

Sygn. akt: KIO 129/18

**WYROK**  
**z dnia 2 lutego 2018 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2018 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) DIM Constructions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, adres dla pełnomocnika ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Gminę Radków z siedzibą w Radkowie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 129/18 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) DIM Constructions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) DIM Constructions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (1) DIM Constructions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz

(2) IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Gminy Radków z siedzibą w Radkowie kwotę 4.337,51 zł (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści siedem złotych 51/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych. (t.j. Dz.U 2017 poz. 1579 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 Świdnicy.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Radków Ul. Rynek 1 57-420 Radków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Tłumaczowie”.

W dniu 16.01.2018r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: DIM COSTRUCTION Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa IDS-BUD S.A. (Partner Konsorcjum) ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa zwanych dalej Odwołującym, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Dnia 22 stycznia 2018 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP — poprzez jego zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo tego, iż oferta Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny
- art. 87 ust. 1 PZP — poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty
- art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP — poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Odwołującego, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp — poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Pzp, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego
- dokonania ponownego badania o ceny ofert
- wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Odwołującego bądź oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, iż jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego, która była najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czym pozbawił Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty wskazał, iż w ofercie Odwołującego w przedmiarze Robót PR.OO poz. 6 „Utrzymanie zaplecza budowy” nie została wyceniona pozycja „cena jednostkowa” — wyceniona została tylko wartość netto na kwotę 500,00 zł. Zamawiający zaznaczył słusznie, iż w świetle komentarzy oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej może się wydawać, iż powyższy błąd lub omyłka byłaby możliwa do poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Jednakże zaniechał tej czynności z uwagi na okoliczność, iż w przypadku podzielenia kwoty 500 zł na 13 miesięcy, uzyskany wynik, po zaokrągleniu do dwóch miejscach po przecinku i ponownym przemnożeniu nie da kwoty 500 zł. Wskazał również, że nie jest w stanie poprawić zaistniałego błędu w sposób prosty i oczywisty, gdyż nie posiada wiedzy w zakresie tego, w jaki sposób błąd winien zostać poprawiony. Dlatego też, w ocenie Zamawiającego, mamy do czynienia z błędem co do obliczenia ceny lub kosztu, w związku z czym oferta Odwołującego winna zostać odrzucona. Zamawiający wskazał, iż błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, iż nie można ich poprawić. Od oczywistych omyłek rachunkowych różnią się też tym, że pozbawione są charakteru „oczywistości”. Zdaniem Zamawiającego nie są to co do zasady błędy w działaniach matematycznych lub w przepisywaniu liczb, bo jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki, ale raczej mają trwały charakter lub nie wiadomo, jak je poprawić. Na potwierdzenie zasadności odrzucenia, przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika m.in. iż „O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu, warunków realizacji”; „Błędem w obliczeniu ceny jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny”.

W ocenie Odwołującego, stanowisko Zamawiającego opiera się na niewłaściwym przyjęciu, że błąd Odwołującego polega na prawidłowym wskazaniu wartości netto w przedmiarze robót PR.OO poz. 6 „Utrzymanie zaplecza budowy” oraz na pominięciu uzupełnienia ceny jednostkowej. I rzeczywiście, w takim przypadku, tj. podzielenia kwoty 500 zł na 13 miesięcy, otrzymany wynik nie byłby możliwy do zastosowania przez Zamawiającego, gdyż ponowne przemnożenie zaokrąglonej do dwóch miejsc po przecinku kwoty 38,46 przez ilość miesięcy, daje wartość 499,98 zł.

Jednakże Odwołujący popełnił błąd poprzez wpisanie kwoty 500 zł w niewłaściwym miejscu, tj. w kolumnie „wartość netto” a nie „cena jednostkowa”. Wydaje się być oczywiste, że Odwołujący nie zaoferował miesięcznego utrzymania zaplecza budowy za kwotę 38,46 zł.

Wiedzę o powyższym Zamawiający powzięłaby, gdyby wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia treści oferty. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2017r. (KIO 1727/17): „Skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 p.z.p. może być konieczne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla

ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Należy odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione."

Bezspornym w niniejszym stanie faktycznym jest fakt, że Odwołujący błędnie uzupełnił dane dotyczące określonego w przedmiarze robót „Utrzymania zaplecza budowy”. Za omyłkę należy bowiem uznać podanie informacji innej niż zamierzona, informacji nieoddającej rzeczywistą wolę jej autora w chwili składania danego oświadczenia. Natomiast Zamawiający mając wątpliwości, co do oświadczenia wykonawcy w zakresie przedmiotu określonego w siwz ma podstawę do zastosowania procedury wyjaśniania treści oferty, określonej przepisem art. 87 ust. 1 p.z.p." (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1539/16 z dnia 31.08.2019.)

Po uzyskaniu informacji o błędzie popełnionym przez Odwołującego, Zamawiający mógł poprawić w ofercie Odwołującego oczywistą omyłkę rachunkową, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. „Artykuł 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie tylko dopuszcza poprawianie przez zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych, ale wprost nakazuje dokonanie takich poprawek. Istnienie ewentualnych wątpliwości zamawiającego co do kwestii, w którym miejscu działań matematycznych wystąpił błąd, nie zwalania zamawiającego z obowiązku dokonania poprawki oczywistej omyłki, zgodnie z logiką dokonywanych działań i intencjami wykonawcy." (KIO 1027/14 z dnia 04.06.2014r.) Zaistniała omyłka i jej konsekwencje, są jednocześnie omyłką pisarską i rachunkową. Przyczyną bowiem omyłki jest błąd pisarski polegający na nieprawidłowym przepisaniu cyfr w niewłaściwym miejscu, czego konsekwencją było nieprawidłowe działanie arytmetyczne, lecz niepolegające na błędnym działaniu matematycznym, lecz nieprawidłowym podstawieniu liczb. Jest on jednak uznawany za omyłkę rachunkową. „Omyłka rachunkowa nie musi być bowiem omyłką polegającą jedynie na błędnym działaniu matematycznym. Jest to raczej rodzaj omyłki występującej w rachunkach czy rachunkowości. A błędne przepisanie liczby jest jedną z klasycznych i najczęściej występujących błędów w obliczeniach." (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.06.2014r., sygn. KIO 1204/14)

Nawet jeżeli uznać, że Zamawiający nie mógł poprawić omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, winien był zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego istotą wprowadzenia było uniknięcie licznych przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic. Powyższe potwierdzają chociażby poniższe wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

„Celem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest umożliwienie poprawiania błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.” (KIO 463/16 z dnia 13.04.2019.)

„Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezamierzonych niezgodności, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.” (KIO 1818/16 z dnia 11.10.2016r. oraz KIO 2492/16 z dnia 16.01.2017r.).

„Intencją ustawodawcy w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.” (KIO 401/17 z dnia 21.03.2017r.)

„Ponieważ niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może stanowić również błąd w obliczeniu ceny, to jako taki podlega on ewentualnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.” (KIO 2346/14 z dnia 28.11.2014r.)

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający sam wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jednakże zaniechał jego zastosowania wyłącznie z powodu braku możliwości podzielenia kwoty 500 zł na 13 równych części. Tymczasem nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP poprawił w ofercie Odwołującego omyłkę, poprzez prawidłowe przyporządkowanie kwoty 500 zł do pozycji „Utrzymanie zaplecza budowy” w przedmiarze robót PR.OO w kolumnie cena jednostkowa i przemnożenie tej kwoty przez ilość miesięcy, co pozwoliłoby na ustalenie wartości netto tych prac na poziomie 6.500,00 zł. Modyfikacja taka nie może być rozumiana jako powodująca istotną zmianę treści oferty. W tym miejscu Odwołujący pragnie przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.06.2017r. o sygn. KIO 1088/17, w ramach którego Izba orzekła, iż: „O istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie.

