

**WYROK**

**z dnia 14 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2016 r. przez wykonawcę - **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIII p; 00-120 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa, Jednostka prowadząca postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13; 50-525 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „**INFRAKOL**” **sp. z o.o. s.k., ul. Rapackiego 14, 59-400 Jawor, TRACK TEC Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław** - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIII p; 00-120 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIII p; 00-120 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59 XVIII p; 00-120 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa, Jednostka prowadząca postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13; 50-525 Wrocław** 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa, Jednostka prowadząca postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13; 50-525 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są *„Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław-Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach - prace na odcinku Wrocław Grabiszyn-Smolec - etap I”*.

Dnia 21 czerwca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 30 czerwca 2016 roku wykonawca Trakcja PRkil S.A., ul. Złota 59 XVIII p; 00-120 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w przedmiotowej sprawie tzn. błędne zakwalifikowanie omyłek określonych w poz. 1.4 i 2.1.2 RCO (Załącznik nr 1 do s.i.w.z.) jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.
2. Art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „INFRAKOL” sp. z o.o. s.k., ul. Rapackiego 14, 59-400 Jawor, TRACK TEC Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław (dalej „konsorcjum”) tj. zakwalifikowanie omyłek określonych w poz. 1.4 i 2.1.2 RCO jako omyłki rachunkowe i ich poprawienie przy jednoczesnym zawiadomieniu wykonawcy, którego oferta została poprawiona.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) poprawienie w ofercie konsorcjum oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) powtórnego dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zarzutów zawartych w odwołaniu,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż działanie zamawiającego wydaje się nieuprawnione i nie mające żadnego uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Odwołujący nie znajduje bowiem

uzasadnienia dla działania zamawiającego, który uznał, iż wartości wpisane w kolumnie „Wartość globalna PLN netto” jest wartością poprawną, a całkowicie zignorował wartości wpisane przez konsorcjum w kolumnie „Cena jednostkowa PLN netto” przyjmując, iż stanowią one inne omyłki konsorcjum. Zamawiający swoją subiektywną, niczym nie uzasadnioną decyzją uznał, że ceny jednostkowe są wpisane przez konsorcjum w sposób wadliwy i należy poprawić w ten sposób, aby zrównać ich wartość z wartościami wskazanymi w kolumnie kwot globalnych. Takie działanie zamawiającego narusza zasady ustalone w art. 87 ustawy Pzp, bowiem pierwszym działaniem zamawiającego powinno być ustalenie, czy omyłki stanowią oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe. Dopiero w razie stwierdzenia, że omyłki popełnione przez wykonawcę nie należą do żadnej z tych dwóch grup, zamawiający winien zbadać ofertę zgodnie z kryteriami wskazanymi w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (KIO/UZP 1978/10). Zdaniem odwołującego nie budzi wątpliwości fakt, iż już na tym wstępnym etapie zamawiający popełnił błąd poprzez zakwalifikowanie powyższych omyłek jako inne omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a nie jako omyłki rachunkowe zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Oczywistą omyłką rachunkową jest bowiem widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie, odjęcie, mnożenie lub dzielenie poszczególnych pozycji. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. KIO 783/13) omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2, jest to omyłka w przeprowadzonych działaniach na liczbach. Z omyłką rachunkową mamy do czynienia, gdy wykonawca niewłaściwie dokonał mnożenia wymienionych składników. Omyłka powinna mieć charakter oczywisty, co oznacza, że każdy ze składników jest określony i wprost wymieniony, a jedynie niewłaściwie przeprowadzone działanie matematyczne doprowadziło do tego, że podany iloczyn jest błędny.

Mając na uwadze powyższe definicje i charakter popełnionych przez konsorcjum omyłek, nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia właśnie z omyłkami rachunkowymi określonymi w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a uchylony przepis art. 88 ustawy Pzp może być wskazówką dla zamawiającego w zakresie możliwych sposobów poprawiania powstałych omyłek rachunkowych. Nie ma przeszkód, aby zamawiający, w celu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, stosował reguły określone w uchylonym w dniu 24 października 2008 roku, art. 88 ustawy Pzp.

Zgodnie z załączonym do oferty RCO (Załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego) wartość globalna jest obliczana w sposób następujący: Wartość globalna = Cena jednostkowa x Ilość. Mając powyższe na uwadze, zamawiający powinien poprawić zaistniałe omyłki rachunkowe w następujący sposób:

- a) poz. 1.4 - wartość globalna powinna wynosić 200 000,00 zł (cena jednostkowa 200 000,00 zł x ilość 1 = 200 000,00 zł);
- b) poz. 2.1.Z.1 - wartość globalna powinna wynosić 30 000,00 zł (cena jednostkowa 30 000,00 zł x ilość 1 = 30 000,00 zł)

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp interes odwołującego doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia. Gdyby zamawiający prawidłowo zakwalifikował popełniane przez konsorcjum omyłki jako omyłki rachunkowe to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „INFRAKOL” sp. z o.o. s.k., ul. Rapackiego 14, 59-400 Jawor, TRACK TEC Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław, którzy wnieśli pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podzielając stanowisko prezentowane przez zamawiającego, jak i przystępującego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

W toku oceny oferty konsorcjum pod kątem spełniania warunków wskazanych w s.i.w.z. zamawiający stwierdził, że w załączniku nr 1 do formularza ofertowego - RCO (str. 0007):

- a) w poz. 1.4-w kolumnie „Cena jednostkowa PLN netto” jest wpisana kwota 200 000,00 zaś w kolumnie „Wartość globalna PLN netto” wpisana jest wpisana kwota 180 000,00 zł;
- b) w poz. 2.1.Z.1 - w kolumnie „Cena jednostkowa PLN netto” jest wpisana kwota 30 000,00 zaś w kolumnie „Wartość globalna PLN netto” wpisana jest wpisana kwota 28 000,00 zł.

W obydwu powyższych przypadkach w kolumnie „ilość” wpisana jest cyfra 1.

Zamawiający dysponując powyższymi informacjami, zakwalifikował powyższe omyłki jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z s.i.w.z. na podstawie art. 87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp i wezwał konsorcjum do wyrażenia zgody na ich poprawienie w ten sposób, że jako prawidłowe uznał pozycje zawarte w kolumnie „Wartość globalna PLN netto” i zmienił ofertę w ten sposób, iż zrównał ceny jednostkowe z kwotą globalną.

Zdaniem Izby, aby prawidłowo przyporządkować zastosowanie określonego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp, koniecznym jest ustalenie charakteru popełnionych omyłek w kontekście charakteru wynagrodzenia (kosztorysowy lub ryczałtowy).

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, co w ocenie Izby oznacza, że w ofercie musi powstać taka omyłka, której konsekwencje rachunkowe mają znaczenie dla wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym zastosowanie tego przepisu znajduje swoje odzwierciedlenie w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. W tym przypadku zaistnieć może również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, a mianowicie taka, że wykonawca prezentując swoją cenę w rozbiciu na poszczególne, ważne dla zamawiającego elementy, mimo charakteru wynagrodzenia ryczałtowego dla całości zamówienia, może w niektórych elementach, tych, w których zamawiający żądał podania wynagrodzenia obmiarowego (kosztorysowego), popełnił omyłki rachunkowe wynikające z błędnego zaokrąglenia niektórych pozycji. Nie zmienia to jednak faktu, że przy omyłkach, które nie dają się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, daje się zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Biorąc zatem pod uwagę okoliczność, iż charakter wynagrodzenia dla przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy, to ewentualne omyłki dotyczące cen jednostkowych i całkowitych za pozycje, muszą być skorelowane z ceną całkowitą oferty.

W tym względzie, w ocenie Izby, zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawiając omyłkę dotyczącą ceny jednostkowej dostosowując jej

wysokość do ceny całkowitej za daną pozycję, gdyż suma wszystkich pozycji cen jednostkowych zgodna jest z oświadczeniem woli wykonawcy, co do wysokości ceny ofertowej, jako całości, wszystkich poszczególnych pozycji oferty.

Nadto wskazać należy, co znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, że wszelkiego rodzaju omyłki popełnione przez wykonawców w ofertach cenowych, w zakresie cen jednostkowych, pozostają bez znaczenia w przypadku ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Dlatego też nawet, gdyby zamawiający zaniechał poprawienia oferty przystępującego w skarżonych pozycjach, to i tak wykonawcę obowiązywałaby cena całkowita za daną pozycję, bez względu na to, jaka wartość została podana za cenę jednostkową w danej pozycji. Badanie oferty, przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, tj. odniesienie poszczególnych cen jednostkowych, jeżeli zostały wyszczególnione w szczegółowym kosztorysie, czy też tak jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu w RCO (Rozbiciu Ceny Ofertowej), znajduje swoje zastosowanie jedynie w kontekście badania, czy oferta wykonawcy zgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie objęcia ofertą wszystkich elementów zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....