

WYROK

z dnia 27 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2013 r. przez **Geokart-International Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie – Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Województwu Mazowieckiemu – Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Mazowieckiego w Warszawie** – unieważnienie czynności poprawiania omyłek w formularzu oferty i kosztorysach w ofertach **Geokart-International Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** dla części 2, 3 i 6 oraz dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Mazowieckie – Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Geokart-International Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Województwa Mazowieckiego – Urzędu Marszałkowego Województwa Mazowieckiego w Warszawie** na rzecz **Geokart-International Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** kwotę **18 600 zł 00 gr**

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Mazowieckie reprezentowane przez Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konwersji baz danych powiatowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego w ramach części zadania projektowego „Wsparcie prac związanych z przekształceniem ewidencji gruntów i budynków (EGiB) do postaci cyfrowej, uzupełnienie danych dotyczących budynków oraz modernizacja tego rejestru, przekształcenie mapy zasadniczej do postaci numerycznej, prace związane z przekształceniem do postaci cyfrowej innych danych przestrzennych, skanowaniem dokumentów uzasadniających wpisy w EGiB” transza III, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 15 maja 2013 roku wykonawca Geokart-International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu w ofertach odwołującego omyłek dla części 2, 3 i 6 zamówienia w formularzu oferty (całkowita cena brutto) oraz kosztorysach dostosowując ich treść do treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego zał. Nr 2b, 2c, 2f do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1/ art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez poprawienie omyłek w ofertach odwołującego dla części 2, 3 i 6 zamówienia w sposób powodujący naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2/ art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez poprawienie omyłek w ofertach odwołującego dla części 2, 3 i 6 zamówienia w formularzu oferty (całkowita cena brutto) oraz kosztorysach dostosowując ich treść do treści Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego zał. Nr 2b, 2c, 2f do SIWZ, w sytuacji gdy nie zaistniały przesłanki wprowadzenia poprawek określone w tym przepisie i poprawki zostały dokonane niezgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1/ uwzględnienie odwołania,

2/ nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu w ofertach odwołującego omyłek dla części 2, 3 i 6 zamówienia w formularzu oferty (całkowita

cena brutto) oraz kosztorysach dostosowując ich treść do treści Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego zał. Nr 2b, 2c, 2f do SIWZ,

3/ przyznanie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający poprawił złożone przez niego kosztorysy ofertowe zmieniając równocześnie ceny całkowite ofert dla części 2, 3 i 6 zamówienia powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonane przez zamawiającego zmiany dotyczą najistotniejszej części oferty złożonej przez odwołującego, jaką jest cena. Zgodnie z § 13 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („Opis sposobu obliczenia ceny”) oferta musi zawierać ostateczną, kwotę brutto, uwzględniając przy tym wszelkie koszty wykonania zamówienia. W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczenia następującej treści: „Oferujemy spełnienie przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami i postanowieniami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków oraz według poniższego zestawienia za całkowitą cenę brutto (z VAT)”. W projektach umów dla części 2, 3 i 6 zawartych w załącznikach Nr 2b, 2c, 2f do SIWZ przewidziano obowiązek podania łącznego wynagrodzenia brutto Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy i określono, że wynagrodzenie to będzie płatne w dwóch transzach, pierwsza w wysokości 70% całkowitego wynagrodzenia brutto, a druga w wysokości 30% całkowitego wynagrodzenia brutto. Oznacza to, iż w postępowaniu i w umowach przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe jako podstawę złożenia oferty i dokonania rozliczeń z Wykonawcą. W związku z tym podana w formularzu ofertowym dla części 2, 3 i 6 cena oferty jest ceną ryczałtową a taka nie może być zmieniana przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Decydujące znaczenie ma podana przez wykonawcę cena ostateczna złożonych ofert a nie dane wynikające z kosztorysu, w oparciu o który dokonywana jest wycena. Zamawiający nie nadał decydującego znaczenia wycenie kosztorysowej i w związku z tym nie może teraz poprawiać składników cenowych zawartych w kosztorysie zmieniając w ten sposób cenę złożonej oferty. Jest to nieuprawniona ingerencja w treść oferty wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki, które zamawiający może poprawić muszą polegać na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ponadto nie mogą spowodować istotnych zmian w treści oferty. W sytuacji gdy dochodzi do niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oferta ulega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z zestawienia tych dwóch przepisów wynika, że ingerencja zamawiającego może dotyczyć jedynie treści oferty.

Odwołujący podniósł, że kosztorysy zostały przez zamawiającego poprawione niezgodnie ze sporządzoną przez niego instrukcją. W instrukcji wskazano bowiem, że suma wartości brutto w wierszu 3 i 4 nie może stanowić więcej niż 3% sumy wartości brutto z pozycji wiersz 14 kol. 5. Po poprawkach wprowadzonych przez zamawiającego ta proporcja wynosi 5,7%. W instrukcji wypełniania kosztorysu dla części zamówienia III - Ostrołęka, w pkt 6 określono, że suma wartości brutto z kol. 5 dla czynności opisanych w wierszu 3 i 4 nie może stanowić więcej niż 41% sumy wartości brutto z pozycji wiersz 14 kol. 5. Po poprawkach wprowadzonych przez zamawiającego ta proporcja wynosi 54,7%. Natomiast w instrukcji wypełniania kosztorysu dla części zamówienia VI - Żuromin, w pkt 6 określono, że suma wartości brutto z kol. 5 dla czynności opisanych w wierszu 3 i 4 nie może stanowić więcej niż 9% sumy wartości brutto z pozycji wiersz 14 kol. 5. Po poprawkach wprowadzonych przez zamawiającego ta proporcja wynosi 13,6%. Zamawiający tak poprawił kosztorys odwołującego, że naruszył reguły jego wypełniania, które sam ustanowił. Uznając, że kosztorys może być poprawiany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający nie mógł tego dokonać w sposób sprzeczny ze SIWZ, w sytuacji gdy poprawianie wszelkich omyłek ma przecież prowadzić do zgodności oferty ze SIWZ.

Problem proporcji cenowych jakie zamawiający określił w instrukcji wypełniania kosztorysów dla wszystkich części zamówienia został zauważony przez wykonawców na etapie przygotowywania ofert. Jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z pytaniem o wyjaśnienie tej kwestii i wskazał na to, że proporcje postawione przez zamawiającego (których celowości ustanowienia zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił) powodują określanie ceny za czynności opisane w wierszu 3 i 4 w oderwaniu od uwarunkowań rynkowych. W wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 22 marca 2013 r. zamawiający w sposób bardzo ogólnikowy odniósł się do tej kwestii pozostawiając pytanie wykonawcy (pytanie nr 1 w wyjaśnieniach z dnia 22 marca 2013 r.) praktycznie bez odpowiedzi. W związku z tym warto zwrócić uwagę na fakt, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym w 2012 r. przez Województwo Mazowieckie udostępniono szacunkowe kosztorysy, w których jako jednostkową wartość prac odpowiadających swym zakresem zakresowi prac określonemu w wierszach 3 i 4 wspomnianych powyżej kosztorysów (z pominięciem sporządzenia pliku wektorowego) przyjęto wartość 50 zł brutto za 1 budynek. W kosztorysach sporządzonych przez Geokart-Interantional Sp. z o.o. w Rzeszowie dla części 2, 3 i 6 wartości jednostkowe za wykonanie prac określonych w wierszach 3 i 4 kosztorysów przyjęto odpowiednio 52,68 zł, 55,82 zł oraz

53,55 zł brutto. Wartości jednostkowe brutto przyjęte w w/w kosztorysach wynikają zatem z rzeczywistych kosztów i nie odbiegają od wartości jednostkowych przyjmowanych w innych kosztorysach.

Izba ustaliła, co następuje:

Formularz ofertowy przygotowany przez zamawiającego zawierał oświadczenie, które obowiązani byli złożyć wykonawcy, biorący udział w postępowaniu o treści: „Oświadczamy, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego”.

Stosownie do § 13 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”:

1. Wykonawca poda cenę wypełniając formularz oferty (załącznik nr 1 do specyfikacji), obliczając wartość zamówienia w oparciu o informacje zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji.
2. Oferta musi zawierać ostateczną, kwotę brutto, uwzględniając przy tym wszelkie koszty wykonania zamówienia

Zgodnie z § 20 SIWZ „Informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 p.z.p., jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień” - zamawiający przewiduje dokonanie zamówień uzupełniających o wartości do 20 % zamówienia podstawowego.

Ponadto Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku zamawiającego, wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia nie było wynagrodzeniem kosztorysowym. Stosownie bowiem do treści § 13 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”:

1. Wykonawca poda cenę wypełniając formularz oferty (załącznik nr 1 do specyfikacji), obliczając wartość zamówienia w oparciu o informacje zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji.

2. Oferta musi zawierać ostateczną, kwotę brutto, uwzględniając przy tym wszelkie koszty wykonania zamówienia.

Potwierdzeniem powyższego jest ponadto oświadczenie składane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o treści:

„Oświadczamy, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego”.

Wynagrodzenie ryczałtowe - stosownie do uregulowań art. 628-632 k.c. - jest określone z góry, zaś wykonawca pozbawiony zostaje możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 6 marca 2001 r. (ICA 1147/00) - jeżeli strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.

Z kolei formę wynagrodzenia kosztorysowego określa i charakteryzuje treść art.629 K.c. Z treści tej normy prawnej wynika, że wynagrodzenie kosztorysowe to taki rodzaj wynagrodzenia, które ustala się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. Wynagrodzenie to, jak wynika z jego charakterystyki normatywnej – ma charakter wynagrodzenia orientacyjnego, nieostatecznego. Przy tego rodzaju wynagrodzeniu ustalonym w umowach zawarte są dodatkowe klauzule przesadzające o tym, że ostateczna wysokość wynagrodzenia za przedmiot umowy zostanie ustalona w kosztorysie sporządzanym przez wykonawcę po zakończeniu realizacji umowy.

Zamawiający nie zawarł w treści przyszłej umowy żadnej klauzuli potwierdzającej, iż ostateczne wynagrodzenie ustalone zostanie już po wykonaniu umowy. Co więcej – na rozprawie podnosił, że kosztorys ma dla niego znaczenie z uwagi na to, iż w niniejszym postępowaniu przewidział zamówienia uzupełniające. Izba zwraca uwagę, że zamówienie uzupełniające – mimo że związane z zamówieniem podstawowym – jest jednak innym zamówieniem, zawierającym na podstawie innego trybu. Zamawiający nie wykazał żadnego związku pomiędzy ustalaniem wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu a wynagrodzenia, jakie będzie przysługiwało wykonawcy w związku z przyznaniem mu zamówienia uzupełniającego.

Tym samym zasadnym jest wniosek, że jakiegokolwiek niezgodności kosztorysu wykonawcy z zakresem robót opracowanym przez zamawiającego nie mają wpływu na treść oferty wykonawcy.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że niezgodności w

kosztorysie odwołującego nie są omyłkami podlegającymi poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Analiza treści przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Zmiany w ofercie odwołującego, jakich dokonał zamawiający, tj. zmiany zakresu przedmiotu zamówienia miały taki wpływ na cenę oferty, która nie może zostać uznana za nieistotną.

Złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Zdaniem Izby cena oferty należy do jej *essentialia negotii*; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. Wagę ceny podkreślił ustawodawca w art. 36 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, gdzie wymaga się od zamawiającego podania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu obliczenia ceny oraz w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nakazującemu zamawiającemu podanie podczas otwarcia ofert informacji dotyczących cen zawartych w ofertach. Poprawki, których dokonał zamawiający spowodowały wzrost cen odwołującego odpowiednio o: 40 000 zł w przypadku Powiatu Mławskiego, o 412 000 zł - w przypadku Powiatu Ostrołęckiego i o 72 000 zł w przypadku Powiatu Żuromińskiego. W przypadku odwołującego są to różnice sięgające kilkudziesięciu procent ceny zawartej w ofercie.

W tej sytuacji wprowadzenie poprawek spowodowało istotną zmianę treści oferty. Tym samym w ocenie Izby brak jest możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zwraca również na uwagę, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 przewiduje możliwość poprawienia omyłki, czyli czegoś, co zostało zamieszczone w ofercie w wyniku popełnienia swego rodzaju błędu i co ma charakter niezamierzony. Tymczasem odwołujący nie utrzymywał, że rozbieżności w jego ofercie są wynikiem omyłki. Wręcz przeciwnie – na rozprawie odwołujący wywodził, iż jego oferta obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia. Jest to o tyle istotne, iż wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki, co wynika pośrednio z treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Stanowisko odwołującego jest tutaj konsekwentne – nie zgodził się on bowiem na poprawienie omyłek, informując o tym zamawiającego, a następnie – wnosząc odwołanie na poprawienie omyłek przez zamawiającego. Skoro sam wykonawca twierdzi, iż omyłki nie popełnił, a jego działanie było zamierzone, brak jest podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nadto należy zwrócić również uwagę na fakt, iż zamawiający poprawił kosztorysy złożone przez odwołującego, naruszając reguły, które sam ustanowił i zawarł w instrukcji wypełniania kosztorysów. Działanie zamawiającego jest o tyle niezrozumiałe, że dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma na celu doprowadzenie do takiej sytuacji, by oferta wykonawcy była zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro zamawiający nie usunął rozbieżności, o których mowa we wskazanym przepisie, należy założyć, że przepis ten został zastosowany w sposób nieprawidłowy.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....