

Sygn. akt: KIO 1213/12

WYROK
z dnia 26 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 r. przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowego „Rapid” Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Biskupiec, ul. Rynek 1, 13-340 Biskupiec**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w której ramach nakazuje się zastosowanie względem oferty Odwołującego instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Biskupiec, ul. Rynek 1, 13-340 Biskupiec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowego „Rapid” Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminy Biskupiec, ul. Rynek 1, 13-340 Biskupiec** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo-Handlowego „Rapid” Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego: *„Zastosowanie odnawialnych źródeł energii przy kompleksowej modernizacji systemu grzewczego publicznego gimnazjum w' Bielicach”* (znak sprawy: ZP.271.4.2012), zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 143988 – 2012, data zamieszczenia 08.05.2012 r. przez Gminę Biskupiec, ul. Rynek 1, 13-340 Biskupiec zwaną dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 06.06.2012 r. (faxem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania informując o wyborze oferty: Mariana Behrendta Firma *„BEHRENT”* Grupa SBS, ul. Batalionów Chłopskich 24, 87-300 Brodnica zwanej dalej: *„Firma „BEHRENT” – Grupa SBS”* oraz odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo-Handlowego *„Rapid”* Sp. z o.o., ul. Prosta 7, 21-500 Biała Podlaska zwanego dalej: *„Przedsiębiorstwem Produkcyjno Usługowo-Handlowym „Rapid” Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*.

W dniu 11.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowego *„Rapid”* Sp. z o.o. wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 06.06.2012 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Czynności tej zarzucił naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 Pzp. Wnosił o: 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego. Podniósł, że w trakcie badania ofert Zamawiający poprawił w ofercie Wykonawcy inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ. Omyłka polegała na błędnym ujęciu ilości w kosztorysie ofertowym oraz wezwał do złożenia wyjaśnień odnośnie drugiej stwierdzonej omyłki polegającej na zamieszczeniu w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych z czterema miejscami po przecinku. Wykonawca udzielając wyjaśnień pismem z dnia 01.06.2012 r. poinformował, że w pozycjach cen jednostkowych kosztorysu ofertowego wystąpiła omyłka, wynikająca z błędnych ustawień programu kosztorysowego. W dniu 06.06.2012 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp -

w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Zamawiającego pozostawienie w kosztorysie ofertowym wartości wyrażonych w złotych z czterema miejscami po przecinku rażąco narusza treść SIWZ. Odwołujący nie zgodził z niniejszym. Niezaprzeczalnym jest, iż Zamawiający w rozdziale 12 pkt 6 SIWZ postawił wykonawcom warunek, iż: *„wszystkie wartości określone w kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena oferty muszą być liczone do dwóch miejsc po przecinku”*. Odwołujący nie kwestionuje, że pozostawienie w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych wyrażonych w złotych do czterech miejsc po przecinku jest omyłką. Jednak zdaniem Odwołującego omyłka ta ma taki charakter, że Zamawiający mógł dokonać jej poprawienia, samodzielnie, bez udziału w tej czynności Odwołującego, kierując się definicją ceny zawartą w art. 2 pkt. 1 Pzp. W związku z czym ewidentnym jest, iż omyłka ma charakter innej omyłki opisanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do poprawienia której zobowiązany był sam Zamawiający. Jak wynika z licznych komentarzy do ustawy, art. 87 ust. 2 pkt 3 wprowadzony został właśnie w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu omyłek możliwych do wyeliminowania. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *„w projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2 Ustawy). Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego”*. Z uzasadnienia wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Poprawienie przez zamawiającego omyłki w ofercie Odwołującego nie generuje istotnej zmiany treści jego oferty, ponieważ zmienia jedynie cenę oferty o kwotę 12,15 PLN co nie skutkuje zmianą miejsca oferty Odwołującego w rankingu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, oferta Odwołującego pozostaje nadal ofertą najtańszą. Poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia jest nie istotna, w związku z tym błędne jest twierdzenie Zamawiającego, że *„dokonanie postulowanych przez wykonawcę poprawek w ofercie (zaokrągleń) w efekcie doprowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty”*. Podnoszony przez Zamawiającego zarzut, że oferta złożona przez Odwołującego *„rażąco narusza SIWZ”*, nie może mieć zastosowania, ponieważ zapis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wymaga jedynie, aby błąd był omyłką, której zmiana nie powoduje istotnych zmian treści oferty, a więc nie odnosi się ani do stopnia zawinienia wykonawcy, ani stopnia naruszenia

SIWZ. Potwierdzeniem tego jest Wyrok KIO z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO 134/09: *„Zamawiający podniósł, iż niepoprawność kwestionowanej pozycji kosztorysu ofertowego powstała na skutek okoliczności zawinionych przez Odwołującego, który nie zapoznawał się na bieżąco ze stroną internetową Zamawiającego, na której zamieszczono modyfikację SIWZ (...) stwierdzić należy, że ustawodawca nie uzależnia ustalenia istnienia omyłki od stopnia zawinienia wykonawcy, który na taką omyłkę się powołuje. Istotnie poprawienie poz. 20 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Odwołującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia - 1.734.690,78 zł. netto; różnica w cenie oferty Odwołującego 22.665,30 zł.). Zmiana w ofercie Odwołującego zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Odwołującego. Taka czynność Zamawiającego doprowadzi więc ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu (...) stwierdzić, że uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było przedwczesne;”*

Zaniechanie poprawienia oferty przez Zamawiającego, w sytuacji gdy poprawa jest jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, wynika wprost z danych zawartych w ofercie bez konieczności jej uzupełniania przez wykonawcę, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie jest istotna (cena zmienia się jedynie o 12,15 PLN) - jest ewidentnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 Pzp.

Zamawiający w dniu 13.06.2012 r. wezwał e-mailem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.06.2012 r. (faxem), 18.06.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Firma „BEHRENT” – Grupa SBS zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firmy: Firma „BEHRENT” – Grupa SBS nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp. Zgłoszone przystąpienie w przywołanym terminie miało miejsca faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3 dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Niedopuszczalność

składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ (wyjaśnienia z dnia 18.05.2012 r., modyfikacja z dnia 18.05.2012 r., czy też modyfikacja z dnia 21.05.2012 r. nie dotyczyły kluczowych dla przedmiotu sporu postanowień), zawiadomieniem z dnia 31.05.2012 r. o poprawieniu omyłki w zakresie poz. 121 kosztorysu ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodą Odwołującego z dnia 01.06.2012 r. na poprawienie niniejszej omyłki, wezwaniem z dnia 31.05.2012 r. do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp, wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 01.06.2012 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz ze streszczeniem złożonych ofert w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem wraz z załącznikami w tym w szczególności kosztorysem ofertowym dołączonym do oferty, kosztorysem ofertowym po poprawce Zamawiającego, jak i kosztorysem ofertowym po uwzględnieniu wszelkich poprawek, który powinien być podstawa do oceny ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy charakter), ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1213/12, postanowień SIWZ, (wyjaśnienia z dnia 18.05.2012 r., modyfikacja z dnia 18.05.2012 r., czy też modyfikacja z dnia 21.05.2012 r. nie dotyczyły kluczowych dla przedmiotu sporu postanowień), oryginalnej oferty Odwołującego okazanej przez Zamawiającego do zamknięcia rozprawy, zawiadomienia z dnia 31.05.2012 r. o poprawieniu omyłki w zakresie poz. 121 kosztorysu ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgody Odwołującego z dnia 01.06.2012 r. na poprawienie niniejszej omyłki, wezwania z dnia 31.05.2012 r. do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 01.06.2012 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz ze streszczeniem złożonych ofert w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania wraz z załącznikami w tym w szczególności kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty, kosztorysu ofertowego po poprawce Zamawiającego, jak i kosztorysu ofertowego po uwzględnieniu wszelkich poprawek, który powinien być podstawą do oceny ofert.

Izba uznała, że przeprowadzony podczas rozprawy dowodu z zeznań świadka. P. Mariana Behrendta (art. 190 ust. 3 Pzp) nie miał przesądzającego charakteru dla przedmiotu sporu, gdyż *de facto* odnosił się raczej do sytuacji Wykonawcy wybranego przez Zamawiającego w dniu 06.06.2012 r. niż do sytuacji oferty Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako nieodpowiadającej treści SIWZ bez zastosowania instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała ww. zarzut za potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający określił w SIWZ w: „*Rozdział 12 OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY (art. 2 pkt. 1; art. 36 ust. 1 pkt. 12; art. 91 ust. 3a*

- 1. Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu wyrażoną w złotych polskich (PLN). Rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą prowadzone będą w PLN.*
- 2. Cena oferty winna wynikać bezpośrednio z dołączonego do oferty kosztorysu ofertowego. Zamawiający żąda złożenia kosztorysów ofertowych wraz z ofertą.*

Kosztorysy stanowią istotny element oferty. Mają pełnić funkcje potwierdzającą sposób i prawidłowość dokonania wyceny robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia oraz potwierdzić zgodność oferowanych robót w treścią siwz. Kosztorysy służyć mają weryfikacji złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów, ich brak wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Treść kosztorysów podlega ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a więc ocenie zgodności oferty z treścią siwz.

3. *Cena oferty jest ceną ryczałtową zgodnie z ustawą z dnia 23 kwietnia 1964r. kodeks cywilny (Dz. U. 64.16.93 z późn. zm.) ten rodzaj wynagrodzenia określa w art. 632 następująco:
§ 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac,
§ 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.*
4. *W związku z powyższą sytuacją cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej, przedmiarach robót, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, jak również w dokumentacji tej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia zapewniającego przekazanie obiektu do użytkowania.*
5. *Zgodnie z art. 649 KC wykonawca przyjmuje do wykonania wszelkie roboty przewidziane dokumentacją projektową. Przedmiar robót stanowi tylko materiał pomocniczy do obliczenia ceny.*
6. *Wszystkie wartości określone w kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena oferty muszą być liczone do dwóch miejsc po przecinku.*
7. *Ostateczną cenę oferty stanowi suma podana w formularzu ofertowym.*
8. *Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia może zwrócić się do każdego wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od każdego wykonawcy wybranych pozycji lub kompletnego kosztorysu ofertowego wykonanego metoda szczegółową.*
9. *Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym.*
10. *Zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT niezgodnej z obowiązującymi*

przepisami, zamawiający potraktuje jako błąd w obliczeniu ceny, co spowoduje odrzucenie oferty.

11. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadził by do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.
12. Zaleca się, aby każdy z wykonawców odwiedził miejsce budowy celem sprawdzenia warunków placu budowy oraz warunków związanych z wykonaniem prac będących przedmiotem przetargu celem uzyskania dodatkowych informacji koniecznych i przydatnych do oceny prac.
13. Koszty odwiedzenia miejsca budowy ponosi wykonawca.
14. Należy przewidzieć cały przebieg robót budowlanych a wszelkie utrudnienia wynikające z warunków realizacji wykonawca winien uwzględnić w podanej cenie ofertowej.
15. Tak zaoferowana cena dla zakresu rzeczowego ustalonego w dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej, przedmiarach robót, SIWZ i specyfikacji technicznej jest ceną ryczałtowa niezmienną do końca realizacji zadania.”

Nadto, Zamawiający określił w Wzorze umowy zał. 5 do SIWZ: „§ 4. Terminy (...) 1.1. terminy wykonania poszczególnych elementów przedmiotu umowy, które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego z uwzględnieniem terminów realizacji każdego z tych elementów określa harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, który wykonawca jest zobowiązany opracować w terminie 14 dni od daty podpisania umowy na podstawie kosztorysu ofertowego złożonego przez wykonawcę w ofercie. Zamawiający w ciągu 7 dni od dnia otrzymania harmonogramu może wnieść do niego uwagi, które wykonawca winien uwzględnić.”. Dodatkowo stwierdził w: „§ 6. Wynagrodzenie

1. Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz oferta wykonawcy wybrana w trybie przetargu nieograniczonego jest wynagrodzenie ryczałtowe.

2. Wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 wyraża się kwotą: cena netto zł
(słownie złotych :.....)

podatek VATzł

(słownie złotych :.....)

cena bruttozł

(słownie złotych :.....)

3. Wynagrodzenie wymienione w ust. 2 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak

rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 2 niniejszego paragrafu. Strony niniejszej umowy nie mogą zmienić ceny wykonania zamówienia przedstawionej w ust. 2 poza okolicznościami przedstawionymi w ust. 4 i 6 niniejszego paragrafu.

4. Wynagrodzenie zostanie zmienione w przypadku urzędowych zmian w obowiązujących przepisach podatkowych, w tym zmiany podatku VAT.

5. Waloryzacji ceny ryczałtowej nie przewiduje się.

6. W przypadku ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy sposób obliczenia kwoty, która będzie potrącona wykonawcy będzie następujący:

a) w przypadku odstąpienia od całego elementu robót określonego w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym nastąpi odliczenie wartości tego elementu, określonej w tym harmonogramie, od ogólnej wartości przedmiotu umowy,

b) w przypadku odstąpienia od części robót z danego elementu określonego w harmonogramie rzeczowo-terminowo-finansowym obliczenie niewykonanej części tego elementu nastąpi na podstawie ustalenia, przez zamawiającego i wykonawcę, procentowego stosunku niewykonanych robót do wartości całego elementu; następnie zostanie wyliczona wartość niewykonanych robót i odliczona od ogólnej wartości przedmiotu umowy; w przypadku gdy ten sposób wyliczenia byłby za bardzo niedokładny dopuszcza się także możliwość obliczenia niewykonanej części danego elementu na podstawie kosztorysu przygotowanego przez wykonawcę, w oparciu o odpowiednie KNR-y lub KNNR-y oraz rynkowe ceny materiałów, robocizny oraz sprzętu, a zatwierdzonych przez zamawiającego.

7. Wynagrodzenie Wykonawcy o którym mowa w pkt .1 i 2 rozliczone będzie na podstawie faktury wystawionej przez Wykonawcę.”.

Odwołujący w ramach przedłożonej oferty załączył kosztorys ofertowy zawierający ceny jednostkowe z czterema miejscami po przecinku.

W dniu 31.05.2012 r. Zamawiający dokonał poprawienia na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 poz. 121 kosztorysu ofertowego Odwołującego, a w konsekwencji także wartości netto: na 1.164.901, 34 PLN, podatku VAT na: 267.927,31 PLN oraz wartości brutto na: 1.432.828,65 PLN. Jednocześnie w oddzielnym piśmie z tego dnia wezwał do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 odnośnie pozycji w nim wskazanych w kontekście podania w nich stawki cen jednostkowych z 4 miejscami po przecinku.

W dniu 01.06.2012 r. Odwołujący wyjaśnił, że w pozycjach cen jednostkowych kosztorysu ofertowego wystąpił błąd wynikających z błędnych ustawień programu kosztorysowego. Stwierdził, że zaistniały błąd był w swej istocie błędem niezamierzonym wynikającym z właściwości programu komputerowego, w jego ocenie, należy przyjąć zasadę

zaokrąglenia cen jednostkowych do dwóch miejsc po przecinku zaokrąglając matematycznie 0,5 w górę.

W dniu 06.06.2012 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z Rozdz. 12 pkt 6 SIWZ. Jednocześnie uznał, że z wyjaśnienia z dnia 01.06.2012 r. udzielonego przez Odwołującego na wezwanie z dnia 31.05.2012 r. wynika, że podczas sporządzania kosztorysu ofertowego miał miejsce błąd za który odpowiada Wykonawca. Przywołał oprócz postanowień SIWZ definicje ceny wynikającą z art. 2 pkt 1, jak i art. 3 ust.1 pkt 1 Ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97. poz. 1050 z późn. zm.). Przywołał wyrok KIO z dnia 29.09.2011 r., sygn. akt: KIO 2006/11. Nadto, powołał się na art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim, jak i ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r., Nr 84, poz. 386 z późn. zm.). Wskazywał na zamierzony charakter zaistniałego błędu. Wykonawca wybrany zaoferował cenę brutto: 1.437.144,73 PLN.

Z załączonych do odwołania kosztorysów ofertowych Odwołującego (nie negowanych przez Zamawiających) cena netto w kosztorysie ofertowym dołączonym do oferty wynosiła 1.161.000,00 PLN, po poprawieniu Zamawiającego 1.164.901, 34 PLN (Izba uwzględniła w tym zakresie treść zawiadomienia o poprawieniu omyłki przez Zamawiającego z dnia 31.05.2012 r.), zaś po wnioskowanych w odwołaniu poprawkach 1.164.889, 19 PLN (różnica 12, 15 PLN netto).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wynika więc z niniejszego przepisu, że tylko wtedy można odrzucić ofertę Wykonawcy, w tym wypadku Odwołującego, jeśli nie ma zastosowania instytucja wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która ma charakter obligatoryjny, a nie fakultatywny.

