

Sygn. akt: KIO 49/13

WYROK
z dnia 24 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2013 r. przez **odwołującego – PCE W..... B....., 59-307 Raszówka, ul. Słoneczna 6** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gmina Miejska Lubin, 59-300 Lubin, ul. Kilińskiego 10,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego – PCE W..... B....., 59-307 Raszówka, ul. Słoneczna 6 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – PCE W..... B....., 59-307 Raszówka, ul. Słoneczna 6** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołania zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Miejską Lubin w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Wybór Kierownika projektu do realizacji usługi polegającej na zarządzaniu projektem p.n.: „Lubin - miasto bez wykluczenia cyfrowego”. Odwołujący - PCE W..... B....., wskazał na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jego zdaniem Zamawiający niezasadnie zastosował przez przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i dokonał korekty ceny oferty złożonej przez wykonawcę Softblue oraz bezpodstawnie odrzucił ofertę wykonawcy wobec braku podstaw prawnych do dokonania takiej czynności. Odnośnie naruszenia dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazał na jego niezastosowanie i niedokonanie korekty złożonej przez wykonawcę oferty, wobec oczywistości błędu. Wykonawca stwierdził również, że (...) Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania”. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Skarżącego unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze ofert Softblue, jako najkorzystniejszej; odrzucenie oferty Softblue jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie jego czynności polegającej na ocenie ofert niepodlegających odrzuceniu i ponownej ocenie złożonych ofert oraz zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający, dokonał rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, dokonując niemal równocześnie dwóch czynności, z których każda narusza interes wykonawcy. Zamawiający bowiem zastosował wobec oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana - Softblue SA (dalej Softblue) dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i dokonał korekty, oczywiście zdaniem Zamawiającego omyłki rachunkowej w cenie ofertowej tego wykonawcy, informując o zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz stwierdzając, że „Cenę oferty netto obliczono jako iloczyn stawki miesięcznej i czasu realizacji zamówienia. Czas realizacji zamówienia przyjęto jednak błędnie tj. 16 miesięcy, - winno być 15 miesięcy. W związku z powyższym Zamawiający dokonuje poniższej korekty: Wartość ceny netto = ilość miesięcy: 15 x cena miesięczna

netto: 8600 zł tj. 129.000 PLN. Po dokonaniu powyższej zmiany oferta przedstawiać się będzie w sposób następujący: cena netto 129.000,00 PLN zł + VAT 23% (29670, 00 PLN) = cena brutto 158.670,00 PLN". Zdaniem Odwołującego, zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne, albowiem w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z oczywistym błędem rachunkowym, który może być skorygowany w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a błędem w obliczeniu ceny, o ile w ogóle można stwierdzić, iż oferta wykonawcy - Softblue jest wadliwa. Zdaniem wykonawcy, (...) zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem doktryny potwierdzonym w orzecznictwie, „oczywista omyłka” rozumiana jest jako omyłka bezsporna, niebudząca wątpliwości. Polega ona zazwyczaj na niezgodnym z zamierzonym, niewłaściwym bądź mylnym użyciu wyrazu lub jego pisowni, albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu. Omyłka oczywista to taka, która jest widoczna na pierwszy rzut oka, bez potrzeby prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oświadczenia wykonawcy”. Dalej podał, że (...) Nie ma wątpliwości, że tylko taka omyłka, która jest widoczna dla każdego i na pierwszy rzut oka, gdzie do jej stwierdzenia nie jest wymagane przeprowadzenie jakichkolwiek badań czy analiz, może być uznana za oczywistą, a tylko taka podlega skorygowaniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2”. W niniejszym przypadku (...) Zamawiający dokonał analizy oferty uznając że cena ofertowa przedstawiona w ofercie, przy jednoczesnej wartości wynagrodzenia miesięcznego, musi być błędna poprzez przyjęcie niewłaściwej ilości miesięcy, podczas gdy, równie dobrze, błąd w obliczeniu ceny, mógł polegać na błędnym podaniu wynagrodzenia miesięcznego czy wreszcie błędnym podaniu ceny ofertowej za cały okres realizacji zamówienia. Zamawiający zatem, dokonał nie tyle korekty oczywistej omyłki pisarskiej, ale zastosował przepis o korekcie oczywistego błędu do wady oferty, której nie można przypisać cechy oczywistości. Można bowiem przyjąć, że istotnie, pomyłka w Softblue, sprowadza się do błędnego przyjęcia ilości miesięcy realizacji zamówienia, ale jednak nie można wykluczyć, że rzeczywisty zamiar wykonawcy był zupełnie inny, i pomyłka miała miejsce podczas wypełniania formularza, i wpisanie weń wartości innych od zamierzonych. Wobec powyżej powołanej definicji, nie można błędowi w ofercie Softblue, przypisać cechy, która może być skorygowana w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2”.

