

Sygn. akt: KIO 453/12

**WYROK**  
**z dnia 19 marca 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stand” Sp. z o.o. 36-004 Łąka 417A i Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlani” w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Przeworsk, ul. Jagiellońska 10, 37-200 Przeworsk.**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stand” Sp. z o.o. 36-004 Łąka 417A i Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlani” w Rzeszowie.**
  
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Przeworsk i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stand” Sp. z o.o. 36-004 Łąka 417A i Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlani” w Rzeszowie**
  - 2.2. zasądza od Miasta Przeworsk na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stand” Sp. z o.o. 36-004 Łąka 417A i Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlani” w Rzeszowie** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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 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 **Przemysłu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Miasto Przeworsk prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rewitalizację zabytkowego ratusza wraz z otoczeniem w Przeworsku. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2012 r. r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Stand" Sp. z o.o. z siedzibą w Łące, Spółdzielnia Rzemieślnicza "Budowlani" w Rzeszowie (dalej: „odwołujący”) zarzucono zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego oraz brak podstaw prawnych do zakwalifikowania spornej sytuacji jako oczywistej omyłki rachunkowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie ponownej oceny jego oferty.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, gdyż jak stwierdził zamawiający w piśmie z 28.02.2012 r., otrzymanym 3.03.2012 r., wykonawca nie zgodził się na poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej, co powoduje, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, co skutkuje odrzuceniem oferty.

Odwołujący stwierdził, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty w takim stanie faktycznym, gdyż zamawiający może jedynie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy poprawić oczywistą omyłkę rachunkową informując o tym wykonawcę, nie prosząc go o wyrażenie zgody. Brak takiej zgody nie może skutkować uznaniem, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu.

Odwołujący kwestionując czynności zamawiającego podkreślił, że za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe określone w ofercie cenowej. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę ryczałtową w wysokości 3.448.791,64 zł nie podlegającą zmianie. Stwierdza, że zamawiający dokonał poprawki w kosztorysie ofertowym, który nie jest ofertą, natomiast przepis art. 87 ust. 2 ustawy przewiduje dokonywanie poprawek w ofercie, a nie w kosztorysie ofertowym.

Odwołujący podkreślił, że gdy podstawą wynagrodzenia jest ryczałt, ewentualne niedołączenie kosztorysu nie może być podstawą odrzucenia oferty, podobnie jak dołączenie

formularza ofertowego z omyłką, która de facto nie ma znaczenia dla ostatecznej ceny ryczałtowej zaoferowanej w ofercie. Wskazał na treść siwz, z której wynika pomocniczy charakter przedmiaru robót i swoboda wykonawcy co do metody kalkulacji ceny oferty. Wskazał na orzecznictwo dotyczące ceny ryczałtowej, przy której kosztorys ofertowy ma jedynie pomocnicze znaczenie. Stwierdził, że w złożonym kosztorysie uwzględnił wszystkie elementy zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że bezwzględnie wymagał kosztorysu ofertowego z uwagi na sposób finansowania robót i przewidziane w umowie z instytucją finansującą rozliczanie zamówienia za poszczególne elementy zamówienia. Wskazał na cz. 11 siwz dotyczącą opisu sposobu obliczania ceny i warunków płatności, gdzie zapisano, iż „Do obliczenia ceny ryczałtowej oraz późniejszego rozliczania wykonanych elementów zamówienia stosowany będzie kosztorys ofertowy, opracowany metodą uproszczoną. Kosztorys należy załączyć do oferty. w celu określenia cen za poszczególne elementy zamówienia i tym samym będzie pomocny przy fakturowaniu częściowym (za zakończone i odebrane elementy zamówienia)”. W cz. 9 ust. 1 pkt 5 siwz określił, iż „oferta powinna zawierać... kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną”, także we wzorze umowy ujęto zapisy iż fakturowanie za roboty będzie się odbywać w częściach za elementy robót (par. 2 ust. 4). Zauważył także, że oferta w pkt 11 jednoznacznie określa, iż integralną częścią oferty zał. 12 – kosztorys ofertowy.

Zamawiający stwierdził, że dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej (widocznej na pierwszy rzut oka) w kosztorysie będącym integralną częścią oferty; skutkiem poprawienia omyłki była zmiana ceny.

