

WYROK
z dnia 29 lipca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 roku przez wykonawcę: **PKS Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach, ul. Warszawska 59, 26-900 Kozienice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Sieciechów, ul. Rynek 16, 26- 922 Sieciechów**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **PKS Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę PKS Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: PKS Sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach na rzecz zamawiającego: Gminy Sieciechów kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Sieciechów [zwana dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Dowóz dzieci i młodzieży do szkół na terenie Gminy Sieciechów w roku szkolnym 2016/2017*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2016 roku pod pozycją 99199. Zamawiający w dniu 11 lipca 2016 roku – listem poleconym za zwrotnym potwierdzeniem odbioru – przesłał informację o wynikach postępowania.

W dniu 18 lipca 2016 roku wykonawca PKS Sp. z o.o. z siedzibą w Koźmienicach [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wobec czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania;
- powtórzenie czynności oceny ofert;
- powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a jednocześnie w wyniku naruszenia przepisów ustawy jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, co powoduje, że może on ponieść szkodę.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 7 lipca 2016 r. (doręczonym mu 12 lipca 2016 r.) zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wprawdzie w treści swojej oferty dopuścił się omyłki, która jednak powinna zostać potraktowana jako oczywista omyłka rachunkowa w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji powinno skutkować dokonaniem

przez zamawiającego poprawienia oferty zgodnie z art. art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a w razie wątpliwości zamawiający powinien zwrócić się do odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie odwołujący zauważył, że istotnie w formularzu ofertowym podał cenę biletu w kwocie netto 59,40 zł. Stwierdził też, iż przy obliczaniu wartości całego zamówienia należało zastosować wzór opisany w treści specyfikacji i w wyniku jego zastosowania uzyskana kwota to 99.792,00 zł netto, co brutto daje wartość 107.775,36 zł. Podkreślił też, iż w ofercie wyłącznie omyłkowo podał wartość ceny biletu 59,40 zł netto, zamiast 59,40 zł brutto (czyli 55,00 zł netto), natomiast wartość całego zamówienia określił już prawidłowo na kwotę 99.934,56 zł brutto.

Zdaniem odwołującego, powyższa omyłka w określeniu ceny za jeden bilet, wobec precyzyjnego wskazania stawki wartości całego zamówienia, jako omyłka oczywista i rachunkowa, mogła być poprawiona przez zamawiającego w oparciu o powołane przez niego przepisy ustawy Pzp, ewentualnie zamawiający mógł i powinien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie zaistniałej wątpliwości. Odwołujący podniósł, że istotą oczywistej omyłki rachunkowej jest to, że nie budzi wątpliwości, na czym polegała i w jaki sposób należy ją poprawić oraz wynika z błędu w zastosowanych działaniach matematycznych. Wskazał, że jeżeli błąd wykonawcy polega na nieprawidłowym obliczeniu wyniku działania matematycznego – a w analizowanym przypadku zastosowaniu określonego wzoru - zamawiający powinien poprawić ten błąd jako oczywistą omyłkę rachunkową, z uwzględnieniem konsekwencji dokonanej poprawy, tj. zmiany łącznej ceny.

Odwołujący powołał się na orzeczenia i opinie dotyczące omyłek, w tym uznania omyłki za oczywistą omyłkę rachunkową, tj. na: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2013 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 783/13; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 26 lipca 2005 r. wydany w sprawie o sygn. akt: IV Ca 340/05 oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych pt.: *„Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej”*.

Reasumując, odwołujący podnosił, że gdyby zamawiający potraktował oczywisty błąd w jego ofercie jako omyłkę rachunkową o charakterze oczywistym, do czego istniały podstawy, to oferta zostałaby poprawiona z korzyścią dla interesu ogólnego, ewentualnie, dla zachowania konkurencyjności oraz równości praw uczestników postępowania, mógłby zwrócić się o wyjaśnienie treści oferty do czego także istniały podstawy ustawowe.

Zamawiający w dniu 21 lipca 2016 roku - za pośrednictwem poczty elektronicznej, a w dniu 22 lipca 2016 roku - w oryginale - złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że: *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], oferty złożonej przez odwołującego, zawiadomienia o wynikach postępowania.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach, tj. w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 21 lipca 2016 roku, a także stanowiska wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 29 lipca 2016 roku.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu dowozu dzieci i młodzieży do szkół na terenie Gminy Sieciechów w roku szkolnym 2016/2017.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując, że: *„W formularzu ofertowym podano cenę biletu netto 59,40 zł. Przy obliczaniu wartości całego zamówienia (zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zastosować wzór: cena biletu x liczba uczniów x 10 miesięcy) uzyskujemy kwotę 99 792,00 zł netto co brutto daje wartość 107 775,36 zł. W ofercie podano wartość całego zamówienia na kwotę brutto: 99 934,56 zł. Powyższe jest niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wskazuje na błędy w obliczeniu ceny.”*

W pkt 12 SIWZ *Opis sposobu obliczania ceny* w ppkt 1 zamawiający określił, iż: *„Cena jednostkowa biletu miesięcznego podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie ewentualne opłaty, wszystkie podatki oraz koszty zatrudnienia opiekuna.”*

W załączniku nr 1 do SIWZ – *Formularz oferty* – zamawiający zawarł wzór tabeli z następującymi rubrykami: „*trasa dowozu*”/ „*trasa odwozu*”, „*godziny jazdy*”, „*ilość przewożonych dzieci*”, „*cena biletu netto*”.