Odnosnie niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że jest ona niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz), albowiem, jak wynika z pisma zawiadamiającego Odwołujący nie wypełnił dokładnie formularza ofertowego, gdyż nie podał wartości ceny jednostkowej w tym formularzu. Wykonawca przyznał, że (...) Istotnie, formularz cenowy, stanowiący załącznik do SIWZ, wskazywał że wykonawca zobowiązany

jest wskazać cenę ryczałtową netto (wyrażoną cyfrą i określona słownie), podatek VAT oraz cenę ryczałtową brutto (wyrażoną cyfrą i określona słownie), podając także, miesięczną cenę netto i brutto, które ma zostać „wyliczone na podstawie ceny jednostkowej”. Skarżący nie wypełnił formularza, w części dotyczącej wskazania ceny jednostkowej”. Dalej podał, że (...) Skarżący nie wypełnił pola formularza, wskazującego w oparciu o jaką stawkę jednostkową ustalił wysokość wynagrodzenia miesięcznego, wskazanego w zdaniu wcześniejszym, albowiem sformułowanie formularza ofertowego w tym zakresie nie ma żadnego uzasadnienia, i zostało potraktowane przez Skarżącego jako błąd w formularzu ofertowym. Zwrócił uwagę, że w treści siwz, Zamawiający nie zobowiązał uczestników postępowania do wskazania stawki jednostkowej, a wyłącznie do wskazania wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia (netto i brutto) oraz wynagrodzenia miesięcznego (również netto i brutto). Ponieważ siwz nie zawierała obowiązku wskazania w ofercie ceny jednostkowej, to wskazywanie tego elementu, dla obliczenia ceny ryczałtowej było zbędne, gdyż co do zasady nie stanowiło przedmiotu oceny. Podniósł również, że (...) cena jednostkowa, rozumiana w sposób w jaki potraktował ją Zamawiający, czyli wskazanie wynagrodzenia miesięcznego nie jest ceną jednostkową. Zgodnie z definicją legalną, zawartą w przepisie art. 3 ust. 2 ustawy o cenach „cena jednostkowa towaru (usługi) - cena ustalona za jednostkę określonego towaru (usługi), którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach” Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający zastosował w niniejszym przypadku definicję nieadekwatną do przedmiotu zamówienia, albowiem przedmiotem zamówienia są usługi a nie sprzedaż towarów. Gdyby zamiarem Zamawiającego było, aby wykonawcy wskazali w oparciu o jakie kryteria obliczając cenę ryczałtową, wówczas, wobec powyższej definicji winien sprecyzować jak, należy to pojęcie rozumieć, czego nie zawarł w siwz, czym wprowadził Skarżącego w błąd. Wskazał również na orzecznictwo oraz doktrynę i kierunek interpretacji przepisów ustawy Pzp, podnosząc, że nie każde pominięcie pozycji kosztorysowej oznacza niezgodność treści oferty niepodlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym w konsekwencji nie zawsze skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty. Reasumując stwierdził, że Zamawiający dopuścił się podczas procedowania co najmniej trzech istotnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, w pierwszej kolejności, dokonując korekty błędu wykonawcy, którego ofertę uznał następnie za najkorzystniejszą i to właśnie na skutek dokonanej korekty. Kolejnym naruszeniem jest odrzucenie oferty Odwołującego, a to z powodu niewypełnienia błędnie i nielogicznie sformułowanego pola formularza, w sytuacji, gdy informacja jakiej w efekcie Odwołujący nie wskazał, wynika z treści złożonej przez niego, w tym samym zdaniu oferty. Wreszcie, naruszeniem przepisów ustawy Pzp jest niedokonanie przez Zamawiającego korekty oferty Odwołującego i niezuzupełnienie formularza o podaną w ofercie wartość ceny jednostkowej, rozumianej w taki sposób przez