O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.”. Należy podkreślić z całą mocą, iż dane

obarczone błędem nie dotyczą stricte robót budowlanych, które wykonywane będą w ramach przedmiotu zamówienia a jedynie pozycji dotyczącej utrzymania zaplecza budowy. Trudno też uznać, iż pozycja o wartości 6.500,00 zł, mając na uwadze wartość oferty Odwołującego, opiewającą na kwotę 8.598.315,00 zł, jest elementem cenotwórczym bądź istotnym. Zmiana dokonana przez Zamawiającego w żaden sposób nie wpłynęłaby na sytuację Odwołującego w postępowaniu — jego oferta nadal byłaby najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał, iż błędy w obliczeniu ceny to nie te, które są błędami w działaniach matematycznych lub w przepisywaniu liczb, bo te jako takie mogą zostać uznane za oczywiste omyłki oraz że o błędzie w obliczeniu ceny możemy mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji, że to błąd co do ustalenia prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Trudno jednakże uznać, iż w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący skalkulował cenę oferty w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji, gdyż Odwołujący jedynie nieprawidłowo wprowadził kwotę 500 zł w przedmiarze robót PR.OO, wpisując ją do kolumny „wartość netto” zamiast do kolumny „cena jednostkowa”.

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2018 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

W dniu 26 stycznia 2016 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy. Izba dopuściła Przystępującego do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29 stycznia 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Zakład Inżynierii Sanitarnej „WINSAN” L. W., Z. W. Spółka Jawna z siedzibą w Ścinawce Średniej oraz Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząkowicach Śląskich Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich. Izba nie dopuściła zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym, z uwagi na zgłoszenie przystąpienia z naruszeniem art. 185 ust. 2 Pzp, tj. wykonawca zgłosił przystąpienie po upływie trzydniowego terminu na wniesienie odwołania. Zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w szóstym dniu, licząc od dnia przesłania przez Zamawiającego kopii odwołania.

W dniu 02 lutego 2018 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Również Przystępujący Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o. złożył w dniu 02 lutego 2018 roku pisemne stanowisko, wnosząc również o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 stycznia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie, do protokołu. Izba uwzględniła również stanowiska pisemne zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2018 roku Odpowiedź na odwołanie złożonym w oryginale do akt sprawy w trakcie posiedzenia z udziałem Stron postępowania, oraz stanowisko zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz złożone na piśmie przez Przystępującego podczas posiedzenia.

#### **Izba ustaliła**

Zamawiający - Gmina Radków Ul. Rynek 1 57-420 Radków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w Tłumaczowie” w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z których żadna nie przekroczyła kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia.



Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) Wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oferty zgodnie z poniższymi zapisami:

#### CZĘŚĆ I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW (IDW):

pkt 15 ust. 1 ppkt 2 - Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.

pkt 15 ust. 3 ppkt 1c) – kompletna oferta musi zawierać wyceniony przedmiar robót,

pkt 24 ust. 2 - Wyceniony Przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty.

#### Część II WZÓR UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO — KONTRAKT

##### Część 1- Akt Umowy, pkt 5 i 6

pkt 5 - Rozliczenie wykonanych robót budowlanych odbywać się będzie na podstawie obmiarów robót wykonanych - potwierdzonych przez Inżyniera Kontraktu i cen jednostkowych ustalonych w ofercie Wykonawcy, na tej podstawie zostanie ustalona ostateczna wartość przedmiotu umowy.

pkt 6 - Wynagrodzenie należne Wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym (obmiarowym).

#### CZĘŚĆ 3 - WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU

Klauzula 12.3 Stawki i ceny jednostkowe dla pozycji określonych w wycenionym Przedmiarze Robót są stałe na okres wykonywania Kontraktu i nie podlegają zmianom.

#### CZĘŚĆ III/2 DOKUMENTACJA PROJEKTOWA (DP)

##### DP - 3 Przedmiar Robót

##### Pkt 4. Wycenianie

Jeżeli nie wskazano inaczej w Kontrakcie, to Kontrakt będzie obejmował całość robót, jak określono w Dokumentacji Projektowej, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w oparciu o stawki jednostkowe i ceny podane w wycenionym Przedmiarze Robót.

Ceny i ceny jednostkowe podane w Przedmiarze Robót powinny być wartościami globalnymi, stanowić całkowitą, wszystko obejmującą wartość robót opisanych w tych pozycjach, włączając koszty i wydatki konieczne dla wykonania opisanych Robót razem z wszystkimi robotami tymczasowymi i instalacjami, które mogą okazać się niezbędne, oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyko, obciążenia i obowiązki wymienione w Umowie lub z niej wynikające. Przyjmuje się,

że koszty organizacyjne, ogólne, zysk i dodatki dotyczące wszystkich zobowiązań są równo rozłożone na wszystkie Ceny Jednostkowe.

Ceny Jednostkowe i ceny oferowane w wycenionym Przedmiarze Robót powinny być podawane po kursie obowiązującym przed datą złożenia oferty, z odpowiednim uwzględnieniem zmiany ceny przewidywanej do dnia zakończenia Robót.

Ceny Jednostkowe i ceny powinny być wprowadzone dla każdej pozycji Przedmiaru Robót. Pozycje Robót opisanych w Przedmiarze Robót, przy których nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą zapłacone przez Zamawiającego po wykonaniu i będzie się uważało, że są pokryte przez stawki i ceny innych pozycji Przedmiaru Robót.

Ceny Jednostkowe powinny zawierać wszelkie podatki, opłaty celne i importowe oraz inne płatności, które nie zostały określone osobno w Przedmiarze Robót i Ofercie.

Ceny Jednostkowe wprowadzone do Przedmiaru Robót należy podać w PLN bez podatku VAT. Uważa się, że cena za prace, których nie przedstawiono w oddzielnych pozycjach, została rozłożona na Ceny Jednostkowe i ceny podane dla innych elementów robót.

Stawki i ceny powinny zawierać (ale nie powinny się tylko do tego ograniczać): robociznę, transport, testowanie, kontrolę jakości, materiały, zabezpieczenie, utrzymanie, użytkowanie i naprawy całego sprzętu, urządzeń czy narzędzi, wykonanie i utrzymanie wszystkich prac tymczasowych każdego rodzaju oraz wykonanie wszelkich czynności, jakie mogą być niezbędne dla prawidłowego wykonania Umowy.

Wartości wprowadzane dla każdej pozycji Przedmiaru Robót winny być wynikiem przemnożenia ilości jednostek przez Cenę Jednostkową. Zamawiający dokona poprawek jakichkolwiek błędów arytmetycznych powstałych podczas naliczenia lub dodawania w sposób określony w Instrukcjach dla wykonawców składających oferty.

Odwołujący w przedmiarze robót oznaczonym jako PR.00, w pozycji 6 Utrzymanie zaplecza budowy nie wycenił pozycji właściwej dla ceny jednostkowej, podał jedynie wartość netto dla całej pozycji, obejmującej wartość dla realizacji w okresie 13 miesięcy. Podana wartość netto wynosiła 500,00 zł.

### **Izba zważyła**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez jego zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo tego, iż oferta Odwołującego nie zawierała błędów w obliczeniu ceny, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Należy wskazać, iż ustawa Pzp nie podaje definicji dla sformułowania „błąd w obliczeniu ceny”. Definicja ta została wykształcona przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i zgodnie z nim przyjmuje się, iż błąd w obliczeniu ceny to błąd polegający na nieprawidłowym ustaleniu stanu faktycznego podlegającego wycenie, na przyjęciu niewłaściwych danych do obliczenia ceny, to również każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa błąd, powstały w szczególności poprzez zastosowanie niewłaściwych jednostek, niewłaściwych ilości, zakresu czynności, pominięcie wyceny czy też przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Charakterystycznym elementem błędu w obliczeniu ceny jest brak możliwości jego poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, a konsekwencją wystąpienia, jest konieczność odrzucenia oferty.

Izba wskazuje, iż zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie pozostawiały żadnych wątpliwości, co do konieczności podania cen jednostkowych dla wszystkich wymaganych pozycji przedmiaru robót, a tym samym konieczności wypełnienia całego przedmiaru robót. SIWZ zawiera wyraźne określenia jak należy podać cenę oraz jakie elementy muszą być ujęte w jej kalkulacji, czego Odwołujący nie uczynił w zakresie wyceny pozycji nr 6 w przedmiarze robót PR.00 „Utrzymanie zaplecza budowy.

Odwołujący błędnie, z naruszeniem zapisów SIWZ dokonał wyceny powyższej pozycji, poprzez brak podania ceny jednostkowej. Jak przyznał na rozprawie, świadomy był popełnienia powyższego błędu, i wyjaśnił, że podana kwota 500,00 zł jest ceną jednostkową, która została błędnie wpisana do niewłaściwej kolumny (dotyczącej wartości netto).

W ocenie Izby, poprawienie przez Zamawiającego powyższego błędu jest niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp, ponieważ tak dokonana korekta oferty stanowiłaby nieuprawnioną ingerencję w treść oświadczenia woli Odwołującego, wyrażoną w treści oferty. Powyższe potwierdza poprawność decyzji Zamawiającego, wskazującej na popełnienie błędu w obliczeniu ceny, co oznacza iż wypełniona została przesłanka dopuszczalności odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, która obligowała zamawiającego do odrzucenia oferty.

Izba zatem nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy.

Ponadto, Izba wskazuje, iż z uwagi na złożenie oferty której treść nie odpowiada treści SIWZ, zostały również spełnione przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, Izba również nie podziela stanowiska Odwołującego.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp 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.

Z treści powyższego jednoznacznie wynika, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oferty, zatem informacji podanych w ofercie, stanowiących jej treść, a nie tych, które w treści oferty nie zostały zawarte. Wyjaśnienie tego co nie zostało zawarte w ofercie, nie stanowiącego zatem treści oferty, byłoby ingerencją w treść złożonej oferty. Stanowiło by to działanie niedopuszczalne, wyrażone w art. 87 ust. 1 zdanie drugie, w którym to ustawodawca co do zasady nie dopuścił możliwości negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek ingerencji czy też wprowadzanie zmian w jej treści. Od powyższej zasady ustawodawca ustanowił wyjątek zawarty w art. 87 ust. 1a i ust. 2 Pzp. Zapisy art. 87 ust. 1a Pzp nie mają zastosowania w omawianym stanie faktycznym, ponieważ dotyczą postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego, natomiast Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający nie miał również możliwości skorzystania z regulacji wskazanej w art. 87 ust. 2 Pzp, o czym mowa poniżej, przy analizowaniu kolejnych zarzutów.

W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo postąpił nie wzywając Odwołującego do składania wyjaśnień dotyczących treści oferty. Skorzystanie z możliwości złożenia przez Odwołującego wyjaśnień mogłoby Zamawiającemu dać wiedzę jedynie w zakresie nieprawidłowego wypełnienia przedmiaru robót, o czym Zamawiający wiedział analizując ofertę Odwołującego. W żaden sposób wyjaśnienie treści oferty nie mogłoby mieć wpływu na możliwość poprawienia oferty. Z treści oferty nie wynikała dla Zamawiającego informacja, w jaki sposób mógłby dokonać poprawienia omyłki zawartej w ofercie. Uzyskane w wyniku wyjaśnień informacje dostarczyłyby nowych danych, nowych treści nie zawartych w ofercie, co w konsekwencji stanowiłoby złożenie, nowego oświadczenia woli i nowej oferty, co po upływie terminu składania ofert nie jest dozwolone. Jak wskazuje Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.*

*Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...) W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą*

*na standard i jakość materiałów (wyrok Sadu Okręgowego w Nowym Saczu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sadu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)”.*

Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego brak wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, było działaniem w pełni uzasadnionym. Zamawiający nie może prowadzić negocjacji z wykonawcą ani dokonywać zmiany treści oferty.

W związku z powyższym, zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP — poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty Odwołującego, ewentualnie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp — poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek Izba również nie podziela argumentacji Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) (...),
  - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
  - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Wskazać należy, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta zawiera niezgodność z SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Na uwagę zasługuje fakt, iż wszystkie te trzy elementy muszą wystąpić łącznie, a brak wystąpienia którejkolwiek z nich uniemożliwia poprawienie oferty zgodnie z art. 87 ust 2 pkt. 3 Pzp.

Podkreślić należy, iż charakter takiej omyłki niezależnie od jej skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie w jaki sposób takiej poprawy dokonać. Zatem sposób poprawienia

omyłki winiem być możliwy do ustalenia samodzielnie przez Zamawiającego na podstawie zapisów SIWZ oraz złożonej oferty. Tymczasem brak wskazania ceny jednostkowej w ofercie Odwołującego uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie samodzielnego poprawienia wartości netto dla pozycji nr 6 przedmiaru robót.

Ponadto, do kategorii „innej omyłki” nie może zostać zaliczony brak wskazania przez Odwołującego ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, jeżeli wymóg ten wynikał z zapisów SIWZ. Brak wypełnienia jednej z wymaganych pozycji stanowi brak istotnego oświadczenia co do treści oferty, którego uzupełnienie jest niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert.

W ocenie Izby, niedopuszczalnym jest żądanie przez Odwołującego, aby Zamawiający stosując art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przyporządkował kwotę 500,00 zł wskazaną w ofercie jako „wartość netto” do kolumny „cena jednostkowa” dla pozycji nr 6 przedmiaru robót, poprawiając w ten sposób błąd w ofercie Odwołującego. Działanie takie stanowiłoby ingerencję w treść oferty oraz niedopuszczalną zmianę treści oferty. Bez znaczenia dla powyższego ma wywód Odwołującego, wskazujący na brak istotności zmiany w stosunku do treści oferty.

W konsekwencji, powyższe okoliczności wskazują, iż błędu w ofercie odwołującego nie można zakwalifikować jako „inna omyłka”, co skutkuje brakiem możliwości poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek .

W świetle art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp oczywista omyłka możliwa do poprawienia to taka omyłka, która daje się ustalić jednoznacznie bez możliwości opcji. Opcjonalność poprawienia omyłki wyłącza jej oczywistość, a zatem i możliwość dokonania jej poprawienia.

Błąd popełniony przez Odwołującego nie może zostać zakwalifikowany jako oczywista omyłka rachunkowa. Aby stwierdzić, że została popełniona oczywista omyłka rachunkowa musi wystąpić błąd w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych, i błąd ten musi mieć charakter oczywisty, nie budzący wątpliwości co do prawidłowego wyniku.

W ocenie Izby, błąd popełniony przez Odwołującego nie spełnia powyższych cech. Błędne wpisanie ceny jednostkowej do kolumny właściwej dla wartości netto, nie daje możliwości uznania, iż błąd został popełniony w wyniku błędnego działania arytmetycznego. W ofercie nie zostały podane dane, zgodnie z którymi powinny zostać przeprowadzone działania matematyczne, których celem jest wyliczenie prawidłowej wartości netto dla pozycji nr 6. Zamawiający dysponuje jedynie informacją o wartości netto oraz informacją o ilości miesięcy (wynikającej z zapisów SIWZ) dla których wartość netto ma zostać wyliczona.

Podkreślić należy, iż poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej polega na prawidłowym wyliczeniu wartości arytmetycznej, a nie na uzupełnianiu, dopisywaniu przez Zamawiającego danych nie zawartych w ofercie i nie podanych przez Wykonawcę. W ocenie Izby powyższy zarzut należy uznać za niezasadny.

Reasumując, Izba wskazuje, iż ustawodawca co do zasady nie dopuścił możliwości dokonywania zmian w treści oferty, z wyjątkiem okoliczności wskazanych w art. 87 ust.1a i ust. 2 Pzp.

Powyższe odstępstwa od ogólnej zasady zakazu zmiany treści oferty stanowią wyjątki od reguły, a jako wyjątki nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Ich stosowanie może nastąpić wyłącznie w granicach zakreślonych przepisem. Zatem, jeśli ustawodawca nie objął wyjątkiem od zasady ogólnej, omyłek i błędów innych niż wymienione w art. 87 ust. 1a i art. 87 ust. 2 Pzp, to oznacza, iż nie ma możliwości dokonania poprawienia takich błędów i omyłek.

W analizowanym stanie faktycznym, błąd popełniony przez Odwołującego nie wpisuje się w dyspozycję art. 87 ust. 2 Pzp, a zatem nie ma prawnej możliwości poprawienia takiego błędu. Działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 6 jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny należy uznać za działanie uprawnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 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 ze zm.).

Przewodniczący: .....