„Inna omyłka”, o które mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. Każdorazowo, o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nie należy rozstrzygać biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Jedynym więc ograniczeniem zakresu poprawienia omyłki jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną.

Z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zd. 2 wynika także, w ocenie Izby, iż zmiana oferty przez Zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony Wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się Wykonawcy o ich dokonaniu. W ocenie Izby orzeczenie przywołane przez Zamawiającego w odrzuceniu oferty oraz na rozprawie, nie odnosi się do kwestii możliwości lub też nie zastosowania art. 87 ust.

2 pkt 3 Pzp w wypadku zaistnienia takiej sytuacji, jak miała miejsce w ramach przedmiotu sporu. Dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego. Z orzecznictwa KIO (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie – Zeszyty Orzecznicze – Zeszyt nr 4 /str. 87-88/ W-wa, XII 2009, czy też Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie – Zeszyty Orzecznicze – Zeszyt nr 5 /98-99/ W-wa, VI 2010), które wprost porusza taką samą sytuację jaka miała miejsce w ofercie Odwołującego wynika, że błąd (omyłka) polegającą na niedokonaniu koniecznego zaokrąglenia podanych cen jednostkowych do setnych części złotego, tzn. dwóch miejsc po przecinku stanowi inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która podlega poprawie i jest możliwa do poprawienia samodzielnie przez Zamawiającego za pomocą powszechnie znanych działań arytmetycznych, bez konieczności prowadzenia pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym jakichkolwiek negocjacji (wyrok KIO z dnia 10.03.2009n r., sygn. akt: KIO/UZP 239/09). Podobnie Izba uznała w wyroku z dnia 05.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1358/09. Niniejsza interpretacja art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp jest spójna z uzasadnieniem do nowelizacji wprowadzającej tego rodzaju regulację prawną. Miała bowiem ona na celu umożliwienie poprawienia tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego.

Izba podkreśla także nieistotny cenowo skutek jaki wywołałaby niniejsza zmiana. Podana kwota zmiany 12,15 PLN nie była negocjowana przez Zamawiającego na rozprawie. Oferta Odwołującego przed odrzuceniem była najkorzystniejsza cenowo i taka pozostanie po dokonaniu wnioskowanych w odwołaniu przez Odwołującego poprawek.

Izba także nie neguje istniejących postanowień SIWZ, świadczących o literalnej niezgodności treści oferty z jej postanowieniami (Rozdz. 12 pkt 6 SIWZ), przy czym w jej ocenie, zaistniały błąd /omyłka/ w prezentacji ceny jednostkowej nie jest takiego rodzaju, że jego sanowanie wpłynęłoby w sposób istotny na treść oferty Odwołującego. Przy czym, nie liczy się ilość poprawionych ewentualnie pozycji, ale ich ranga, waga, dla ceny końcowej. Izba rozumie argumentację Zamawiającego, odnoszącą się do innych Wykonawców, przy czym, jak wskazywała już w uzasadnieniu, co wymaga podkreślenia, nie jest sytuacja, jaka zaistniała w ofercie Odwołującego dokonaniem wyceny w inny sposób niż został określony przez Zamawiającego w SIWZ, lecz stanowi *de facto* omyłkę w prezentacji ceny jednostkowej. Jednocześnie, okoliczność, że Odwołujący dokonał wyliczenia przy pomocy programu do kosztorysowania z wykorzystaniem jego standardowych, jak rozumie Izba, ustawień, nie świadczy jeszcze niezbicie o jego celowym działaniu w złożeniu takiej, a nie innej oferty.

Z analizy postanowień SIWZ przywołanych podczas rozprawy przez Zamawiającego oraz Odwołującego wynika nadto, że cena jednostkowa nie będzie służyła do rozliczeń

między Zamawiającym, a Wykonawcom, zaś nakazana poprawa w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pozwoli uniknąć Zamawiającemu ewentualnych kłopotów w toku przyszłej kontroli.

Izba dodatkowo podkreśla, że przy rozpatrywaniu przedmiotowej sprawy kierowała się celem, jaki przyświecał Ustawodawcy przy wprowadzaniu niniejszej instytucji wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i przywołanym w uzasadnieniu jednoznacznym stanowiskiem orzecznictwa KIO. Zasadność takich działań, jak nakazane można także wywieść z wyroku KIO z dnia 09.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2351/11.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że wobec potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, niniejszy zarzut należy także uznać za zasadny.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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:

.....