Zamawiającego, jaki wynika z innych prawidłowo w jego ocenie złożonych ofert. Biorąc powyższe pod uwagę, wykonawca stwierdził, że żądania zawarte w petitum odwołania są uzasadnione.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając niniejsze odwołanie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron wyrażone w toku posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Izba przede wszystkim ustaliła, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp, albowiem wynosi 596.707,50 zł, co stanowi równowartość kwoty 148.450 euro. Tym samym do niniejszego postępowania odwoławczego ma zastosowanie przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp. To oznacza, że nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę zarzuty podnoszone do oferty wykonawcy Softblue, a dotyczące niezasadnego zastosowania przez Zamawiającego dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i dokonania korekty ceny ofertowej złożonej przez wykonawcę Softblue, w sytuacji gdy ta oferta jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu. Zgodnie z powołanym przepisem art. 180 ust.2 ustawy Pzp odwołanie może dotyczyć na etapie oceny ofert tylko zarzutów związanych z ofertą Odwołującego tj. podstawami wykluczenia z postępowania wnoszącego odwołanie wykonawcy, bądź też – jak w tym przypadku – z podstawami odrzucenia jego oferty. Z tego też względu zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Softblue, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy, Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust.6 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tak jak ustaliła izba, w formularzu oferty, stanowiącym załącznik do specyfikacji [w pkt 1 tego formularza] Zamawiający wymagał podania łącznej ceny ofertowej [netto i brutto], oraz ceny miesięcznej [również netto i brutto]. Wymagał także wskazania ceny jednostkowej, podając (...) miesięczna cena (...) wyliczona na podstawie ceny jednostkowej. Odwołujący wypełnił pozycję dla ceny miesięcznej wskazując wartość netto, stawkę wymaganego podatku oraz wartość brutto, nie wypełnił natomiast pola formularza w zakresie ceny jednostkowej. Pozostali wykonawcy [dwóch oferentów] w polu przeznaczonym na podanie ceny jednostkowej wpisali wielkości analogiczne jak dla ceny miesięcznej netto podanej w ich ofertach. Zamawiający zakwestionował, w tym przypadku, ofertę Odwołującego i odrzucił na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodną

ze specyfikacją z uwagi na de facto brak powtórzenia w polu „cena jednostkowa” ceny miesięcznej netto podanej w tym formularzu. Izba mając na względzie, orzecznictwo oraz doktrynę i kierunek interpretacji przepisów ustawy Pzp, stwierdza, że nie każde pominięcie pozycji w formularzu ofertowej musi oznaczać niezgodność treści oferty ze specyfikacją, niepodlegające poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym w konsekwencji nie zawsze skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i brak zastosowania art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp jest zasadny. Zastosowanie, bowiem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp polegałoby niewątpliwie – zgodnie z interpretacją Zamawiającego – na przeniesieniu do spornego pola, wielkości przypisanej dla wynagrodzenia miesięcznego i ta czynność z pewnością nie powodowałaby żadnych – a tym bardziej istotnych – zmian w treści oferty Odwołującego. Izba jednocześnie uznała, że mimo powyższych ustaleń odwołanie podlega oddaleniu. W tym przypadku Izba miała na uwadze wskazany przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. W niniejszym postępowaniu cena była jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący przedstawił drugą w kolejności cenę, gdyż niższą - uwzględniając sporną korektę ceny - zaoferował wykonawca Softblue, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Co prawda do oferty tej podniesiono zarzut bezzasadnego zastosowania art. 87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże ten zarzut - tak jak wskazano powyżej - wobec treści art. 180 ust.2 ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: