

WYROK
z dnia 16 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Samson Sp. z o.o. (lider), Jan Rocznik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Obróbki Metali ROCZNIK Jan Rocznik (partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Żabno, ul. W. Jagiełły 1, 33-240 Żabno** protestu z dnia 28 grudnia 2010 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również unieważnienie czynności odrzuceniu oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania ofert i poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Żabno, ul. W. Jagiełły 1, 33-240 Żabno i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Samson Sp. z o.o.**

(lider), Jan Rocznik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Obróbki Metali ROCZNIK Jan Rocznik (partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Żabno, ul. W. Jagiełły 1, 33-240 Żabno** na rzecz **Konsorcjum firm: Samson Sp. z o.o. (lider), Jan Rocznik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Obróbki Metali ROCZNIK Jan Rocznik (partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Samson Sp. z o.o. (lider), Jan Rocznik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Obróbki Metali ROCZNIK Jan Rocznik (partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa „Gminnego Centrum Recyklingu w Niedomicach” dla prowadzenia zorganizowanej, selektywnej zbiórki odpadów takich jak: szkło, papier, tektura, opakowania z tworzyw sztucznych z ich sortowaniem. Przebudowa i modernizacja drogi dojazdowej dla obsługi terenów techniczno - produkcyjnych”*, zostało wszczęte przez Gminę Żabno, ul. W. Jagiełły 1, 33-240 Żabno zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 215143-2009 z dnia 19.11.2009 r.

W dniu 21.12.2009 r. (pismo z dnia 18.12.2009 r.) Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum firm: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o.o., ul. Spacerowa 5, 58-100 Świdnica, FALUBAZ SA, ul. Osadnicza 2, 65-785 Zielona Góra zwane dalej: *„Konsorcjum FOLEKO”*, a ponadto poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (cena najkorzystniejszej oferty wynosi 7.035.008,00 zł brutto, podczas gdy Zamawiający

przeznaczył w budżecie gminy kwotę 6.850.000,00 zł.). Poinformował także o odrzuceniu oferty Konsorcjum firm: 1) SAMSON Sp. z o.o., ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów - Lider Konsorcjum, 2) Zakład Obróbki Metali ROCZNIAK Jan Roczniak, Wilkanowo, ul. Piaskowa 5, 66-008 Świdnica - Partner Konsorcjum zwane dalej: „Konsorcjum SAMSON” albo „Przystępującym” albo „Odwołującym” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że podczas otwarcia ofert, tj. w dniu 11.12.2009 r. odczytał ceny jakie zaoferowali oferenci. Protestujący zaoferowało cenę 5 978 000,00 zł. W trakcie sprawdzania oferty stwierdzono błąd w podsumowaniu pozycji załącznika cenowego załączonego do oferty. Z załącznika tego wynika, że cena ofertowa powinna wynosić 6.368.400,00 zł (potwierdza to również suma załączników: Tabela Nr 1, Tabela Nr 2, Tabela Nr 3, Tabela Nr 4). Różnica w stosunku do odczytanej kwoty wynosi 390.400,00 zł i w związku z tym Zamawiający nie może poprawić tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ poprawa ta powodowałaby istotną zmianę w treści oferty.

W dniu 28.12.2008 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 180 ust.1 w zw. z 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum SAMSON złożyło protest wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oraz odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 91 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 6 i art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) unieważnienie czynności odrzuceniu oferty Protestującego,
- 4) powtórzenie czynności badania ofert i poprawienia w ofercie Protestującego oczywistej omyłki rachunkowej,
- 5) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Protestującego jako oferty najtańszej.

Protestujący wskazał na części XVIII pkt 5 oraz w pkt 7 SIWZ. Jednocześnie na zapis w załączniku nr 1 „Formularz oferty”. Powołał się na „Załącznik cenowy” (załącznik nr 6) zawierając tabelę „Wykaz cen” oraz cztery tabele (Tabele nr 1 - 4). W tabelach nr 1 - 4 jak stwierdził należało wycenić poszczególne czynności i roboty związane w wykonaniem przedmiotu zamówienia (w kwotach netto), a następnie zsumować je, po czym cztery wielkości (tj. obliczone sumy) przenieść do tabeli „Wykaz cen”, obliczyć ich sumę („suma całkowita netto”), obliczyć kwotę należnego podatku VAT, a następnie „cenę ofertową brutto”. Cenę ofertową brutto należało wpisać do odpowiedniej rubryki formularz ofertowego.

Stwierdził, że cena oferty jest ceną kalkulacyjną („kosztorysową”). Załącznikami do

oferty są „wypełnione wycenione przedmiary robót”, przy czym owe „przedmiary robót” to tabele nr 1 - 4 w załączniku nr 6 („Załącznik cenowy”). Ponieważ Zamawiający zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty wypełnionych wycenionych przedmiarów robót (wskazując nawet jak będą traktowane pozycje niewycenione), nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że przedmiary robót („Załącznik cenowy”) są integralną częścią oferty.

W jego ocenie wycenił prawidłowo wszystkie elementy w tabelach nr 1 - 4 i obliczone sumy przeniósł do tabeli „Wykaz cen”. Dokonując sumowania czterech cen netto w „Wykazie cen” Protestujący popełnił omyłkę rachunkową w sumowaniu. Omyłka ta jest oczywista i wiadomo jak ją poprawić. Oczywistość tej omyłki potwierdza sam Zamawiający, wskazując w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty na czym pomyłka polega i jaki powinien być poprawny wynik sumowania.

W tej sytuacji, stwierdzając oczywistość omyłki rachunkowej, Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp powinien poprawić tę omyłkę oraz uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawki, tj. obliczyć właściwą kwotę podatku VAT oraz cenę ofertową brutto. Uchylając się od dokonania tej czynności Zamawiający naruszył wskazany przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający słusznie zauważył, że nie może zastosować przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, lecz powodem braku możliwości nie jest „istotna zmiana w treści oferty”, jak twierdzi Zamawiający, lecz ta okoliczność, że przepis ten w ogóle nie może mieć zastosowania, gdyż nie ma niezgodności pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ.

Zamawiający odrzucając ofertę przywołał art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który w tym przypadku nie ma zastosowania, gdyż w obliczeniu ceny oferty nie ma błędu, jako że Protestujący postąpił zgodnie z procedurą opisaną w SIWZ przez Zamawiającego oraz zastosował właściwe stawki podatku od towarów i usług (VAT). Błąd w obliczeniu ceny jest istotnie czymś innym niż omyłka rachunkowa, nadto oczywista. Odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp Zamawiający naruszył ten właśnie przepis.

Wskazał, że jeżeli Zamawiający dokonałby poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie Protestującego, to oferta ta nie podlegałaby odrzuceniu, a ponieważ jej cena byłaby najniższa spośród cen złożonych ofert, zatem jego oferta byłaby wybrana jako najkorzystniejsza, nie zaś oferta Konsorcjum FOLEKO. Ponieważ po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej cena oferty Protestującego byłaby równa 6.368.400,00 zł, zatem byłaby niższa niż kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwota 6.850.000,00 zł. W tej sytuacji wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum FOLEKO oraz unieważnienie postępowania naruszają art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Na marginesie Protestujący zwraca uwagę, że w § 4 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający postanowił, że wynagrodzenie będzie ryczałtowe, jednak stanowić będzie

„wynik sumy iloczynu ilości jednostek obmiarowych robót odebranych przez Zamawiającego i cen jednostkowych wskazanych w wypełnionym załączniku cenowym oraz kwoty podatku od towarów i usług VAT' (§ 5 ust. 2). Wynagrodzenie zatem ma być ryczałtowe, podczas gdy cena ofertowa kosztorysowa. Jest to zatem swoisty ryczałt, polegający na tym, że cena oferty jest ostateczna („Wykonawca w przedstawionej ofercie winien zaoferować całkowitą cenę kompletną, jednoznaczną i ostateczną” - część XVIII pkt 8 SIWZ), jednak cena ta powinna być przez wykonawcę skalkulowana w ofercie. Gdyby postanowienie o wynagrodzeniu ryczałtowym traktować dosłownie, to wówczas nie miałby żadnego znaczenia sposób obliczenia tego wynagrodzenia (równego cenie oferty), w tym ewentualne omyłki rachunkowe, co również jest argumentem za tym, że oferta Protestującego nie powinna być odrzucona.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 31.12.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję dotyczącą odrzucenia oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, stwierdzając, że oferta ta posiada błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić, ponieważ poprawa ta prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. Zgodnie z Pzp jest to niedopuszczalne, co potwierdza w jego ocenie, wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 34/09: *„Jakkolwiek poprawiając omyłką można ingerować w cenę oferty (co wynika jednoznacznie z brzmienia całego art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza punkt 2 tego ustępu), w tym przypadku (zmiana kwoty o 649.151,51) ingerencja ta powoduje zbyt znaczącą jej zmianę. Przy czym nie ma tu znaczenia fakt, iż poprawienie tej omyłki jest prostym działaniem matematycznym ani, iż, wiadomo, w jaki sposób tę omyłkę można było poprawić, gdyż to nie łatwość w poprawieniu omyłki, lecz jej istotność jest przesłanką wskazaną w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ”.* W przypadku oferty Protestującego zmiana kwoty oferty jest również znaczna, wynosi 390.400,00 zł i powoduje istotną zmianę treści oferty.

W dniu 05.01.2010 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu wraz z argumentacją.

Zamawiający, jak wskazał, twierdzi z jednej strony, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż *„zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić, ponieważ poprawa ta prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty”,* z drugiej zaś (jak wynika z zawiadomienia o odrzuceniu oferty oraz mając na uwadze cytowany przez Zamawiającego fragment orzeczenia KIO), że *„nie może poprawić tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (...), ponieważ poprawa ta powodowałaby istotną zmianę w treści oferty”,* co jednak powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art.