Pod tabelą został określony wzór obliczenia ceny oferty, tj.:

„*Wartość całego zamówienia netto (cena poszczególnych biletów miesięcznych x liczba uczniów x 10 miesięcy): zł*

Podatek VAT: zł

Wartość całego zamówienia brutto: zł

Słownie: ”.

Natomiast w załączniku nr 4 do SIWZ – *wzór umowy* – w § 3 dotyczącym wynagrodzenia wykonawcy zamawiający powtórzył wzór wynikający z formularza oferty i w ust. 1 wskazał, iż: „*Do obliczania wynagrodzenia należy podać trasę przewozu i odległość w kilometrach oraz czas dojazdu i powrotu dzieci w poszczególnych dniach tygodnia jak w załączniku do umowy*”, zaś w ust. 2 podał, iż: „*Wynagrodzenie miesięczne – cena poszczególnych biletów miesięcznych x liczba uczniów*”. Z kolei w § 4 dotyczącym rozliczenia wykonania umowy w ust. 1 zamawiający określił, iż: „*Rozliczenie za przedmiot umowy następować będzie na podstawie faktur lub rachunków wystawionych przez Wykonawcę w okresach miesięcznych/ należy podać ogólną liczbę przejechanych kilometrów z rozbiciem na poszczególne trasy/ z dołu w terminie 30- dni od złożenia dokumentu. Ustalona cena za bilet miesięczny na jednego ucznia nie podlega zmianie z tytułu wzrostu cen na rynku w trakcie trwania umowy*”.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przyznał, iż w treści oferty dopuścił się omyłki, jednocześnie stwierdzając, że omyłkowo podał cenę biletu 59,40 zł netto zamiast 59,40 zł brutto (tj. 55 zł netto), natomiast wartość całego zamówienia podał prawidłowo w kwocie 99.934,56 zł brutto. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż omyłka ta, wobec precyzyjnego wskazania stawki wartości całego zamówienia, powinna zostać potraktowana jako oczywista omyłka rachunkowa w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i poprawiona przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.*

Już nawet z orzeczeń powołanych przez samego odwołującego w treści odwołania wynika, że oczywista omyłka to określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzenia dodatkowych badań, czy ustaleń, a przy oczywistej omyłce rachunkowej każdy ze składników winien być określony i wprost wymieniony, a jedynie niewłaściwie

przeprowadzone działanie matematyczne prowadzi do błędnego wyniku. Izba, w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, podziela również stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2015 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1400/15, w którym stwierdzono, iż: *„Aby daną wadliwość można było zakwalifikować, jako oczywistą omyłkę rachunkową musi ona wynikać z błędnej operacji rachunkowej na liczbach oraz musi to być omyłka widoczna na pierwszy rzut oka, możliwa do wykrycia przez samego Zamawiającego. Za oczywistą omyłkę rachunkową należy więc uznać błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób. Ustawa P.z.p. nie precyzuje co należy uznać za "oczywistą omyłkę rachunkową" w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p., dlatego istotne pozostaje odwołanie się do słownikowego wyjaśnienia, że zwrot "oczywisty" jest tożsamy z "niebudzący wątpliwości". Jeżeli więc dana omyłka będzie wymagała złożenia wyjaśnień lub nie będzie dostrzegalna na pierwszy rzut oka, nie będzie miała cech oczywistości i nie będzie mogła być poprawiona w tym trybie. Poprawieniu oczywistej omyłki musi towarzyszyć poprawienie jej skutków w całej ofercie (formularzu ofertowym), co skutkuje koniecznością prześledzenia całej oferty i poprawienia wszystkich zmian spowodowanych omyłkowym obliczeniem.”.*

W ocenie Izby, błąd w ofercie odwołującego nie nosi znamion oczywistej omyłki rachunkowej, wobec czego nie było podstaw do jego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tak jak tego żąda odwołujący. Podkreślić należy, że – jak słusznie zauważył zamawiający – rubryka w tabeli zawartej w formularzu ofertowym, w której podano cenę jednostkową biletu miesięcznego była oznaczona jednoznacznie jako „cena biletu netto”. Odwołujący wpisał w rubryce odnoszącej się do ceny biletu netto wartość 59,40 zł (oraz 29,70 zł dla 6 biletów w jedną stronę), przy czym podstawienie tej ceny do wzoru określonego przez zamawiającego, tj. w formularzu oferty, tj. wartość całego zamówienia netto jako wynik iloczynu: cena poszczególnych biletów miesięcznych x liczba uczniów x 10 miesięcy, daje inny wynik wartości całego zamówienia netto niż określony przez odwołującego na kwotę: 92 532,00 zł, a mianowicie daje kwotę 99 792,00 zł. Jednocześnie należy zauważyć, że z żadnego miejsca w ofercie nie wynika kwota 55 zł netto jako cena jednostkowa za bilet miesięczny. Zatem trudno uznać to za oczywistą omyłkę rachunkową, tym bardziej, że nawet dokonując obliczeń niejako „od tyłu”, tj. przyjmując jako wyjściową i prawidłową wartość całego zamówienia brutto wskazaną przez odwołującego w formularzu oferty, co do której odwołujący w odwołaniu oświadczył, że jest ona prawidłowa, tj. kwotę 99 934,56 zł brutto (92 532,00 zł netto), to i tak w wyniku przeprowadzonych działań matematycznych nie zostanie osiągnięta wartość 55 zł netto. Mianowicie, gdyby przyjęć kwotę 55 zł jako jednostkową cenę netto biletu miesięcznego w obie strony, to po dokonaniu

odpowiednich obliczeń – według wzoru zawartego w formularzu ofertowym – wartość całego zamówienia netto wynosiłaby 92 400,00 zł netto (brutto 99 792,00 zł), a nie jak zostało wskazane w ofercie odpowiednio 92 532,00 zł netto i 99 934,56 zł brutto. Powyższe wynika z następujących obliczeń: 55 zł netto x 165 (bilety w obie strony) x 10 miesięcy = 90 750,00 zł netto oraz 27,50 zł netto x 6 (bilety w jedną stronę) x 10 miesięcy = 1 650,00 zł. Zsumowanie kwoty 90 750,00 zł netto i kwoty 1 650,00 zł daje łączną wartość całego zamówienia netto w wysokości 92 400,00 zł, co po powiększeniu o kwotę podatku VAT (8%) w wysokości 7 392,00 zł, daje wynik na kwotę 99 792,00 zł jako wartość całego zamówienia brutto. Z powyższego wynika, iż są to całkiem inne kwoty niż wskazane w ofercie odwołującego. Tym samym, nie sposób stwierdzić, z czego zamawiający miał wywodzić, że faktycznie cena jednostkowa biletu wskazana w formularzu ofertowym 59,40 zł dotyczy ceny biletu brutto, a nie ceny biletu netto, co zresztą sprzeczne byłoby z jednoznacznym brzmieniem oznaczenia rubryki tabeli, w której miała być określona cena jednostkowa poszczególnych biletów miesięcznych. Należy również podnieść, iż jak wynika ze stanowisk obu stron, wyrażonych ustnie w toku rozprawy w dniu 29 lipca 2016 roku, odwołujący podczas otwarcia ofert wyjaśnił zamawiającemu, że w formularzu ofertowym błędnie wskazał cenę jednostkową biletu netto 59,40 zł zamiast 55 zł, zaś kwota 59,40 zł to cena brutto biletu.

Nie ulega zatem wątpliwości, że nie było podstaw do potraktowania błędu w ofercie odwołującego jako oczywistej omyłki rachunkowej i jednoczesnego dokonania poprawy ceny jednostkowej biletu miesięcznego netto z kwoty 59,40 zł na kwotę 55,00 zł.

Nie było też podstaw do zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.* Jakiegokolwiek wyjaśnienia w tej kwestii dodatkowo przeczyłyby bowiem oczywistości omyłki, tym bardziej, że jak powyżej wskazano, z żadnego miejsca w ofercie nie wynika sugerowana przez odwołującego cena jednostkowa biletu miesięcznego w wysokości 55 zł netto.

Z uwagi na powyższe nie potwierdził się podnoszony przez odwołującego zarzut bezzasadnego odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy, ponieważ słusznie zamawiający przyjął, iż oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu.

Jednocześnie Izba zauważa, że bezprzedmiotowe było zarzucenie zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym: *z postępowania*

o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ przepis, o którym mowa powyżej, nie stanowił podstawy odrzucenia oferty odwołującego, a sam odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób w tym zakresie zarzutu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zwanego dalej: „*Rozporządzeniem*”.

Zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia: *W przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę: Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2. Jednocześnie z § 3 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia wynika, że: Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej "kosztami", zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.*

Natomiast z § 3 pkt 1 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się również wpis od odwołania, który w przedmiotowej sprawie wynosi 7 500 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem wysokości zasądzonej kwoty do kwoty wynikającej z powołanego przepisu Rozporządzenia.

Przewodniczący: