

Sygn. akt: KIO/UZP 1152/08

WYROK
z dnia 6 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Grzegorz Mazurek**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 6 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Zakład Usługowo-Remontowy IDZIASZEK Sp. z o.o., NOVUM Sp. z o.o., 63-040 Nowe Miasto nad Wartą, ul. Jęczmienna 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Nowe Miasto nad Wartą, 63-040 Nowe Miasto nad Wartą, Ul. Poznańska 14** protestu ~~protestów~~* z dnia 24 września 2008 r.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Zakład Usługowo-Remontowy IDZIASZEK Sp. z o.o., NOVUM Sp. z o.o., 63-040 Nowe Miasto nad Wartą, ul. Jęczmienna 6**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Zakład Usługowo-Remontowy IDZIASZEK Sp. z o.o., NOVUM Sp. z o.o., 63-040 Nowe Miasto nad Wartą, ul. Jęczmienna 6,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Zakład Usługowo-Remontowy IDZIASZEK Sp. z o.o., NOVUM Sp. z o.o., 63-040 Nowe Miasto nad Wartą, ul. Jęczmienna 6.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Nowe Miasto nad Wartą prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa środowiskowej hali widowiskowo-sportowej przy Zespole Szkół w Nowym Mieście nad Wartą – etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone dnia 28 sierpnia 2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 202830-2008.

Dnia 25 września 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego się. Zdaniem Odwołującego się działanie Zamawiającego narusza następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2, art. 88 ust. 1 pkt 2.

Odwołujący się przyznaje, że cena oferty obarczona jest błędem, gdyż nie odpowiada sumie cen z poszczególnych kosztorysów ofertowych (które zostały wyliczone prawidłowo). Jednakże sytuacja powyższa nie kwalifikuje oferty Odwołującego się do odrzucenia, a wymaga od Zamawiającego podjęcia działań w trybie art. 87 ust. 2 w zw. z art. 88 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem pominąć, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie

wymagał podania ceny ryczałtowej. Cena oferty ma charakter kalkulacyjny, kosztorysowy, a potwierdza to obowiązek dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych, jak również projekt umowy zawarty w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W tych okolicznościach, poszczególne pozycje kosztorysu należy traktować jako części zamówienia, o których mowa w art. 88 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego się, oferta najkorzystniejsza podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca dokonał bowiem zmiany w pozycji 28 przedmiaru robót dla robót budowlanych. Z przedmiotowego przedmiaru wynika bowiem obowiązek skalkulowania 35 m parapetów, natomiast wykonawca skalkulował 70 m. Również udzielając odpowiedzi na pytanie w przedmiocie powoływanej pozycji przedmiaru robót, Zamawiający polecił wycenić we wskazany sposób przedmiotową pozycję, jednakże nie zmienił jej obmiaru.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: „uchylenie wyboru najkorzystniejszej oferty”, przeprowadzenie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty najkorzystniejszej, poprawienie omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego się i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 30 września 2008 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający podnosi, iż Odwołujący się popełnił błąd polegający na nieprawidłowym obliczeniu podatku VAT, którego wynikiem była błędna cena ofertowa. Zaś zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, tego rodzaju błąd nie kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 88 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający podnosi, iż w niniejszym zamówieniu istotna jest cena końcowa, a nie cena za poszczególne części, gdyż Zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych.

W przedmiocie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wyjaśnia, iż integralną częścią SIWZ, oprócz przedmiaru robót, są rysunki branży architektonicznej, z których jednoznacznie wynika, że wykonawcy powinni uwzględnić dwa poziomy parapetów. Na powyższe wskazywał również Zamawiający w piśmie z dnia 10 września 2008 r., stanowiącym wyjaśnienia treści SIWZ. W świetle powyższego, wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, zastosował się w sposób prawidłowy do wyjaśnień, dokonując zmiany obmiaru i w ten sposób zaoferował prawidłową ilość parapetów.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 6 października 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, ponadto wskazał na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo Odwołujący się podnosi, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający dysponuje poprawnymi cenami poszczególnych części zamówienia, w tym właściwymi stawkami i wyczeniem podatku VAT.

O kosztorysowym charakterze ceny przesądza SIWZ (która zawiera przedmiary robót), jak również projekt umowy i wymóg załączenia kosztorysów.

Odwołujący się zwraca również uwagę, że w niniejszym postępowaniu powinien mieć zastosowanie przepis art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), zgodnie z którym w niniejszym postępowaniu przedmiotową omyłkę należałoby poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 znowelizowanej ustawy Pzp.

Odwołujący się nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż z przedmiaru robót i rysunków architektonicznych jednoznacznie wynika obowiązek uwzględnienia dwóch poziomów parapetów. Powyższa teza nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle nie zmienionych zapisów przedmiarów robót, pisma Zamawiającego z dnia 10 września 2008 r. oraz czynności Zamawiającego (brak odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Realizacji Budownictwa „Partner” Sp. z o.o., który to wykonawca, podobnie jak wszyscy pozostali, skalkulował 35 m parapetów).

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek poprawienia omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Jednakże możliwości Zamawiającego w przedmiocie poprawiania omyłek rachunkowych są ograniczone brzmieniem przepisu art. 88 ustawy Pzp. Przedmiotowy przepis określa katalog okoliczności, w których możliwe jest dokonanie poprawienia oraz sposób poprawienia omyłek rachunkowych.

W niniejszym stanie faktycznym cena ma charakter kosztorysowy, stąd cena zaoferowana w Formularzu ofertowym jest wynikiem sumowania cen poszczególnych kosztorysów ofertowych. W Formularzu ofertowym Odwołującego się jedynie wartość netto odpowiada sumie cen z kosztorysów, zaś kwota podatku VAT i wartość brutto tych warunków nie spełnia. W ocenie Odwołującego się, przedmiotowa omyłka nie kwalifikuje oferty do odrzucenia, a wymaga poprawienia w trybie art. 88 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się. Jakkolwiek należy przyznać rację Odwołującemu się, iż pojęcie „cen za poszczególne części zamówienia” należy odnosić do cen poszczególnych kosztorysów ofertowych, to jednak dotyczy to cen netto. Tymczasem w ofercie Odwołującego się omyłki rachunkowe wystąpiły przy sumowaniu cen brutto i przy obliczeniu kwoty podatku VAT. W tej sytuacji, nie wystarcza więc poprawienie kwoty brutto, ale również kwoty podatku VAT. Tymczasem z treści

przepisu art. 88 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że możliwe jest poprawianie omyłek rachunkowych tylko z jednoczesnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W świetle przytoczonego przepisu nie jest więc możliwe poprawienie wartości brutto i kwoty podatku VAT. Należy bowiem zwrócić uwagę, że cenę oferty kalkuluje się w taki sposób, zgodnie z zasadami rachunkowości, że od ceny netto oblicza się podatek VAT, a suma tych składników stanowi wartość brutto. W związku z powyższym, poprawienie omyłek rachunkowych może skutkować jedynie poprawieniem dalszych działań rachunkowych, a nie działań poprzedzających. Tymczasem w badanym stanie faktycznym, poprawienie wartości brutto wymagałoby jednocześnie poprawienia wartości podatku VAT, a więc wcześniejszych działań rachunkowych. Stąd, nawet przy uwzględnieniu faktu podania cen w kosztorysach ofertowych, nie jest możliwe poprawienie w trybie art. 88 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia, że podstawą rozstrzygnięcia w przedmiocie omyłek rachunkowych w niniejszym stanie faktycznym jest przepis art. 87 ustawy Pzp. Przepis art. 4 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych ..., nie ma zastosowania, gdyż o wyniku postępowania Zamawiający poinformował w dniu 19 września 2008 r., z czego wynika, że przed tym dniem Zamawiający dokonywał badania i oceny ofert. Zamawiający więc oceniał oferty przed dniem wejścia w życie znowelizowanych przepisów, stąd też zastosowanie mają przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 88. Znowelizowany przepis art. 87 miałyby zastosowanie jedynie w sytuacji, gdyby czynność Zamawiającego w przedmiocie badania i oceny ofert była dokonywana nie wcześniej niż w dniu 24 października 2008 r.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut, iż odrzucenie oferty Odwołującego się narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest chybiony. Jak wynika bowiem z pisma Zamawiającego z dnia 19 września 2008 r., podstawą odrzucenia oferty nie jest niezgodność jej treści z treścią SIWZ, a fakt, iż zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie przepisu art. 88 ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym nie sposób również uznać, że wskazany błąd w ofercie Odwołującego się stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Ustawodawca bowiem w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie oddzielił pojęcie „oczywistej omyłki pisarskiej” od pojęcia „omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny”. Ponadto zgodzić się należy z poglądem reprezentowanym w judykaturze, iż oczywistą omyłką pisarską jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 26 lipca 2005 r., sygn. akt IV Ca 340/05,

niepubl.). Wskazać również należy, iż ważnym jest, aby w wyniku czynności poprawiania omyłki pisarskiej, nie zmieniła się treść oferty, w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy. Jakkolwiek bowiem poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści oferty, to może to nastąpić jedynie w znaczeniu technicznym. W niniejszym stanie faktycznym z sytuacją taką nie mamy do czynienia, stąd podnoszony zarzut nie znalazł potwierdzenia.

W kwestii naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że oferta najkorzystniejsza w swej treści odpowiada treści SIWZ. W istocie, wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę, w poz. 28 kosztorysu budowlanego zaoferował 70 m parapetów, podczas gdy z przedmiaru robót wynikał obowiązek zaoferowania 35 m. Jednakże należy zauważyć, że treść pisma Zamawiającego z dnia 10 września 2008 r. (odpowiedź na pytanie nr 6), w którym w odniesieniu do przywołanej pozycji sformułowano obowiązek dla wykonawców, że należy „ująć i wycenić”, mogła być zrozumiana w taki sposób, jak odczytał to jeden z wykonawców. Wobec wskazanej niejednoznaczności, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie można wyciągać negatywnych konsekwencji względem wykonawców. Tym bardziej, że w spornej pozycji przedmiotowej oferty zaoferowano przynajmniej taką ilość parapetów, która odpowiada ilości z przedmiaru robót. Zajęcie odmiennego stanowiska w przedmiocie rozstrzyganego zarzutu, w ocenie składu orzekającego Izby, pozostawałoby w jawnej sprzeczności z przepisem art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 953 z późn. zm.).

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp pozostawiono bez rozpoznania, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*