

WYROK
z dnia 2 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 28 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Siekierskiego Arkadiusza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Hydro-Instal Siekierski Arkadiusz, ul. Rozłazłowska 23 d, 96-500 Sochaczew** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sochaczew Sp. z o.o., ul. Rozłazłowska 7, 96-500 Sochaczew** protestu z dnia 26.11.2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: „ECO-WiK” Sp. z o.o. (lider), „PLAST-BUD” Zofia i Kazimierz Olszewscy Sp. J. (partner)** z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Kulczyńskiego 7/37, 02-777 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża **Siekierskiego Arkadiusza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Hydro-Instal Siekierski Arkadiusz, ul. Rozłazłowska 23 d, 96-500 Sochaczew** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Siekierskiego**

Arkadiusza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Hydro-Instal Siekierski Arkadiusz, ul. Rozłazłowska 23 d, 96-500 Sochaczew,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Siekierskiego Arkadiusza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Hydro-Instal Siekierski Arkadiusz, ul. Rozłazłowska 23 d, 96-500 Sochaczew** na rzecz **Zakładu Wodociągów i Kanalizacji – Sochaczew Sp. z o.o., 96-500 Sochaczew, ul. Rozłazłowska 7,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Siekierskiego Arkadiusza**

pod nazwą Hydro-Instal prowadzącego działalność gospodarczą
Siekierski Arkadiusz, ul. Rozłazłowska 23 d, 96-500 Sochaczew.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Kontrakt nr 3a Budowa sieci kanalizacji sanitarnej – Odcinek: Oczyszczalnia – ul. Parkowa*” (nr ref. ZWIK/FS/K3a/08/2009), zostało wszczęte przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sochaczew Sp. z o.o., ul. Rozłazłowska 7, 96-500 Sochaczew zwany dalej: „*Zamawiającym*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 276650-2009 w dniu 12.08.2009 r. oraz w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem

2009/S 154-224561 w dniu 13.08.2009 r.

W dniu 10.11.2009 r. Zamawiający przekazał faxem Konsorcjum firm: „ECO-WiK” Sp. z o.o. (lider), „PLAST-BUD” Zofia i Kazimierz Olszewscy Sp. J. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kulczyńskiego 7/37, 02-777 Warszawa, zwane dalej: „Konsorcjum ECO-WiK” albo „Przystępujący” informację o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych na mocy art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”. Po poprawie cena oferty ECO-WiK wynosi bez podatku VAT 6.206.365,53 PLN, zaś z podatkiem VAT 7.571.765,95 PLN. Powyższa poprawka została dokonana na podstawie pkt 24 ppkt 2 oraz ppkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” (część I). Jednocześnie Zamawiający wskazał,

2

że oparł się na zapisach II Tomu SIWZ, tj. wzorze kontraktu: pkt 4 Aktu Umowy, klauzula 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu oraz na treści samej oferty w części „Przedmiar Robót”, jak też w powołaniu się w Formularzu Oferty ECO-WiK na odpowiedź Zamawiającego nr 8 z dnia 18.09.2009 r. dot. zamówień uzupełniających. Zamawiający dokonał powyższej czynności posiłkując się dodatkowo także wyrokiem KIO z dnia 22.12.2008 r. sygn. akt: 1416/08. Konsorcjum ECO-WiK zaakceptowało powyższą czynność w dniu 12.11.2009 r.

W dniu 19.11.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum ECO-WiK. W dniu 24.11.2009 r. Zamawiający udostępnił Arkadiuszowi Siekierskiemu, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Hydro-Instal Siekierski Arkadiusz, ul. Rozłazłowska 23 d, 96-500 Sochaczew zwanemu dalej: „Hydro-Instal Siekierski Arkadiusz” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” na jego wniosek z dnia 20.11.2009 r. dokumentację postępowania.

W dniu 26.11.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie art. 179 Pzp Hydro-Instal Siekierski Arkadiusz złożył protest na czynności i zaniechania Zamawiającego. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia protestu, w szczególności poprzez:

- a) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z Pzp,
- b) niezgodne z Pzp poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum ECO-WiK
- c) zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ECO-WiK,
- d) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Konsorcjum ECO-WiK,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. odrzucenie oferty Konsorcjum ECO-WiK,
5. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego; ewentualnie,
6. unieważnienie postępowania.

Protestujący wskazał, że Zamawiający, z naruszeniem postanowień Pzp, poprawił oczywistą omyłkę w ofercie Konsorcjum ECO-WiK i zaniechał odrzucenia oferty tego Wykonawcy, przez co Protestujący utracił możliwość uzyskania zamówienia w tym

3

postępowaniu. Podniósł, że w protokole postępowania (druku ZP-2) Zamawiający podał, że cena oferty tego Wykonawcy wynosi: 6.206.365,33 zł netto, 7.571.765,95 zł brutto. Tymczasem Zamawiający w dniu 10.11.2009 r., poprawił oczywistą omyłkę rachunkową, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w ofercie Konsorcjum ECO-WiK, cena oferty za realizację zamówienia, jak podał Wykonawca, wynosi: $6.206.365,53 + 50\% = 9.309.548,30$ zł netto, 11.357.648,93 zł brutto.

Zgodnie z SIWZ podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania

SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Po dokonaniu poprawek cena oferty wynosi: 7.571.765,95 zł brutto, zamiast: 11.357.648,93 zł brutto, dzięki czemu oferta Konsorcjum ECO-WiK została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Poprawka dokonana przez Zamawiającego, w ocenie Protestującego, jest niedopuszczalna i nie może być uznana za oczywistą omyłkę rachunkową. Poprawka ta ma istotny wpływ na przedmiotowe postępowanie, gdyż Protestujący został przez nią pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Z formularza oferty jednoznacznie wynika, że cena oferty Konsorcjum ECO-WiK wynosi: $6.206.365,53 + 50\% = 9.309.548,30$ zł netto, a Wykonawca potwierdził tę cenę oferty słownie. Przytacza orzeczenia KIO na potwierdzenie, że omyłka rachunkowa to nieprawidłowy wynik działania arytmetycznego (wyrok KIO z dnia z 21.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 20/09; wyrok KIO z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 327/09, sygn. akt: KIO/UZP 341/09; wyrok KIO z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 133/09).

W przypadku oferty Konsorcjum ECO-WiK nie ma mowy o jakimkolwiek błędzie rachunkowym. Wykonawca wyraźnie napisał, że cena jego oferty wynosi $6.206.365,53 + 50\% = 9.309.548,30$ zł netto. Powyższe działanie arytmetyczne zostało obliczone poprawnie, zatem nie ma podstaw do podważania jego wyniku. Co więcej słowna cena oferty netto wynosi: dziewięć milionów trzysta dziewięć tysięcy pięćset czterdzieści osiem i 30/100 PLN netto, z podatkiem VAT jedenaście milionów trzysta pięćdziesiąt siedem tysięcy sześćset czterdzieści osiem i 93/100 zł brutto.

Konsorcjum ECO-WiK w odmienny sposób niż inni Wykonawcy podało cenę oferty. Ostateczna kwota oferty ustalona została poprzez zsumowanie z kwoty 6.206.365,53 i 50% tej wartości, co po znaku równości daje kwotę: 9.309.548,90 zł netto. Wartość ta została opisana słownie bez podatku VAT i z podatkiem VAT. Wobec tego, cena oferty nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, a na pewno nie powinna zostać zmieniona w trybie oczywistej omyłki rachunkowej, bo taka tu nie miała miejsca. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z błędem rzeczowym, który ma wpływ na cenę oferty, ale nie może w żadnym wypadku zostać uznany za błąd rachunkowy. Matematycznie cena oferty jest poprawna, a Wykonawca nie dopuścił się błędu matematycznego w jej obliczeniu. Wobec

4

tę, Zamawiający w sprzeczności z ustawą dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum ECO-WiK. Z formularza oferty wynika, że niniejsze Konsorcjum przy obliczeniu ceny kierowało się odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 8 do treści SIWZ z dnia 18.09.2009 r. Odpowiedź Zamawiającego dotyczyła sprecyzowania wartości szacunkowej zamówienia, a nie wymagań w zakresie obliczenia ceny oferty.

Wykonawca błędnie zinterpretował zapisy SIWZ i jej wyjaśnienia, ale nie może to być usprawiedliwieniem dla działań Zamawiającego polegających na dostosowaniu oferty Konsorcjum ECO-WiK do treści SIWZ. Każdy z Wykonawców ma możliwość zwrócenia się o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Z dokumentacji postępowania wynika, że ww. odpowiedź Zamawiającego nie była podstawą dalszych pytań Wykonawców, a co za tym idzie należy uznać, że nie budziła wątpliwości Wykonawców. Wobec tego, że SIWZ została sformułowana w sposób jednoznaczny i precyzyjny nie istnieją podstawy do poprawienia ceny oferty Konsorcjum ECO-WiK.

Odnosnie wyroku KIO, na który powołał się Zamawiający, Protestujący podniósł, że stan faktyczny w cytowanym orzeczeniu jest zupełnie inny od stanu faktycznego przedmiotowego postępowania. W sprawie z ww. wyroku to Zamawiający wymagał od Wykonawców doliczenia 5% do ceny oferty na roboty nieprzewidziane, co KIO uznało za niedopuszczalne. W przedmiotowej sprawie treść SIWZ, ani jej modyfikacje nie nakładają na Wykonawców takiego obowiązku; wymóg taki nie wynika z żadnych innych dokumentów.

Cena oferty Konsorcjum ECO-WiK jednoznacznie wynika z formularza oferty i nie ma podstaw do jej kwestionowania, a tym bardziej jej poprawy. Fakt, że Wykonawca zawyżył swoją cenę o 50% nie może stanowić podstawy do jej poprawienia, co więcej winno skutkować odrzuceniem oferty, gdyż cena oferty zawiera błędy w obliczeniu ceny. Sam fakt poprawienia ceny oferty Konsorcjum ECO-WiK wskazuje na to, że Zamawiający uznał, że Wykonawca błędnie obliczył cenę oferty, a mimo to nie odrzucił oferty. Zamawiający dopuścił się niedopuszczalnego poprawienia treści oferty.

W przedmiotowej sprawie nie ma mowy o jakiegokolwiek oczywistej omyłce rachunkowej. Oferta arytmetycznie jest poprawna, nie ma w niej żadnego widocznego, niezamierzonego błędu Wykonawcy. Wobec tego nie ma podstaw do poprawienia oferty z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, ani żaden inny przepis.

W świetle uchylonego art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp, jeżeli cena ryczałtowa podana liczbą nie odpowiada cenie ryczałtowej podanej słownie, przyjmuje się za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie, uznaje się, że to cena podana słownie jest wiążąca dla Zamawiającego. Cena oferty podana słownie nie budzi w tym wypadku żadnych wątpliwości, a co za tym idzie nie ma podstaw do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej. Co więcej, w treści pkt 24 ppkt 5 SIWZ Zamawiający wskazał, że poprawi

5

omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, stosownie do treści art. 88 Pzp, zatem Zamawiający nie może powołać się na brak wiedzy w zakresie tego przepisu.

W dniu 27.11.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 29.11.2009 r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum ECO-WiK, wnosząc o oddalenie protestu w całości.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 09.12.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazał, że o oczywistości poprawionej omyłki rachunkowej świadczy m.in. fakt powołania się przez Protestującego na odpowiedź nr 8 z dnia 18.09.2009 r., która jasno wskazywała, iż „50%” dotyczy zamówień uzupełniających. Kwestia tego, o co mogło chodzić Przystępującemu w ofercie nie budzi wątpliwości nawet u samego Protestującego, który pisze w proteście: „SIWZ została sformułowana w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Odpowiedź Zamawiającego dotyczyła sprecyzowania wartości szacunkowej zamówienia, a nie wymagań w zakresie obliczenia ceny oferty”.

Poza tym, Zamawiający uzasadniając, że omyłka rachunkowa polega nie tylko na uzyskaniu błędnego/nieprawidłowego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego/arytmetycznego stwierdził, co następuje.

Nowelizacją Pzp wykreślono katalog przypadków, określających co jest omyłką rachunkową i jak ją poprawić. Odnosząc się więc do twierdzenia, iż art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp odnosi się tylko i wyłącznie do wykonania działania niezgodnie z zasadami matematyki zauważył, że Przystępujący w Formularzu oferty wykonał działanie „ $6\ 206\ 365,53\text{zł} + 50\% \text{ tej wartości} = 9\ 309\ 548,30\text{zł}$.” (50% dotyczy zamówienia uzupełniającego, nie zaś np. marży). Zgodnie definicją z Uniwersalnego Słownika Języka Polskiego PWN – „rachunek” to: „obliczanie, obliczenie za pomocą działań arytmetycznych, działanie na liczbach, liczenie, rachowanie; także: liczby, pozycje, rubryki, na których ma się to zadanie wykonać”, zaś „działanie matematyczne” (Arytmetyka teoretyczna – PWN), to: „działanie matematyczne na pewnym zbiorze, nazywamy funkcję, która każdemu skończonemu układowi elementów tego zbioru $A_1, A_2, \dots, A_n$ przyporządkuje nowy element tego zbioru”, natomiast „funkcja” za w/w słownikiem, to: „przyporządkowanie elementom pewnego zbioru elementów innego (lub tego samego) zbioru”. Zamawiający wskazał, że jeżeli omyłkę rachunkową (z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp) zdefiniuje się jako omyłkę w działaniu matematycznym, to innymi słowy otrzymamy omyłkę w przyporządkowaniu jednego elementu zbioru do drugiego elementu zbioru. Rozpatrując przedmiotowy przypadek wskazał, że: a) oferta – to zbiór, b) cena wynikająca z kosztorysu ofertowego – to element pierwszy zbioru, c) 50% wartości – to element drugi innego zbioru, d) dodanie do ceny wynikającej z kosztorysu ofertowego 50% - to

6

przyporządkowanie drugiego elementu pierwszemu elementowi. W konsekwencji Zamawiający uznał, że miał do czynienia z omyłkowym przyporządkowaniem (dodaniem) do ceny wynikającej z kosztorysu ofertowego, 50% dot. zamówień uzupełniających.

Podkreślił, iż Protestujący złożył ofertę (w tym kosztorys ofertowy) w pełni zgodny z wymaganiami SIWZ, zaś pozycja „zamówienia uzupełniające” także została przewidziana przez Zamawiającego (pkt 6 SIWZ). Omyłka rachunkowa dotyczy, nie tylko omyłki w wyniku przeprowadzonego przyporządkowania, ale także samej już czynności przyporządkowania.

Pzp nie zawęża możliwości poprawienia tylko wyniku, ale także i składników

z których otrzymujemy wynik - pod warunkiem, iż oczywistym jest co jest omyłką. Przywołanie przez Protestującego wyroki KIO, nie dowodzą – zdaniem Zamawiającego - iż nie można poprawiać innych omyłek rachunkowych. Wyroki te tworzą jedynie katalog przesłanek/wskazówek dla Zamawiających, co należy uznawać za oczywistą omyłkę rachunkową. Zawężenie możliwości poprawy omyłek rachunkowych do poprawienia wyniku, bez możliwości poprawienia składników działania nie jest zgodne z zamiarem ustawodawcy. W konsekwencji do pozycji za całość zamówienia podstawowego Wykonawca mógł dodać także pozycję za zamówienia uzupełniające, które zgodnie z prawem mogą zostać udzielone temuż to Wykonawcy w przyszłości. Zamawiający podtrzymał stanowisko co do adekwatności wyroku KIO, przywołanego na etapie poprawienia omyłki, do przedmiotowej sytuacji. Uznał, że wskazane w nim doliczenie robót nieprzewidzianych nie było wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Zaś bezpodstawne dodanie 5% do kosztorysu ofertowego tytułem robót nieprzewidzianych nie stanowiło ani niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ani błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). W przedmiotowej sprawie należy analogicznie sporne 50% zamówień uzupełniających odjąć i uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, co też Zamawiający uczynił.

Dodatkowo wskazał, że zgodnie z Formularzem oprotowanej oferty cena oferty za realizację niniejszego zamówienia wynosi wartość netto z kosztorysu ofertowego 6.206 365,53 zł. Zgodnie zaś z pozostałymi zapisami Formularza wartość 9.309.548,30 zł odnosi się do sumy wartości z kosztorysu ofertowego i wartości zamówień uzupełniających. Wykonawca nie zwiększył wartości kosztorysu ofertowego tytułem np. 50% marży, a jedynie pokazał w ofercie jaką będzie suma zamówienia podstawowego i ewentualnego zamówienia uzupełniającego.

W związku z deklaracją Zamawiającego, iż ten zamierza w przyszłości zlecić budowę kolejnej kanalizacji, wyliczył ile będzie wynosiła sumaryczna wartość obu zamówień. Powyższe nie jest niezgodne z SIWZ, nie może być uznane za ofertę wariantową nie może być uznane za drugą ofertę na to samo zamówienie. Nie jest to także błąd w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponieważ pokazanie wartości sumarycznej zamówienia

7

podstawowego oraz zamówienia uzupełniającego nie stanowi błędu w obliczeniu ceny za zamówienia podstawowe.

Zamawiający przywołał publikację „*Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.*” wydaną przez UZP pod redakcją Jacka Sadowego Prezesa UZP. Ponadto, treść pkt 24 ppkt 2 i 6 SIWZ, oraz części II SIWZ, tj. wzoru kontraktu: pkt 4 Aktu Umowy, klauzula 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu. Nadmieniał także, iż Zamawiający zgodnie z obowiązującym prawem odzyska w całości zapłacony podatek VAT. Oprotowany Wykonawca załączył do oferty kosztorys ofertowy, zawierający wszystkie pozycje prawidłowe (zarówno opisy pozycji, jak i ilości robót), z którego wynika, iż cena ofertowa netto wynosi 6.206.365,53 zł - cena ta nie jest ceną ryczałtową zaś kontrakt będzie rozliczany obmiarowo na podstawie kosztorysu ofertowego.

Opierając się tylko i wyłącznie na powyższym, w ocenie Zamawiającego, można ustalić, że:

- a) Wykonawca wypełnił przedmiar robót, który został przedłożony wraz z ofertą jako kosztorys ofertowy, z którego wynikała suma za całość robót przewidzianych w ramach zamówienia podstawowego – 6.206.365,53 zł netto;
- b) zgodnie z pkt 24 ppkt 2 SIWZ wypełniony przedmiar robót jest podstawą ceny ofertowej;
- c) oprotowany Wykonawca w Formularzu ofertowym napisał: „4) cena (naszej) oferty za realizację niniejszego zamówienia wynosi: wartość netto z kosztorysu ofertowego 6.206. 365,53 zł (...);”;
- d) ceną ofertową zamówienia jest: 6.206.365,53 zł netto;
- e) zgodnie z pkt 24 ppkt 6 SIWZ do oceny ofert Zamawiający zastosuje 22% stawkę podatku VAT;
- f) 22% stawka podatku VAT, została także przyjęta podczas obliczania wartości brutto dla sumy zamówienia podstawowego i uzupełniającego (9.309.548,30 zł netto i 11.357.648,93 zł brutto);
- g) ceną ofertową zamówienia jest więc cena 7.571.765,95 brutto.

Zamawiający wskazał, że Pzp znowelizowano w/w zakresie, kierując się faktem, iż

możliwości popełnienia błędu rachunkowego przez wykonawców są nieograniczone i często dochodziło do sytuacji, iż błąd rachunkowy był oczywisty, z jednej strony nie powodował, iż zakres ofertowych robót był niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, ale z drugiej strony nie mieścił się w zamkniętym katalogu uchylonego art. 88 Pzp, co powodowało w konsekwencji konieczność odrzucenia oferty tańszej.

W dniu 18.12.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego)
Odwolujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty ,

8

wnioski i argumentację z protestu. Ponadto na potwierdzenie zasadności swojej argumentacji przywołał wyrok KIO z dnia 3.09.2009, sygn. akt: KIO/UZP 1072/09. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym zaistniały przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Poprawienie ceny oferty Przystępującego poprzez nieuwzględnienie w niej doliczonych 50% wskazuje na to, że Zamawiający uznał, iż Wykonawca obliczył cenę oferty w sposób niezgodny z treścią SIWZ, a mimo to nie odrzucił tej oferty.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 pkt 1 zd. drugie Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym, a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2 tego przepisu, niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z przepisu tego wyłania się bezwzględny zakaz dokonywania zmian w treści oferty po terminie otwarcia ofert. Jest to zasada służąca zachowaniu równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Wyjątki od tej zasady zostały przewidziane w ust. 1 a i 2 przywołanego przepisu. Ponieważ wyjątków nie można interpretować rozszerzająco, Zamawiający może ingerować w treść oferty wykonawcy wyłącznie w przypadku wystąpienia jednej z okoliczności wymienionych w tym przepisie, tj. w przypadku:

- 1) oczywistej omyłki pisarskiej (w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania, nie mamy bowiem do czynienia z oczywistą omyłką pisarską);
- 2) oczywistej omyłki rachunkowej (również nie może mieć zastosowania, Zamawiający poprawił błąd rzeczowy w treści oferty albowiem oferta Konsorcjum ECO-WiK arytmetycznie jest poprawna, nie ma w niej żadnego widocznego, niezamierzonego błędu Wykonawcy),
- 3) innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (nie ma zastosowania, gdyż dotyczy omyłek nieistotnych z punktu widzenia treści oferty, zmiana ceny oferty o 50 % nie może zostać uznana za zmianę nieistotną - zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO o „*istotności*” zmiany treści oferty w przypadku zmiany jej ceny świadczy przede wszystkim wartość dokonanej zmiany stosunku do pierwotnej ceny oferty - wyrok KIO z dnia 30.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 70/09; wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: 34/09; wyrok z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 42/09, sygn. akt: KIO/UZP 43/09).

Kopię treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

W dniu 18.12.2009 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum ECO-WiK (faxem) kopię odwołania i wezwał go do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

9

Do postępowania odwoławczego przystąpiło dnia 05.01.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum ECO-WiK, po stronie Zamawiającego, uznając stawiane przez Odwołującego zarzuty za bezpodstawne. Kopia przystąpienia została przekazana Protestującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, treścią oferty Przystępującego, informacją od Zamawiającego (pismo z dnia 10.11.2009 r.) o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego, pismem Przystępującego z dnia 12.11.2009 r. akceptującym niniejszą czynność

Zamawiającego, jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy oraz przedstawionych w pisemnych stanowiskach (pismo procesowe Odwołującego z dnia 28.01.2010 r., pismo Zamawiającego z dnia 27.01.2010 r., jak i pismo Przystępującego z dnia 27.01.2010 r.) ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta przed poprawieniem oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego była najkorzystniejsza cenowo, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania, zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez niezgodne z Pzp poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego, w ocenie Izby potwierdził się. W konsekwencji Izba uznaje także za słuszny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

10

Zamawiający stwierdził w pkt 6 SIWZ (część I): „*Zamówienia uzupełniające*”, że przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia.

Na podstawie pkt 14 ust 3: „*Zawartość oferty*” ppkt 1 SIWZ (część I) określił także wymóg, że kompletna oferta musi zawierać m.in. formularz oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ (lit. a), jak i kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o otrzymany przedmiar robót (lit. i).

Z kolei w pkt 24 SIWZ (część I): „*Opis sposobu obliczenia ceny*” określił, że podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia (ppkt 1). Zamawiający określił, że „*Cenę oferty należy obliczyć wypełniając Przedmiar Robót oraz na podstawie informacji zawartych w Części III Opis przedmiotu zamówienia. Ostatecznie wyliczona cena oferty musi zawierać elementy cenotwórcze takie jak opłaty celne i importowe oraz podatek VAT*” (ppkt 2). Wskazał, że ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty (ppkt 3), zaś sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały we wzorze umowy w sprawie zamówienia, publicznego (cz II SIWZ) (ppkt 4). Zamawiający w SIWZ wskazał, że poprawi omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny stosownie do treści art. 88 Pzp oraz zawiadomi Wykonawcę o poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, wykonawca zaś jest zobowiązany poinformować Zamawiającego, w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, o którym mowa w poprzednim zdaniu, o zgodzie bądź odmowie zgody na dokonane przez Zamawiającego poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny (ppkt 5). Zamawiający określił też, że na etapie oceny ofert zastosowana zostanie 22% stawka podatku VAT (ppkt 6).

W ramach pkt 27: „*Tryb oceny ofert*” ppkt 4 SIWZ (część I): „*Poprawianie oczywistych omyłek pisarskich i omyłek rachunkowych*” Zamawiający wskazał, że poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiają o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z Wzorem Kontraktu (część II SIWZ) rozdz. 2 Warunki Ogólne Kontraktu:
„Roboty będące przedmiotem niniejszego Kontraktu będą wykonane zgodnie z WARUNKAMI KONTRAKTOWYMI DLA BUDOWY dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, pierwsze wydanie (...) 1999 (.....-FIDIC) (..)”.

11

Jednocześnie Zamawiający wskazał we wzorze kontraktu: pkt 4 Aktu Umowy, klauzula 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu (SIWZ – część II): *„(..) VAT, który zostanie zapłacony w kwotach należnych według przepisów prawa polskiego w sprawie VAT, obowiązujących na dzień wystawienia faktury przez Wykonawcę.”.*

W ramach odpowiedzi nr 8 z dnia 18.09.2009 r. na zapytania do SIWZ Zamawiający przedstawił sposób obliczenia wartości szacunkowej w niniejszym postępowaniu z uwzględnienie zamówień uzupełniających.

Przystępujący w ramach złożonej oferty w Formularzu ofertowym wskazał:

„4) cena (naszej) oferty za realizację niniejszego zamówienia wynosi: zgodnie z wyliczeniem ZWIK podanym w odpowiedzi nr 8 z dnia 18.09.2009 r. wartość netto z kosztorysu ofertowego 6 206 365,53 zł. + 50% tej wartości=9 309 548,30 zł.

a) bez podatku VAT 9 309 548,30 PLN (słownie: dziewięć milionów trzysta dziewięć tysięcy pięćset czterdzieści osiem i 30/100 PLN)

b) z podatkiem VAT: 11 357 648,93 PLN (słownie: jedenaście milionów trzysta pięćdziesiąt siedem tysięcy sześćset czterdzieści osiem i 93/100 PLN)”.

Po poprawieniu przez Zamawiającego, cena w ofercie Przystępującego wyniosła bez podatku VAT 6.206.365,53 PLN (słownie: sześć milionów dwieście sześć tysięcy trzysta sześćdziesiąt pięć i 53/100 PLN), zaś z podatkiem VAT 7.571.765,95 PLN (słownie: siedem milionów pięćset siedemdziesiąt jeden tysięcy siedemset sześćdziesiąt pięć i 95/100 PLN).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że działania arytmetyczne w ofercie Przystępującego zostały przeprowadzone poprawnie, zatem nie ma podstaw do podważania, co do zasady, ich wyniku. Jednakże, w ocenie Izby, z dokonanych ustaleń, jak i z całokształtu okoliczności w sprawie wynika, że niezasadnie Zamawiający uznał sposób obliczenia ceny ofertowej Przystępującego, jako oczywistą omyłkę rachunkową, czym naruszył dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W tym zakresie Izba uznaje stanowisko Odwołującego za słuszne. Uwzględnienie w ramach formularza ofertowego Przystępującego 50% wartości zamówień uzupełniających do zaoferowanej ceny z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, nie może być traktowane w kategoriach błędu o charakterze rachunkowym, lecz tylko jako błąd o charakterze rzeczowym. Przystępujący bowiem wbrew zasadom wynikającym z postanowień SIWZ do ceny za realizację przedmiotu zamówienia, którego to zakres rzeczowy został określony opisem przedmiotu zamówienia, który w ofercie odzwierciedla kosztorys Przystępującego, doliczył wartość zamówień uzupełniających, które nie są objęte niniejszym przedmiotem zamówienia. Tym samym – w ocenie Izby – w tym miejscu mamy do czynienia ze sprzecznością merytoryczną treści oferty z treścią SIWZ. Zdaniem Izby owa

12

sprzeczność ma jednaką charakter omyłki, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Bez wątplenia bowiem Przystępujący, doliczając do wartości przedmiotu zamówienia wartość zamówień uzupełniających i wskazując tę cenę jako cenę ofertową popełnił omyłkę o charakterze błędu logicznego w rozumowaniu wykonawcy. Na powstanie tej omyłki niewątpliwie wpływ miał sam Zamawiający, udzielając odpowiedzi nr 8 z dnia z dnia 18.09.2009 r. na zapytanie do SIWZ.

W konsekwencji zatem - w ocenie składu orzekającego Izby - zaistniały stan faktyczny uprawniał Zamawiającego do poprawienia oferty Przystępującego, jednakże nie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2, ale pkt 3 Pzp. Powyższe działanie nie doprowadziło do istotnej zmiany treści ofert. Niewątpliwie poprawienie ostatecznej ceny oferty, której wysokość podawana była na publicznym otwarciu ofert na kwotę 11.357.648,93 zł brutto jest formalnie poważną zmianą, lecz tylko – jak wskazano – formalnie. Zgodnie z treścią oferty – jej formularzem ofertowym oraz kosztorysem - realizację przedmiotu umowy i niniejszego przedmiotu zamówienia – Przystępujący oferował za kwotę: 6.206.365,33 zł netto,

7.571.765,95 zł brutto. Oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie jest jasne i czytelne, tym bardziej w świetle tego, że podstawą rozliczenia będzie kosztorys ofertowy, na podstawie dokonanych obmiarów. Omyłkowe działanie Przystępującego wyraża się bowiem w tym, że zamiast wartość zamówień uzupełniających, obliczaną od kwoty wynagrodzenia za realizację niniejszego przedmiotu zamówienia - ewentualnie dodatkowo wydzielić, czy wskazać (choć zgodnie z SIWZ było to w ogóle niepotrzebne) – Przystępujący zsumował ją z wartością niniejszego zamówienia (tzw. zamówienia podstawowego). Rozdzielenie tego wyliczenia ma jedynie charakter formalny nie stanowi o istotności dokonanej zmiany treści oferty. Zdaniem Izby nie można byłoby z punktu widzenia „istotności zmiany treści oferty” dokonać jej poprawienia, gdyby Przystępujący w żaden sposób nie dokonał rozdzielenia w ofercie wskazanych wynagrodzeń z tytułu realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia oraz wykonywania w przyszłości robót uzupełniających. Taka jednak sytuacja w tym przypadku nie miała miejsca.

Na marginesie, Izba uznaje, że wskazanie uchylonego art. 88 Pzp w pkt 24 ppkt 5 w treści SIWZ (część I) nie ogranicza Zamawiającego co do możliwości poprawienia omyłki.

Skład orzekający Izby nie stwierdził również jakoby wskazana konstrukcja ceny ofertowej przez Przystępującego kwalifikowana była w kategoriach błędu w obliczeniu ceny. Nie istniała zatem w tym przypadku podstawa do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Cena ofertowa została bowiem prawidłowo wyliczona, zgodnie z wymogami SIWZ, w oparciu o kosztorys ofertowy, którego Odwołujący nie kwestionuje. Wartość kosztorysu ofertowego została wprost przeniesiona do formularza ofertowego, do której to wartości doliczono wymagany podatek VAT we właściwej, wynikającej z przepisów prawa, stawce.

13

Tym samym zatem dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie została wypełniona. W dyspozycji tego przepisu nie mieści się również sytuacja doliczenia przez Przystępującego do prawidłowo obliczonej za przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem ceny. Powyższe w żaden sposób nie może być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny, a jedynie jako omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że pomimo potwierdzenia się zarzutu poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego jako omyłki rachunkowej odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na treść art. 191 ust. 1a Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie jedynie w sytuacji gdy stwierdzone naruszenie miało lub ma istotny wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby stwierdzone naruszenie – wobec uznania, że stwierdzona w ofercie Przystępującego omyłka nadaje się do poprawienia w trybie również przewidzianym w przepisach Pzp (art. 87 ust. 2 pkt 3) – nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Przystępującego została poprawiona. Na powyższe również ma wpływ okoliczność, iż Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z wnioskiem o wyrażenie zgody na poprawienie omyłki w sposób, który został przez Zamawiającego wskazany, a zgoda taka została przez Przystępującego wyrażona. Zatem w tym względzie nie można też mówić o sytuacji o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp (nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty z powodu braku zgody na poprawienie omyłki w ofercie Przystępującego poprawianie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Powyższa okoliczność z uwagi na zasadę ekonomiki i szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przede wszystkim treść art. 191 ust. 1a Pzp musi być wzięta pod uwagę przez Izbę przy wydaniu niniejszego orzeczenia. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego, nie miałoby wpływu na wynik postępowania, bowiem i tak oferta Przystępującego w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert podlegałaby poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a nie odrzuceniu i zostałaby ponownie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i nie stwierdzeniu błędu w cenie oferty oraz w kontekście art. 191 ust. 1a Pzp, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

14

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

15

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

16