

WYROK
z dnia 23 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Goliat II Sp. z o.o., Branno, ul. Konwaliowa 6, 62-586 Rzgów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Wilczyn, ul. Strzelińska 12D, 62-550 Wilczyn**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Goliat II Sp. z o.o., Branno, ul. Konwaliowa 6, 62-586 Rzgów** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Goliat II Sp. z o.o., Branno, ul. Konwaliowa 6, 62-586 Rzgów** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Goliat II Sp. z o.o., Branno, ul. Konwaliowa 6, 62-586 Rzgów** na rzecz **Gminy Wilczyn, ul. Strzelińska 12D, 62-550 Wilczyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Koninie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Wilczyn ul. Strzelińska 12D, 62-550 Wilczyn prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Wilczyn” (znak sprawy: 271.2.2017), dalej jako: „Zamówienie”
Przedmiotem Zamówienia są roboty budowlane (CPV 45320000-6, 45260000-7, 45310000-3, 45421130-4), ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30.01.2017 r., nr 16710 - 2017. Tym samym dla postępowania zastosowanie mają przepisy Pzp w brzmieniu po nowelizacji, która weszła w życie 28.07.2016 r,

Odwołujący: Goliat II sp. z o.o. Branno, 62-586 Rzgów, dnia 13 marca 2017 roku wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert, wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie:

2.1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz, a omyłki zawarte w ofercie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako niepowodujące zmian w ofercie,

2.2. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

2.3. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie Jego zastosowania i brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia,

2.4. art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania i brak poprawienia oczywistych omyłek w ofercie Odwołującego,

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp oczywistych omyłek w ofercie Odwołującego oraz wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,

dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

UZASADNIENIE

Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej mailem dnia 06.03.2017 r. Termin na złożenie odwołania dotyczącego czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego, upływa 13.03.2017 r. (bowiem

11.03.2017 r. przypadła w sobotę), a zatem odwołanie składane jest w przepisany 5-dniowym terminie.

Odwołujący, zgodnie z treścią art 180 ust. 5 ustawy Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego dnia 13.03.2017 r. za pośrednictwem faksu oraz mailem.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w postępowaniu, a jego oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans spośród wszystkich złożonych ofert. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający byłby zobligowany do zawarcia z umowy na realizację Zamówienia.

Postępowanie toczy się w trybie procedury odwróconej z art. 24 aa Pzp, zgodnie z pkt 9.1. siwz.

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty, spośród których najkorzystniejszy bilans kryteriów ocenianych przez Zamawiającego przedstawia oferta Odwołującego.

Zamawiający dnia 21.02.2017 r. wezwał Odwołującego do przedłożenia kosztorysu szczegółowego, trzech referencji oraz parafowanego wzoru umowy. Jako podstawę wezwania Zamawiający wskazał art. 26 ust. 4 Pzp. Było to jednak oznaczenie błędne, bowiem ww. dokumenty nie zostały wcześniej złożone przez Odwołującego, lecz zastały złożone dopiero w odpowiedzi na ww. wezwanie. Tym samym należy uznać, że było to wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp.

Zamawiający, po otrzymaniu ww. dokumentów odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu decyzji wskazał, że oferta nie jest zgodna z siwz, wykonawca nie przedstawił referencji wymaganych przez Zamawiającego, a ponadto oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Wnioski Zamawiającego są błędne, bowiem oferta Odwołującego jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu.

[brak sprzeczności oferty Odwołującego z siwz]

W pierwszej kolejności Zamawiający zarzucił ofercie Odwołującego, że w sposób nieprawidłowy zostały wpisane w kosztorysach wartości wskazane w obmiarach. Zamawiający zakwalifikował to uchybienie jako niezgodność oferty Odwołującego z siwz.

Odwołujący przyznaje, że w 6 pozycjach kosztorysowych w sposób błędny wskazał ilości oferowanych prac. Nie zgadza się jednak z dokonaną przez Zamawiającego kwalifikacją charakteru omyłek. W ocenie Odwołującego, uchybienie stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz., niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.

Bezsporne jest, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy przepisał wartości obmiarowe z siwz. Stanowi to omyłkę oczywistą, bowiem przyjęte przez Odwołującego ilości różnią się od

ilości wskazanych przez Zamawiającego. Omyłkę ta można poprawić wyłącznie na jeden sposób, tj. poprzez zmianę ilości obmiarowych na prawidłowe i powtórzenie działania mnożenia. Jednocześnie, nie jest to zmiana istotna, bowiem spowoduje to obniżenie wartości oferty Odwołującego zaledwie o 14.937,03 zł, przy cenie ofertowej przekraczającej milion złotych. Jednocześnie, nie zmieni to kwalifikacji ofert, bowiem oferta Odwołującego jest i pozostanie po zmianie ofertą najkorzystniejszą.

Warto przywołać wyrok KIO 425/16 zgodnie z którym W każdej sprawie „istotność” będzie miała odmiennie rozumiane znaczenie. W jednym przypadku może bowiem okazać się, że nieistotną jest omyłka, która zmienia cenę oferty o np. milion złotych, natomiast w innej sprawie może być to zmiana ceny oferty o 100 złotych. Omyłki mogą również dotyczyć innych elementów oferty, takich jak termin realizacji zamówienia, warunki płatności, sposób realizacji zamówienia, lecz muszą one być rozpoznawane indywidualnie. Istotną okolicznością, która może mieć decydujący wpływ na stwierdzenie „istotności” omyłki ma to jak jej poprawienie wpłynie na sytuację wykonawcy, którego oferta zawiera taką omyłkę, w rankingu ofert. Wniosek taki można wyciągnąć analizując treść art. 87 ust 2 pkt 3 w powiązaniu z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 7 oraz art. 46 ust. 4a ustawy pzp.

O możliwości poprawienia w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp błędów związanych z ilościami obmiarowymi wielokrotnie wypowiadała się KIO, opiniując taką możliwość pozytywnie. Przywołać warto: Uchwała KIO z dnia 29.09.2014 r. sygn. akt KIO/KD 85/14: W ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu II, w pozycjach 1.29 i i.30 wykonawca wskazał ilość 489,600 m² (i ceny jednostkowe - odpowiednio: 0,832 oraz 42,119, co dawało wartość ww. pozycji odpowiednio: 407,35 zł oraz 2,061,46 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w każdej z tych pozycji roboty budowlane w ilości 789,600 m² (zgodnie z przedmiarem robót). W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego z dnia 28 maja 2013 r. wykonawca złożył poprawiony kosztorys ofertowy, w którym w pozycjach 1.29 i 1.30 wskazał prawidłowe ilości (tj. 789,600 m²), lecz zmniejszył ceny jednostkowe tych pozycji - odpowiednio na: 0,516 i 26,116 dostosowując się do wymogu zamawiającego, by wartość pozycji (tj. iloczyn „ilości” i „ceny jednostkowej”) pozostała niezmieniona. Drugi z wezwanych wykonawców uzupełnił na wezwanie Zamawiającego kosztorys, IV świetle tego stanu faktycznego, Zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Ta poprawa winna dotyczyć niezgodności oferty z SIWZ tj., składającym się na nią przedmiarem, w zakresie ilości w pozycjach 1.29 i 1.30 kosztorysu ofertowego (w miejsce

489,600 m², powinno być podane 789,600 m²). Wyrok KIO z dnia 07.06.2016 r. sygn. akt KIO 881/16

Błędy będące wynikiem przeoczenia przez wykonawcę wyjaśnień co do ilości spornych pozycji kosztorysowych uzasadniają zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Omyłka tego typu jest omyłką prostą do identyfikacji i poprawienia bez potrzeby prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust 1 tej ustawy.

Wyrok KIO z dnia 31.05.2016 r. sygn. akt KIO 836/16 Poprawieniu w trybie art, 87 ust 2 pkt 3 ustawy /.../ mogą podlegają wszystkie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ spełniające wymogi ustawowe. Poprawieniu w tym trybie może w szczególności podlegać także błędny opis pozycji jaki i nieprawidłowa ilość obmiarowa. Dopiero po poprawieniu tych omyłek należy usunąć rozbieżność pomiędzy ceną jednostkową a wartością.

Wyrok KIO z dnia 17.05.2016 r. sygn. akt KIO 727/16 Skoro oferta została przygotowana na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej to stwierdzenie, iż nie jest ona zgodna z SIWZ jedynie na tej podstawie, iż odbiega w nieistotnym znaczeniu od opisu pozycji przedmiarowej, nie stanowi przeszkody do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Celem postępowania nie jest bowiem dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Skoro wyceną kosztów objęto pozycję, która uległa modyfikacji tylko w przedmiarze i to już po wszczęciu postępowania, to zmiana ta nie wpływała znacząco na całość oferty i zakres prac ujętych przedmiotem zamówienia. Skoro w kosztorysie ofertowym ujęto wycenę pozycji przed zmianą, zamawiający mógł dokonać samodzielnie poprawienia opisu, zidentyfikowanej poprzez poprzednie brzmienie, pozycji kosztorysowej i jej ilości, a następnie wystąpić do wykonawcy o zgodę, której brak dopiero uzasadniałby odrzucenie oferty.

Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 463/16 Tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust, 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych, Poprawieniu podlegają wadliwie podane elementy kalkulacyjne, jednostki miary, opisy pozycji kosztorysowych, w tym ilości, wymiary - również takie, które mają wpływ na cenę oferty, ale nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Oceny istotności zmian w treści oferty należy dokonywać w konkretnym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

[tryb procedowania w zakresie referencji]

Zamawiający jako drugą podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że wykonawca na wezwanie zamawiającego przedstawił referencje, które jednak nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Jako podstawę prawną swego działania wskazał art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Pomijając oczywisty w ocenie Odwołującego fakt, że ewentualną podstawę do braku wyboru oferty Odwołującego na tej podstawie byłby art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp (wymogi co do doświadczenia wykonawcy odnoszą się bowiem nie do treści oferty, a do osoby wykonawcy), to nawet, gdyby Zamawiający wykluczył Odwołującego na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, to byłoby to działanie błędne. Wskazać należy wyrok sygn. akt KIO 270/16), wskazujący, że czym innym jest badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym podstaw wykluczenia wynikających z art. 24 ust 1 ustawy pzp (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), a czym innym niezgodność merytoryczna treści oferty z treścią siwz, analizowana przez zamawiającego w ramach oceny ofert.

Zamawiający w swoim działaniu całkowicie pominął dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp, nakazującą Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów, w wypadku kiedy uzna, że przedstawione przez niego dokumenty nie spełniają wymogów siwz.

Jak wskazano powyżej, wezwania Zamawiającego z dnia 21.02.2017 r. (dalej jako: Wezwanie") nie można uznać za wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ani nawet za wezwanie w trybie art. 26 ust, 4 Pzp, jak to zostało błędnie oznaczone w Wezwaniu.

Wezwanie do uzupełnienia referencji w trybie art, 26 ust. 3 Pzp było obowiązkowe, bowiem jak wskazano w wyroku (sygn. akt KIO 194/16), tryb art. 26 ust 3 ustawy znajduje zastosowanie do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy, czyli dokumentów potwierdzających spełnianie, po pierwsze - warunków udziału w postępowaniu, a po drugie - przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Potwierdza to wyrok KIO 2437/16, W tym postępowaniu, prowadzonym w procedurze odwróconej z art. 24aa Pzp, w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca miał przedłożyć oświadczenie na podstawie art, 25 a Pzp. Zamawiający wezwał następnie tego wykonawcę do złożenia aktualnych dokumentów, podając jako podstawę prawną wezwania art. 26 ust 2(2f, 3, 3a i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Następnie Zmawiający wykluczył tego wykonawcę, podając jako podstawę prawną art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała działania zamawiającego za wadliwe. Wskazała, że; „od procedury wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów, o której mowa w art. 26 ust 2 ustawy Pzp, natęży odróżniać procedurę wezwania do uzupełniania oświadczeń i

dokumentów wymienioną w art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Pierwsza z nich nakłada obowiązek złożenia określonych oświadczeń i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w określonym terminie. Natomiast procedura z art 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć wraz z ofertą, ale także dokumentów, które należało złożyć w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Izba odwołała się w tym zakresie również do opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej tego zagadnienia.

W konsekwencji Izba uznała, że działanie zamawiającego polegające na wezwaniu „odwołującego do złożenia i uzupełnienia tych samych oświadczeń i dokumentów jednocześnie w trybie art. 26 ust. 2 i w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, było z zasady błędne. Procedura z art. 26 ust 2 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia dokumentów, których wykonawca nie miał jeszcze obowiązku składać, Natomiast procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, była i pozostaje procedurą uzupełniającą, która znajduje zastosowanie w sytuacji gdy wykonawca nie sprostął obowiązkowi złożenia dokumentów (w ofercie - w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć na tym etapie lub w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art 26 ust. 2 Pzp - w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć dopiero w terminie określonym w wezwaniu). Działanie zamawiającego, który wyklucza wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp, bez wykorzystania obligatoryjnej procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należało ocenić jako nieprawidłowe”.

Konieczność zastosowania procedury z art. 26 ust 3 Pzp przed zastosowaniem sankcji wykluczenia wykonawcy z Postępowania wynika z literalnego brzmienia tego przepisu. Podkreśla to także jednolite orzecznictwo KIO w tym zakresie. Przykładowo przywołać można: wyrok KIO 145/16):

Art. 26 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w przypadku ich nie złożenia, ale również w sytuacji, gdy złożone dokumenty zawierają błędy

Wyrok KIO 918/15: Odrzucenie oferty nie może nastąpić bez zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy pzp.

Wyrok KIO 575/15): Okoliczność niezłączenia opisanych w siwz dokumentów czy oświadczeń nie można kwalifikować do sprzeczności treści oferty z treścią siwz, czyli art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W każdym przypadku braku dokumentów wymienionych w siwz należy wzywać wykonawcę do ich przedłożenia, czyli uzupełnienia w myśl procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, Czym innym jest procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów w procedurze odwróconej, a czym innym wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3

Pzp. Brak zastosowania tej procedury uniemożliwia wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie Jego oferty.

[brak błędu w obliczeniu ceny]

Jako ostatnią przesłankę do odrzucenia oferty odwołującego, Zamawiający wskazał, że Wykonawca w ofercie w błędny sposób wyliczył cenę zamówienia tj. kwotę podatku VAT, co poskutkowało błędnym wyliczeniem kwoty końcowej realizacji zamówienia.

Stanowisko to jest błędne. Po pierwsze wskazać należy, że nieprawdziwym jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby błąd w obliczeniu wysokości VAT skutkował błędnym wyliczeniem kwoty końcowej realizacji zamówienia. Wskazana przez Odwołującego cena brutto jest bowiem prawidłowym wynikiem sumy ceny netto oraz 23% stawki VAT od ceny netto. Zarówno podana przez Odwołującego cena netto jak i cena brutto są więc prawidłowe.

Odwołujący przyznaje, że w poz. 1, 2 oraz sumie formularza ofertowego w kolumnie „stawka VAT” wpisał nieprawidłowe wartości wyniku iloczynu stawki netto oraz stawki VAT 23%. Nie są to jednak różnice znaczące.

W pierwszej pozycji, zamiast prawidłowej stawki VAT - 116.412,96 zł, Odwołujący wpisał kwotę 116.412,90 zł (6 groszy różnicy). W drugiej pozycji, zamiast prawidłowej stawki VAT - 101.908,71 zł, Odwołujący wpisał kwotę 101.908,70 zł (1 grosz różnicy). Natomiast w sumie pozycji, zamiast prawidłowej stawki VAT - 218.413,68 zł, Odwołujący wpisał kwotę 218.413,60 zł (8 groszy różnicy). Łączna różnica ww wpisanych stawkach wynosi więc 15 groszy. Przy wartości całej oferty - przekraczającej milion złotych, jest to różnica tak bagatelna, że nie powinna być brana pod uwagę.

Potwierdza to także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.01.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1685/09), zgodnie z którym za błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty w trybie art, 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) nie może być uznana sytuacja w której od podanej ceny netto - co do której prawidłowości brak jest jakichkolwiek wątpliwości - obliczony jest podatek w stawce 22% - co do której również, biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia brak jest wątpliwości prawidłowości jej zastosowania ~ z błędem wynoszącym 2 grosze.

Niezależnie jednak od wysokości różnicy w cenie związanej z nieprawidłowym obliczeniem stawki VAT należy wskazać, że w żadnym wypadku nie może to zostać uznane za błąd w obliczeniu ceny. Taki błąd stanowi bowiem oczywistą omyłkę rachunkowa, podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Błąd polegający na wpisaniu nieprawidłowego (różniącego się o kilka groszy) wyniku iloczynu ceny netto i stawki 23% jest omyłką czysto matematyczną, skutek działania na liczbach. Oczywistym jest też, jak należy taką omyłkę poprawić, bowiem oczywiste są poprawne wyniki tych działań. A zatem omyłka taka spełnia wszystkie przesłanki z art. 87 ust 2 pkt 2 Pzp i podlega poprawieniu.

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie omyłka ta ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej, Z ostrożności procesowej wskazuje jednak, że z uwagi na fakt, że cena netto oraz brutto są prawidłowe, a błąd występuje wyłącznie w pozycji „stawka VAT”, rozbieżność tą można rozważyć także w kontekście omyłki pisarskiej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy pzp wskazując na upływ terminu związania ofertą odwołującego, co uniemożliwia udzielenie mu zamówienia. Wskazał także na otrzymanie kopii odwołania po upływie godzin urzędowania zamawiającego, co ocenił jako uchybienie terminu doręczenia kopii odwołania.

W razie nieuwzględnienia wniosku jw., wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując stanowisko przedstawione w swojej decyzji, zaskarżonej odwołaniem.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący poparł odwołanie wraz z zawartą w nim argumentacją, wskazując także na przytoczone orzecznictwo Izby. Stwierdził, że zachodziły przesłanki poprawienia omyłki kosztorysu ofertowego w stosunku do przedmiaru w 6 wskazanych pozycjach na podstawie informacji zawartych już w ofercie. Przypomniał, że nastąpiła oczywista omyłka rachunkowa w obliczeniu kwoty podatku vat opisana w uzasadnieniu odwołania.

Podtrzymał stwierdzenie okoliczności zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Stwierdził, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia zdefiniowanym w art. 179 ust. 1 ustawy PZP.

Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w złożonym piśmie – odpowiedzi na odwołanie. Wskazuje także na pozycję 173 kosztorysu ofertowego (str. 40), która zawiera błąd w oznaczeniu ilości przez wskazanie 1 kompletu, a wielkość ta w stosunku do przedmiaru powinna być przedstawiona w metrach sześciennych. Stwierdził, że wskazany błąd nie może być poprawiony w trybie przewidzianym ustawą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, uwzględniając dokumentację postępowania, w tym treść przedmiarów robót oraz treść oferty odwołującego wraz z załączonymi dokumentami oraz biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba uznaje, że odwołujący legitymuje się materialnoprawną przesłanką rozpoznania odwołania, a tym samym wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, zdefiniowany w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Odmiennie twierdzenie zamawiającego, który przedstawił stanowisko, że wobec upływu terminu związania ofertą, wykonawca utracił taki interes, nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji postępowania, bowiem przed upływem terminu związania ofertą zostało wniesione dnia 13 marca br. odwołanie ze skutkiem prawnym w postaci zawieszenia tego terminu, zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy pzp. Izba uznaje także, że Zamawiający otrzymał kopię odwołania w wymaganym ustawą terminie, natomiast fakt, że nastąpiło to po godzinach urzędowania nie oznacza uchybienia terminu, który dla omawianej czynności liczony jest w dniach.

Odnosząc się do zarzutów odwołania skład orzekający stwierdza, że większość z nich jest uzasadniona.

I tak w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz, a omyłki zawarte w ofercie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako niepowodujące zmian w ofercie, skład orzekający uznaje za zasadny zarzut zaniechania zastosowania procedury poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym w pięciu pozycjach, w których wykonawca omyłkowo wpisał nieprawidłową ilość (liczbę) jednostek obmiarowych przy poprawnej cenie jednostkowej.

Czynność poprawienia była możliwa bez prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, a jedynie na podstawie treści oferty. Jednakże z jednym wyjątkiem, wskazanym w toku rozprawy przez zamawiającego. Oto bowiem w pozycji 173 (s. 40) kosztorysu ofertowego „Kalkulacja – opłaty za utylizację materiałów drewnianych lub zagospodarowanie we własnym zakresie na drewno opałowe na odpowiedzialność zainteresowanego – elementy drewniane” obmiar jest ofercie z jednostką miary określoną jako „1 komplet” z ceną jednostkową i wartością pozycji w jednakowej wysokości. Natomiast pozycja ta wymagała wyceny z odmienną jednostką miary i wielkością tj. winno być 12,11 m³. W tej sytuacji zamawiający nie mógł i nie miał podstaw się domyślać, jaką cenę przyjąć z kosztorysu, przy założeniu wprowadzenia poprawki w postaci wymaganych metrów sześciennych, tj. czy miała by to być cena jednostkowa z kosztorysu przemnożona przez

wymaganą objętość, czy też cena kosztorysowa dotyczy całej pozycji i braku w tym zakresie zastosowania procedury poprawienia omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

Powyższa pozycja jako niewątpliwie niezgodna z niesporną treścią przedmiaru jako elementu siwz stanowi potwierdzenie zasadności uznania przez zamawiającego zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W tym stanie rzeczy niezasadne zaniechanie zamawiającego poprawienia innych omyłek, w tym również co do wyliczenia ceny oferty wraz z kwotą podatku oraz zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, jakkolwiek potwierdzone w toku postępowania odwoławczego, nie mają wpływu na wynik postępowania, w szczególności czynność odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji mając na uwadze przepis art. 192 ust. 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: