

Sygn. akt KIO/UZP 769/08

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Marek Koleśnikow

Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Spółka Jawna, ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Radzionków, ul. Męczenników Oświęcimia 42, 41-922 Radzionków**, protestu z dnia 8 lipca 2008 r.,

~~przy udziale wykonawcy **xxx** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego~~

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Radzionków, ul. Męczenników Oświęcimia 42, 41-922 Radzionków 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 uiszczonego przez Odwołującego - **ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Spółka Jawna, ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez **Gminę Radzionków, ul. Męczenników Oświęcimia 42, 41-922 Radzionków** na rzecz **ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Spółka Jawna, ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwotyzł. ... gr. (słownie:.....) przez 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 Odwołującego **ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Spółka Jawna, ul. Przemysłowa 10, 42-714 Lisów.**

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

Odwołanie rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą zostało wniesione w dniu 23.07.2008r. poprzez złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego – Lubliniec 1, przez **Odwołującego – ELCOR Dariusz Czajczyński, Krzysztof Dąbrowski Spółka Jawna z siedzibą w Lisowie**, od oddalenia protestu poprzez brak jego rozstrzygnięcia w terminie przez **Zamawiającego – Gminę Radzionków z siedzibą w Radzionkowie**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą „Budowa sieci wod.-kan. na terenie byłej jednostki wojskowej w Radzionkowie”.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że oddalając protest poprzez brak jego rozstrzygnięcia na czynność:

-wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe "ORBI" Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach oraz

- poprawienia ceny w wybranej ofercie, jako ceny zawierającej omyłkę rachunkową w jej obliczeniu, na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655), naruszył przepis art. 87 ust. 2 Pzp poprzez nie zastosowanie tego przepisu i art. 88 ust.1 pkt 3 lit. b Pzp poprzez niezasadne zastosowanie tego przepisu, a także art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż nie została wybrana oferta najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w dniu 1 lipca 2008r. Zamawiający zawiadomił go doręczając pismo faksem, w którym podał, że w toku badania i oceny ofert w myśl art. 88 ust. 1 pkt 3 lit.b Pzp w ofercie nr 13 Przedsiębiorstwa Usługowo - Handlowego ORBI Sp. z o.o. Zamawiający poprawił omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny oferty, przyjmując za prawidłową cenę ryczałtową podaną słownie – jeden milion dwieście osiemdziesiąt jeden 00/100 zł, w sytuacji, gdy w ofercie podano cenę liczbowo 1.281.000,00 zł i słownie: jeden milion dwieście osiemdziesiąt jeden 00/100 zł. Zamawiający zmienił więc cenę oferty z kwoty 1.281.000 zł na kwotę 1.000.281 zł, w sytuacji gdzie w brzmieniu słownym ceny oferty opuszczono jeden wyraz „tysięcy”, co zdaniem Odwołującego stanowi wyłącznie oczywistą omyłkę pisarską. Zamawiający miał więc obowiązek zastosować przepis art. 87 ust. 2 Pzp dopisując w cenie oferty opuszczony wyraz „tysięcy” i przyjąć tę cenę, jako właściwą cenę oferty 1.281. 000 zł. Następnie Zamawiający pismem przekazany faksem w dniu 4 lipca 2008r. zawiadomił Odwołującego o wyborze wskazanej oferty, w której dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący poprzedził odwołanie protestem (wniesionym w dniu 8 lipca 2008r.) wobec czynności Zamawiającego, w którym podał zarzuty potwierdzone następnie w odwołaniu. Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, wobec czego brak rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp, uznaje się za oddalenie protestu.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ORBI” Sp. z o.o.,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron biorących udział w postępowaniu, ustaliła następujący stan faktyczny.

W rozdziale IX pt. „Opis sposobu obliczenia ceny” w pkt 1.7 Zamawiający podał, że rozliczenia między Wykonawcą, a Zamawiającym będą następowały w złotych polskich, na podstawie wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w Kodeksie cywilnym. W załączniku nr 2 pt. „Sposób określenia ceny i terminu wykonania zamówienia” w pkt 1 i 2 Zamawiający podał, że do formularza ofert (załącznik nr 3) należy wpisać cenę ryczałtową za wykonanie robót budowlanych zgodnie z dokumentacją projektową (załącznik 1 a), przedmiarem robót (załącznik nr 1 b) oraz szczegółowymi specyfikacjami wykonania i odbioru robót (załącznik nr 1 c). Cenę należy wpisać liczbowo i słownie. Z kolei w załączniku nr 3 pt. „Formularz oferty” wykonawcy mieli zaoferować wykonanie robót objętych przedmiotowym ogłoszeniem, zgodnie z załącznikami nr 1a, 1b i 1c za kwotę:

netto..... zł

słownie.....zł

brutto..... zł

słownie.....zł.

Ryczałtowy charakter ceny ofert potwierdzony został w § 7 ust. 1 projektu umowy nr KI. 3421 - /2008, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ.

W wybranej ofercie, złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ORBI” Sp. z o.o. wykonawca podał kwotę:

netto 1.050.000,00 zł

słownie: jeden milion pięćdziesiąt tysięcy 00/100 zł,

brutto 1.281.000,00 zł

słownie: jeden milion dwieście osiemdziesiąt jeden 00/100 zł.

Zamawiający pismem z dnia 1 lipca 2008r. KF. 3411 – 18/2008 zawiadomił wykonawców na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp o dokonaniu poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny w ofercie nr 13 Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „ORBI” Sp. z o.o. na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp. W efekcie czego zmienił cenę brutto oferty podanej słownie z kwoty 1.281.000,00 zł na kwotę 1.000.281.00 zł przyjmując, iż „prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia”, a zatem Zamawiający poprawia tę omyłkę rachunkową przyjmując jako prawidłową cenę podaną słownie. W wyniku powyższych czynności cena oferty wybranej została obniżona o 280.719 zł, co stanowi 21,91% ceny

oferty. Wybrany wykonawca wyraził zgodę na poprawienie ceny jako omyłki rachunkowej, przyjmując cenę oferty na kwotę brutto 1.000.281,00 zł (pismo z dnia 2.07.2008r.).

W prowadzonym postępowaniu 13 wykonawców złożyło oferty, jednego wykonawcę wykluczono ze skutkiem odrzucenia jego oferty („Winsel” Sp. z o.o.). Zamawiający ocenił pozostałe 12 ofert, przyznając im odpowiednią ilość punktów na podstawie jednego kryterium oceny ofert, jakim była cena o znaczeniu 100%. W 12 ofertach podano ceny od 1.191.500,50 zł do 2.175.260 zł (uwzględniono cenę wybranej oferty w kwocie przed jej poprawieniem). Pierwszą ofertą pod względem cenowym była oferta Odwołującego z ceną 1.191.500,50 zł, drugą oferta JUSTMAR Turczyński Marcin z siedzibą w Imielinie z ceną 1.204.553,80 zł, oferta wybranego wykonawcy była trzecią w kolejności z ceną 1.281.000,00 zł. Po poprawieniu ceny tej oferty, oferta znalazła się na pierwszym miejscu. Zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą, o czym zawiadomił wykonawców pismem z dnia 4 lipca 2008 r.

KIO zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym, o jakim stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, bowiem w proteście i w odwołaniu podważył zasadność wyboru najkorzystniejszej oferty i w razie uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą, ponieważ jest drugą w kolejności pod względem ceny.

Przepis art. 87 ust. 2 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do czynności w toku badania i oceny ofert, polegających na poprawieniu w tekście oferty oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Sposób poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny określony został w art. 88 Pzp, z którego wynika katalog omyłek rachunkowych możliwych do poprawienia przez Zamawiającego po uzyskaniu zgody wykonawcy, które nie powodują obowiązku odrzucenia oferty. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji oczywistej omyłki pisarskiej czy omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Pojęcia te zostały zdefiniowane zarówno w orzecznictwie sądowym i arbitrażowym (ZA i KIO), a także w doktrynie. „Oczywistą omyłką jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie może polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny” (wyrok z dnia 10 grudnia 2002 r. Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 1514/02). W postanowieniu z dnia 21 czerwca 1967 r. sygn. akt II CZ 48/67 Sąd Najwyższy oceniając błąd rachunkowy w świetle art. 350 § 1 k.p.c. uznał, że przez błąd rachunkowy należy rozumieć błąd wynikający z niewłaściwego przeprowadzenia badań arytmetycznych, a w szczególności

błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji. Pogląd ten przyjęty został w piśmiennictwie m.in. w komentarzu Włodzimierza Dzierżanowskiego do art. 88 Pzp.

Ze wskazanego komentarza wynika, że omyłką rachunkową w rozumieniu przepisu art. 88 Pzp jest wyłącznie taki błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Komentator wskazuje, że nieco odmienny charakter od pozostałych ma ust. 1 pkt 3 art. 88 Pzp, który dotyczy poprawiania omyłek rachunkowych w obliczaniu ceny ryczałtowej wskazując, które określenie ceny ryczałtowej należy przyjmować za prawidłowe, jeśli występują w tym zakresie rozbieżności. Z istoty ceny ryczałtowej wynika, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego. Formułując ten pogląd komentator nawiązał do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. sygn. akt I ACa 1147/00 z którego wynika, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie dzieła, dołączenie do umowy kosztorysu nie ma znaczenia. Dokument ten jedynie uzasadnia merytorycznie oferowaną przez wykonawcę cenę.

Oczywistą omyłką pisarską zaś jest widocznie mylna pisownia wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, wydanie trzecie, UZP, Warszawa 2007, str. 299 i wyrok NSA z dnia 23 kwietnia 2001 sygn. akt II SA 863/00). W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 26 kwietnia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1151/06 stwierdzono, że zamawiający przystępując do badania, czy omyłka rachunkowa jest możliwa do poprawienia w trybie art. 88 Pzp, nie jest zwolniony z jednoczesnego ustalenia, czy nie zachodzą przesłanki do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej.

Zdaniem KIO poprawiając omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny ryczałtowej oferty należy mieć na uwadze, iż przepisy ustawy Pzp operują pojęciem ceny wyłącznie, jako ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Przepis ten stanowi, że cena jest to wartość wyrażona jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że cena oferty w rozumieniu ustawy Pzp, jest ceną zawierającą podatek VAT i podatek akcyzowy, o ile istnieje obowiązek doliczenia takiego podatku. Tymczasem w praktyce zarówno zamawiający jak i wykonawcy uczestniczący w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych, posługują się pojęciami: cena netto, przez którą to cenę rozumieją obliczoną wartość do zapłacenia wykonawcy, pomniejszoną o podatek oraz cena brutto, która jest obliczoną wartością do zapłacenia wykonawcy wraz z podatkiem, a więc jest właściwą ceną, o jakiej stanowią przepisy ustawy o cenach, do której odsyła ustawa Pzp (art. 2 pkt 1).

W rozpoznawanej sprawie bezsporne jest, że ceną oferty jest cena ryczałtowa. Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty w SIWZ stanowiąc, że w formularzu oferty (załącznik nr 3 do SIWZ) wykonawcy oferują wykonanie robót za wskazaną kwotę. Zgodnie z formularzem, jako kwotę należało podać netto w zł i słownie w zł oraz brutto w zł i słownie w zł.

W wybranej ofercie Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „ORBI” Sp. z o.o., w której Zamawiający poprawił cenę oferty, wykonawca podał kwotę:

netto 1.050.000,00 zł

słownie: jeden milion pięćdziesiąt tysięcy 00/100 zł

brutto 1.281.000,00 zł

słownie: jeden milion dwieście osiemdziesiąt jeden 00/100 zł.

W ocenie KIO ustalając, jak należy zakwalifikować różnicę w określeniu kwoty brutto wyrażonej liczbowo i tej kwoty wyrażonej słownie, gdzie w opisie słownym opuszczono wyraz „tysięcy”, Zamawiający miał obowiązek ustalić, czy opuszczenie wyrazu, które jest ewidentne, przy porównaniu składników tworzących cenę oferty (kwota netto wyrażona liczbowo i słownie i kwota brutto wyrażona liczbowo), stanowi oczywistą omyłkę pisarską, o której mowa w art. 87 ust. 2 Pzp, czy też stanowi omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny, o której mowa w art. 88 ust. 1 pkt 3 Pzp.

KIO uznała, że w świetle powyższych ustaleń, a także wskazanego orzecznictwa i piśmiennictwa, w przypadku opuszczenia wyrazu w opisie ceny, które to opuszczenie nie budzi wątpliwości, nie można dokonać zmiany ceny oferty wykonawcy przez poprawienie omyłki jako rachunkowej w obliczeniu ceny, nawet jeśli cena ma charakter ryczałtowy, w sytuacji, kiedy rozbieżność w podaniu ceny nie wynika z obliczenia polegającego na działaniu arytmetycznym, a jedynie na pominięciu w tekście wyrazu „tysięcy”.

Ingerencja Zamawiającego w treść oferty Wykonawcy, polegająca na obniżeniu ceny oferty o 280.719 zł, co stanowi obniżenie ceny oferty o 21,91% w stosunku do jej pierwotnej wartości, jest daleko idąca, zwłaszcza że w ten sposób oferta tego wykonawcy z pozycji nr 3 w rankingu ofert uzyskała pozycję nr 1. Czynność ta może być również zakwalifikowana jako czynność naruszająca zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

KIO nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że w rozpoznawanej sprawie dominującą kwestią był ryczałtowy charakter ceny oferty, a zatem przy niezgodności wyrażenia tej ceny liczbowo i słownie, należało bezwzględnie dokonać poprawienia ceny, przyjmując cenę wyrażoną słownie, jako efekt poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny na podstawie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. b Pzp, a całkowicie pominąć ocenę poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Zamawiający uzasadniał swoje stanowisko

tym, że w przypadku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej występuje w pewnym sensie dowolność działania Zamawiającego, która może być przyczyną protestów i późniejszych odwołań wykonawców, natomiast w przypadku poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, nieodzowne jest uzyskanie pisemnej zgody wykonawcy, którego oferty dotyczy czynność.

KIO stwierdziła, że nawet poczucie bezpieczeństwa w zakresie dokonania czynności przez Zamawiającego, polegających na pominięciu poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, w sytuacji kiedy taka omyłka występuje, a dokonanie czynności polegających na poprawieniu omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, nie przemawia za słusnością czynności Zamawiającego, które doprowadziły do zmiany ceny oferty, do jakiej doszło w rozpoznawanej sprawie.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie, nakazując Zamawiającemu dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, ograniczając koszty Odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....