła więc tylko o ok. 2,4 %. Wartość oferty odwołującego nawet po korekcie ceny pozostaje najniższa w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Odwołujący podniósł, że kosztorys zawiera 53 pozycje w 5 działach. Jeden z najmniej istotnych dla realizacji

przedmiotowego zamówienia działów i znajdująca się tam jedna pozycja o numerze 49 faktycznie omyłkowo zawiera nieprawidłową ilość obmiaru rusztowania, a więc 100 m². Jednak wszystkie pozostałe pozycje i zawierające się w nich zakresy pracy, materiałów,

4

sprzętu i robocizny są prawidłowe i zgodne z wymaganiami SIWZ. Pozycja 49 kosztorysu określa materiał, który jako jedyny nie staje się własnością zamawiającego i służy wyłącznie ułatwieniu wykonania danego zadania. Odwołujący na poparcie swego stanowiska, co do dopuszczalności i obowiązku zamawiającego poprawienia omyłki rachunkowej przywołał wyrok Izby z dnia 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11, wyrok z dnia 26 maja 2010 r. sygn. akt KIO 845/10, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09. Odwołujący do odwołania załączył dowody w postaci notatki służbowej sesji otwarcia ofert z dnia 5 maja 2011r. oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 maja 2011r. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy odwołującego, zgodnie z zaświadczeniem o wpisie do Ewidencji działalności gospodarczej, załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 20 maja 2011r. i przesłana listem poleconym w dniu 21 maja 2011r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w dniu 23 maja 2011r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 26 maja 2011r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika. W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, że odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy było prawidłowe. Wskazał, że błędem w obliczeniu ceny jest każdy błąd inny niż oczywista omyłka rachunkowa lub inna omyłka o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Podniósł, że różnica pomiędzy oczywistą omyłką rachunkową, a błędem w obliczeniu ceny polega na tym, że w pierwszym przypadku zachodzi niezgodność w wyniku rachunku arytmetycznego w stosunku do prawidłowo przeprowadzonego działania na podstawie prawidłowych danych, natomiast w drugim przypadku niezgodność będzie wynikiem przyjęcia nieprawidłowych danych do obliczenia ceny, bądź niezastosowania się do sposobu obliczenia ceny opisanego w siwz, a w konsekwencji uzyskanie ceny ofertowej innej niż w przypadku postępowania zgodnie z instrukcjami zamawiającego. Odwołujący powinien był obliczyć iloczyn cen jednostkowych netto i ilości jednostek miary pozycji przedmiaru, a przemnożył oferowaną cenę jednostkową przez jednostkę miary nie mnożąc przez ilość jednostek miary. Oznacza to, według zamawiającego, że popełnił błąd w obliczeniu ceny, gdyż do działania arytmetycznego podstawiał inne wartości niż wymagane przez zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że omyłka polegała jedynie na błędnym wpisaniu jednej wartości. Nadto wskazał, że w jego ocenie, taki błąd nie byłby omyłką rachunkową, a pisarską. Zamawiający uważa także, iż nie było możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż poprawienie pomyłki dotyczącej sposobu obliczenia ceny w zakresie innym niż błędy rachunkowe, jest wykluczone, bo prowadziłoby do sanowania oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Takie działanie

5

zamawiającego byłoby, jego zdaniem, niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji o wyniku postępowania oraz dowodu z oględzin programu Sykal.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że :

W rozdziale V Wykaz oświadczeń i dokumentów, które wykonawca winien złożyć wraz z ofertą w pkt 3 siwz - Inne wymagane dokumenty zamawiający wymagał załączenia wypełnionego i podpisanego formularza ofertowego o treści określonej w załączniku nr 1 do SIWZ wraz z kosztorysem ofertowym łącznie z tabelą elementów scalonych, zbiorczym zestawieniem materiałów, sprzętu i robocizny. W rozdziale XI Opis sposobu obliczenia ceny

zamawiający zawarł następujące postanowienia :

1. Wykonawca określi cenę oferty w kosztorysie ofertowym sporządzonym w formie kosztorysu uproszczonego na podstawie przedmiaru.
2. Wykonawca określi cenę jednostkową netto dla jednostki miary pozycji przedmiaru.
3. Wykonawca obliczy wartość netto jako iloczyn cen jednostkowych netto i ilości jednostek miary pozycji przedmiaru.
4. Cena oferty zostanie obliczona przez zsumowanie w tabeli elementów scalonych wartości netto wszystkich pozycji wymienionych w tabeli i dodaniu podatku VAT.
5. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiarów.
6. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z zakresu rzeczowego, a ponadto wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania zamówienia, w tym zwłaszcza podatek VAT, zebranie koniecznych materiałów, dokumentów, uzgodnień, pozwoleń, koszty robót przygotowawczych, zabezpieczających, porządkowych, zagospodarowania i urządzenia placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), prac zabezpieczających istniejące elementy budynku i jego otoczenia, wykonywania sprawdzeń oraz wykonania dokumentacji powykonawczej.
7. Cena musi być wyrażona w PLN cyfrowo z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz słownie w odpowiednim miejscu formularza ofertowego.
8. Cena może być tylko jedna.

6

Zgodnie z rozdziałem XII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Zgodnie z § 4 załącznika nr 5 do siwz – wzór umowy, zamawiający postanowił, że zapłaci wykonawcy wynagrodzenie umowne w kwocie brutto, w tym podatek od towarów i usług VAT. Wynagrodzenie to stanowi maksymalną wartość zobowiązania Zamawiającego i jest wynagrodzeniem kosztorysowym w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie robót stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z ust. 4. Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z umową realizacji robót, polecić Wykonawcy dokonywanie takich zmian jakości i ilości, jakie będą niezbędne dla wykonania przedmiotu niniejszej umowy, a Wykonawca powinien wykonać każde z poniższych zaleceń:

- 1) zwiększyć lub zmniejszyć ilość robót objętych kosztorysem ofertowym,
- 2) pominąć wykonanie wskazanych robót,
- 3) wykonać roboty nieprzewidziane.

Jeżeli roboty wynikające z wprowadzonych powyższymi postanowieniami zmian, nie odpowiadają opisowi pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym, wykonawca przedłoży do akceptacji zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych od określonych przez wykonawcę w Wykazie stawek i narzutów i w Wykazie cen materiałów i sprzętu, a dla materiałów, sprzętu i transportu, dla których ceny nie zostały określone w tych dokumentach – cen nie wyższych od średnich cen materiałów, sprzętu i transportu publikowanych w wydawnictwie „Sekocenbud” w miesiącu, w którym kalkulacja jest sporządzana oraz nakładów rzeczowych określonych w Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR), a w przypadku robót, dla których nie określono nakładów rzeczowych w KNR, wg innych ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych zaakceptowanych przez zamawiającego. Jeżeli cena jednostkowa przedłożona przez wykonawcę do akceptacji zamawiającemu będzie skalkulowana niezgodnie z tymi postanowieniami określonymi, zamawiający wprowadzi korektę ceny opartej na własnych wyliczeniach. Ewentualne roboty zamiennie, zlecone w ramach zakresu przedmiotowego niniejszej umowy oraz w trybie jej zmiany, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy, zostaną rozliczone zaakceptowanym przez zamawiającego kosztorysem różnicowym, przy czym zmiana umowy w tym zakresie nie może spowodować przekroczenia wysokości wynagrodzenia określonego w ust. 1. Strony zgodnie ustalają, że w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy lub jej części, a także w przypadku zmniejszenia zakresu

robót, wynagrodzenie zostanie odpowiednio pomniejszone o wartość robót, od wykonania których odstąpiono lub o które pomniejszono zakres robót. Wartość tych robót zostanie wyliczona na podstawie cen jednostkowych. Wynagrodzenie zawiera wszelkie koszty

7

związane z ostateczną realizacją zamówienia wynikające wprost z zakresu rzeczowego, a ponadto wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania zamówienia, w tym zwłaszcza podatek VAT, zebranie koniecznych materiałów, dokumentów, uzgodnień, pozwoleń, koszty robót przygotowawczych, zabezpieczających, porządkowych, zagospodarowania i urządzenia placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), prac zabezpieczających istniejące elementy budynku i jego otoczenia, wykonywania sprawdzeń oraz wykonania dokumentacji powykonawczej.

W załączniku nr 6 Przedmiar w części D Element: Rusztowanie (poz. 49 kosztorysu) wskazano postawę wyceny - KNR 2-021621-02-10, wyszczególnienie robót :Rusztowanie zewnętrzne ramowe „Plettac KOMBI” o wysokości do 15 m, jednostkę miary 100 m 2 ilość : 9,88.

W ofercie odwołującego na stronach znajduje się kosztorys ofertowy, gdzie na stronie 4 kosztorysu ofertowego w dziale 4 pozycji 1 wskazano : postawę wyceny - KNR 202-16-21-02-10, wyszczególnienie robót :Rusztowanie ramowe zewnętrzne „plettac KOMBI” wys do 15 m, jednostkę miary m 2 ilość : 100,000, cenę jednostkową 5,63, wartość 563,00

W postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami brutto :

oferta odwołującego – 249 097,90zł.,

oferta Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowe Kinga Czysta z Przygodzic – 251 322,28zł.

(oferta odrzucona),

oferta Odnowa Modlibowscy spółka jawna ze Skoków – 280 097,46zł.,

oferta PHU Inter-Bud Przemysław Grabowski z Rogoźna – 290 717,88zł.

oferta Thermbau Polska sp. z o.o. z Piły – 305 638,51zł.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena. Oferta odwołującego jest tańsza od oferty wybranej. W przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący miałby zatem szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci kosztów przygotowania oferty oraz utraty zysku jaki zakładał osiągnąć z uzyskanego zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

8

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo tego, że nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a zaistniała omyłka może być usunięta w drodze poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie w części, w jakiej dotyczy zaniechania zamawiającego poprawienia innej niezgodności treści oferty z treścią siwz w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający zaniechał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej. Rację należy przyznać zamawiającemu, że omyłka rachunkowa polega na wadliwym wykonaniu działań arytmetycznych, czyli omyłką rachunkową nie może być wadliwe podanie stawek, ilości, jednostek obmiarowych, podstaw kosztorysowania czy opisów pozycji kosztorysowych. W przedmiotowej sprawie sam odwołujący zarówno w odwołaniu jaki i na rozprawie przyznał, że popełnił pomyłkę, co do ilości jednostek obmiarowych i zamiast ilości 988 podał 100. Ponadto w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy dla omyłki rachunkowej ustawodawca postawił wymóg oczywistości, aby omyłka mogła być uznana za oczywistą, musi być widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości. Nie może wymagać żadnej specjalnej analizy czy też wiedzy. W przypadku omyłki popełnionej przez odwołującego, dla jej stwierdzenia konieczna jest analiza nie tylko kosztorysu ofertowego, ale

także przedmiarów czyli załącznika nr 6. Oznacza to, że aby wykryć omyłkę odwołującego nie wystarczy zbadać poprawność wykonanych przez niego działań arytmetycznych, ale ustalić czy dane przyjęte do ich wykonania są prawidłowe. W takiej sytuacji nie sposób uznać, że omyłka popełniona przez odwołującego jest oczywista. Izba uznała, że zamawiający nie był zobowiązany do poprawienia omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Odwołujący jednoznacznie zaofertował w poz. 1 działu 4 kosztorysu ofertowego jednostkę miary m^2 i ilość 100, a niewątpliwie przedmiar w załączniku nr 6 dla tej pozycji przewidywał jednostkę miary $100m^2$ i ilość 9,88. Zatem nie zachodziły tu wątpliwości, co do rzeczywistego zakresu oferty odwołującego oraz tego, że zachodzi niezgodność oferty z postanowieniami siwz w tym zakresie. Niewątpliwie zamawiający w rozdziale XI dotyczącym sposobu obliczenia wskazał, na charakter wynagrodzenia oraz sposób obliczenia ceny z uwzględnieniem sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego. Dla weryfikowania prawidłowości sporządzenia oferty nie ma znaczenia, to jaki charakter ma wynagrodzenie na etapie realizacji umowy, choć z § 4 wzoru umowy jednoznacznie wynika, iż było to wynagrodzenie kosztorysowe. Zamawiający oczekiwał przedstawienia obliczenia ceny w formie kosztorysu ofertowego zgodnie z przedmiarami z załącznika nr 6. Zatem złożenie kosztorysu ofertowego istotne było dla weryfikacji oferty, czy jej

9

zakres jest zgodny z zakresem przedmiarów. W ocenie Izby, mimo wskazania na obowiązek ścisłego wypełnienia kosztorysu zgodnie z przedmiarami i zakaz samodzielnych zmian kosztorysu, mogą zachodzić odstępstwa pomiędzy sformułowaniami przedmiaru, a kosztorysu ofertowego pod warunkiem, że wykonawca jest w stanie wykazać, że zakres pod względem przedmiotowym odpowiada przedmiarom. Sama okoliczność, iż zamawiający zabronił zmian w kosztorysach, a wykonawca swoim oświadczeniem ogólnym przyjął warunki uczestnictwa w postępowaniu - ustalone w SIWZ, nie wyłącza obowiązku zamawiającego nałożonego przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawy popełnionych omyłek w ofercie wykonawcy, w sytuacji gdy tylko taka poprawa jest dopuszczalna i możliwa w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dopuszczalne jest poprawianie omyłek w kosztorysach ofertowych wykonawców, z zastosowaniem wszystkich możliwych podstaw takich czynności określonych przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postanowienia siwz nie mogą bowiem zwalniać zamawiającego z wykonania jego ustawowych obowiązków. Zamawiający uprawniony i zobowiązany był do zweryfikowania ofert wykonawców pod względem kompletności i poprawności przedłożonych przez nich kosztorysów ofertowych. Nie oznacza to jednak, że wszystkie niezgodności w ramach pozycji kosztorysowych skutkowały koniecznością odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawodawca nakazał bowiem zamawiającemu dokonywać poprawy omyłek tj. oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność oferty odwołującego z treścią siwz nie jest oczywistą omyłką pisarską, ani oczywistą omyłką rachunkową. Nie zwalniało to jednak zamawiającego z obowiązku ustalenia czy pomyłka popełniona przez odwołującego w poz. 1 działu 4 kosztorysu ofertowego nie jest inną omyłką polegającą na niezgodności z treścią siwz, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jak ustalono wyżej bezsporne jest, że odwołujący pomylił się i podał inną, niż wymagana przedmiarem ilość jednostek miary. Przedmiotem sporu pomiędzy stronami była natomiast kwalifikacja prawna tej sytuacji oraz to, czy odwołujący popełnił omyłkę także, co do jednostki miary. W zakresie omyłki dotyczącej jednostki miary, Izba uznała za przekonujący i wiarygodny dowód z oględzin programu Sykał zaprezentowany na rozprawie. Wynika z niego, że program kosztorysujący odwołującego nie daje możliwości zmiany jednostki miary na jednostkę pomocniczą $krotną m^2$, a krotność tę uwzględnia w ramach ilości. W ocenie Izby nie jest to omyłka, a cecha własna programu, a z zasady przemienności mnożenia wynika, że dla poprawności rachunkowej działania nie jest istotne to czy wynik nastąpił poprzez przemnożenie krotności jednostki miary razy ilość jednostek miary, razy cena jednostkowa, czy w wyniku