W kosztorysie w poz. 2.4.2 dotyczącej wyceny elementu montażu okien zamawiający wskazał na wycenę dokonaną przez wykonawcę: ilość 90,072 m<sup>2</sup> x cena 1179,34 zł/m<sup>2</sup> = wartość netto 1179,34 zł. Zamawiający dokonał poprawienia błędnego przemnożenia pozycji w następujący sposób: 90,072 m<sup>2</sup> x cena 1179,34 zł/m<sup>2</sup> = wartość nett 105840,00 zł. Dokonana poprawka spowodowała zmianę ceny oferty. Nowa cena oferty wg wyliczenia zamawiającego to kwota 3577524,24 zł.

Wykonawca nie wyraził zgody na wskazane poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej uznając, że brak jest podstaw do zakwalifikowania takiej sytuacji jako oczywistej omyłki rachunkowej, podtrzymał stwierdzenie o niezmienności zaoferowanej ceny ryczałtowej określonej w formularzu ofertowym.

Zamawiający nie podzielił również poglądu o całkowitej dowolności wyliczenia ceny oferty. Wskazał na orzecznictwo związane z ceną ryczałtową oferty przy jednoczesnym wymogu przedłożenia kosztorysu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niesporne jest, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidziano w formie ryczałtu. Wskazują na to postanowienia siwz określające sposób obliczenia ceny oferty i warunków płatności w pkt 11, a także postanowienia wzoru umowy. Niesporne jest także, że do oferty należało załączyć kosztorys ofertowy. „Do obliczenia ceny ryczałtowej oraz do późniejszego rozliczenia wykonanych elementów zamówienia stosowany będzie kosztorys ofertowy opracowany metoda uproszczoną. Kosztorys należy załączyć do oferty w celu określenia cen za poszczególne elementy zamówienia i tym samym będzie pomocny przy fakturowaniu częściowym (za zakończone i odebrane elementy zamówienia). Wykonawca opracuje kosztorys w oparciu o własną, opartą o rachunek ekonomiczny kalkulację. Zakresy rzeczowe robót wykonawca określi na podstawie opisu przedmiotu zamówienia w siwz, projektu budowlanego, projektu aranżacji wnętrz, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiaru robót, które należy traktować jako element pomocniczy służący porównaniu zakresu prac z dokumentacją projektową. /.../ Obowiązujące dla wykonawcy są tylko opisy STWiO. Zamawiający udostępnił dodatkowo przedmiar robót w formacie Excel do wykorzystania wg uznania wykonawcy.”

Biorąc pod uwagę powołane postanowienia siwz uzasadnione jest stwierdzenie, że w niniejszym postępowaniu zamawiający nadał kosztorysowi ofertowemu znaczenie pomocnicze, dopuszczając dokonanie kalkulacji własnej, pozostawiając wykonawcom także swobodę co jego formy. Tym samym kosztorys nie stanowi wprost treści oferty. Należy przy tym zauważyć, że pomimo omyłki rachunkowej w jednej pozycji kosztorysu, przyznanej przez wykonawcę, cena końcowa kosztorysu jest tożsama z ceną oferty, którą wykonawca deklaruje jako niezmienną. Skoro zatem przedmiotowy kosztorys nie stanowi treści oferty, czynność zamawiającego polegająca na przeliczeniu wartości jednego elementu w poz. 2.4.2 kosztorysu stanowi jedynie czynność faktyczną odniesioną do kosztorysu, nie będącą poprawieniem omyłki w ofercie w trybie i ze skutkami przewidzianymi w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. W tym miejscu, gdyby nawet hipotetycznie założyć, że nastąpiło poprawienie omyłki rachunkowej właśnie w ofercie, brak jest podstaw zmiany kwalifikacji prawnej i późniejszego twierdzenia, że oferta oceniona w takim samym stanie faktycznym nie zawiera jednak naprawialnej oczywistej omyłki lecz jest ofertą z błędem w obliczeniu ceny tj. zachodzi przesłanka jej odrzucenia przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Dodatkowo wskazać należy, że w toku postępowania odwoławczego zamawiający w

szczegółności w odpowiedzi na odwołanie, uzasadniając stanowisko w sprawie prawidłowości odrzucenia oferty odwołującego, nie wskazywał na błąd w obliczeniu ceny lecz fakt niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, która to okoliczność nie była wskazana w zawiadomieniu wykonawców o wyniku postępowania przetargowego, a tym samym nie mogła być objęta odwołaniem i zakresem rozstrzygania Izby.

W świetle powyższego uznając, że odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, zamawiający naruszył wskazany przepis, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....