10

mnożenia automatycznego ilości jednostek razy krotność następnie pomnoży się wszystko przez cenę jednostkową. Wynik takiego działania będzie ten sam. W ocenie zatem Izby brak

odzwierciedlenia w jednostce miary zastosowanej krotności, a uwzględnienie jej w ilości nie stanowi omyłki, ani niezgodności z treścią siwz. Potwierdza to zresztą działanie samego zamawiającego, który w odniesieniu do pozycji 5 działu 2 kosztorysu ofertowego odwołującego, mimo analogicznej sytuacji uwzględnienia krotności w ilości jednostek miary, zamawiający nie uznał tej pozycji za wadliwą. W ocenie Izby nie sposób podzielić stanowiska zamawiającego, że każda omyłka w obliczeniu ceny inna niż oczywista omyłka rachunkowa jest błędem w obliczeniu ceny, który skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pojęcie "innej omyłki" nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażań czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z SIWZ. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. O tym, że również omyłki dotyczące sposobu obliczenia ceny inne niż oczywiste omyłki rachunkowe powinny podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, świadczy choćby uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 września 2008 r. (Dz.U. Nr 171, poz. 1058), która wprowadziła art. 87 ust. 2 ustawy w aktualnym brzmieniu. Ustawodawca wskazał bowiem „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie

11

dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.". Powyższy cytat wskazuje, że celem nowelizacji było dopuszczenie możliwości poprawy ilości, stawek, miary czy podstaw kalkulacji. Granicę kwalifikacji danej pomyłki, jako innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, wyznacza zatem nieostre pojęcie „niepowodujące istotnych zmian w treści oferty". Oznacza to, że zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do badania istotności zmiany, której omyłką dotyczy. W orzecznictwie Izby z omyłki nienadające się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 3 pkt 3 ustawy uznawane są przykładowo: brak pozycji kosztorysowej, brak podania ceny jednostkowej, zaferowanie czy taka zmiana opisu, która dla ustalenia omyłki wymaga złożenia nowego oświadczenia woli składającej ofertę. W przedmiotowej sprawie takie okoliczności nie zachodzą. Zamawiający mógł dokonać poprawy samodzielnie wiedząc, że wymagał jednostki miary 100m² i ilości 9,88, a odwołujący zaferował jednostkę miary m² i ilość 100 oraz cenę jednostkową 5,63zł, poprzez przemnożenie danych podanych przez odwołującego przez 9,88. Gdyby taki sposób dokonania poprawy był niezgodny z intencją odwołującego, to mógłby odmówić zgody na poprawę omyłki, godząc się wówczas z odrzuceniem swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy. Dokonanie poprawy poprzez powyższą korektę w pozycji 1 działu 4 nie wpływa znacząco na wysokość zobowiązania odwołującego i nie jest zmianą istotną. Nie wpływa także na pozycję oferty odwołującego względem innych ofert złożonych w postępowaniu. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest jedynym przypadkiem kiedy zamawiający informuje wykonawcę o poprawieniu omyłki, wynika to właśnie ze specyficznego charakteru tej omyłki, która nie musi być omyłką oczywistą, jest na pewno niezgodnością z

treścią siwz i jednocześnie może powodować zmiany w treści oferty, pod warunkiem, że nie są one istotne. Na marginesie jedynie wskazać należy, że Izba nie podziela poglądu zamawiającego, że o istotności zmiany w treści oferty decyduje, to czy zmiana nie wpływa na cenę. Izba stoi na stanowisku, że taka interpretacja tego przepisu jest nieuprawniona i nie znajduje odzwierciedlenia w przepisie ustawy. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielkim w stosunku do całego przedmiotu oferowanego zakresie. W ocenie Izby nie było zatem podstaw do zaniechania zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odrzucając ofertę odwołującego i pomijając zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez jego zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 oraz 3 pkt 1 ustawy.

12

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt. 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) uwzględniając koszty odwołującego z tytułu wpisu w wysokości 10 000 zł. oraz z tytułu zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego rachunku z ograniczeniem do maksymalnej koszty dopuszczonej cyt. Rozporządzeniem tj. 3 600 zł. oraz kosztów dojazdu na rozprawę w tym koszty noclegu i parkingu w kwocie 310,00 oraz dojazdu samochodem osobowym w kwocie 618,49zł. Izba nie uwzględniła kosztów związanych z zakupem usługi gastronomicznej uznając je za koszty nieuzasadnione w związku z celowym dochodzeniem praw.

Przewodniczący :

.....

13