89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Stwierdził, że czym innym jest błąd w obliczeniu ceny (np. wynikający z odmiennego sposobu obliczenia ceny niż określony w SIWZ, z przyjęcia odmiennych założeń do obliczenia ceny niż przyjęte w SIWZ, czy choćby z przyjęcia wadliwej stawki VAT), obligujący Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, a czym innym „inna omyłka” (tj. inna niż oczywista omyłka pisarska i inna niż oczywista omyłka rachunkowa - art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp) polegająca na niezgodności oferty ze SIWZ, która jeżeli nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, to podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jeżeli powoduje istotną zmianę w treści oferty, to obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Błąd w obliczeniu ceny to ewidentnie inna przesłanka odrzucenia oferty niż niezgodność oferty z SIWZ. Zamawiający, przywołując *de facto* dwie istotnie różne podstawy odrzucenia oferty, z jednej strony popada w sprzeczność, z drugiej zaś pokazuje, że nie rozumie czym jest błąd w obliczeniu ceny, czym jest omyłka rachunkowa, a w szczególności czym jest oczywista omyłka rachunkowa.

Po wejściu w życie z dniem 24 października 2008 r. nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) został ukształtowany w orzecznictwie KIO jednolity pogląd dotyczący oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, mając na uwadze, że pojęcia tego nie zdefiniował ustawodawca. Przy czym, nie tyle jest istotnie, czym jest omyłka rachunkowa, ale na czym polega jej oczywistość. Omyłka rachunkowa bowiem, co nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, to omyłka w wykonaniu działania arytmetycznego (dodawania, mnożenia, a także działania przeciwnego (odwrotnych), czyli odejmowania i dzielenia), dająca inny wynik działania niż wynik rzeczywisty, otrzymany po poprawnym przeprowadzeniu działania. KIO w wyroku z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 11/09 wskazała, że *„W szczególności „oczywistość” omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty”*. Podobnie w wyroku z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 133/09: *„Popelniona omyłka ma charakter oczywisty, gdyż została stwierdzona samodzielnie przez Zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy”*. W innym orzeczeniu z dnia 21.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 20/09, definiując oczywistą omyłkę rachunkową, Izba podkreśliła jej *„widoczność”* oraz brak zamiaru jej popełnienia: *„Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji”*. W wyroku z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09: *„W ocenie Izby dla zdefiniowania pojęcia „oczywistości” omyłki rachunkowej znajdzie odpowiednie zastosowanie stanowisko orzecznictwa i doktryny w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka może być*

zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości". Pewne wątpliwość może budzić zwrot „na pierwszy rzut oka”, którego nie można interpretować dosłownie, jako „wzrokowo”, lecz raczej jako „na tzw. pierwszy rzut oka”, czyli „po przeprowadzeniu rachunku”, „po wykonaniu działania”, nadto „przez każdego”, gdyż o ile istotnie np. w działaniu $2 \times 3 = 11$ oczywistość omyłki rachunkowej stwierdzić możemy „na pierwszy rzut oka”, nieomal właśnie „wzrokowo” (też nie do końca, gdyż potrzebna jest pewna operacja myślowa), to w identycznym w swej istocie działaniu $23 \times 37 = 871$ oczywistość omyłki rachunkowej możemy stwierdzić po wykonaniu obliczenia, np. na kalkulatorze lub ręcznie („na piechotę”), co w żadnym razie nie oznacza, że w drugim przypadku nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Izba w wyroku z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 596/09 stwierdziła, że: „O wymogu oczywistości świadczy chociażby to, że Zamawiający jest zobowiązany do poprawienia omyłki z własnej inicjatywy. Czyli odnosząc to do przedmiotowej sytuacji każdy kto poddaje oglądowi ofertę powinien bez jakichkolwiek podpowiedzi osób „trzecich” zauważyć błąd, a w wyroku z dnia 11.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1119/09 stwierdziła z kolei, że: „nieprawidłowości sprowadzają się bowiem do błędnego przeliczenia wartości łącznej poszczególnych pozycji kosztorysowych, przy prawidłowym określeniu jednostek miary i ceny jednostkowej. Popołnione nieprawidłowości w wyliczeniu ceny w tych kwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego są bezsporne i narzucają się samoczynnie (na tzw. „pierwszy rzut oka”). Jest to ewidentna omyłka w wykonaniu działania matematycznego, której poprawienia może dokonać sam Zamawiający bez udziału wykonawcy”. W wyroku z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1444/09 Izba podniosła, iż „zgodnie z poglądem ukształtowanym w orzecznictwie, omyłka musi być widoczna na pierwszy rzut oka, a więc możliwości jej zweryfikowania ma każdy”.

W złożonej ofercie w „Załączniku cenowym” Odwołujący, zgodnie z częścią XVIII pkt 7 SIWZ, wycenił:

- a) dokumentację projektową, w tabeli nr 1, na kwotę 250.000,00 zł netto,
- b) przygotowanie realizacji robót, w tabeli nr 2, na kwotę 70.000,00 zł netto,
- c) roboty budowlano - instalacyjne, w tabeli nr 3, na kwotę 4.000.000,00 zł netto,
- d) maszyny i urządzenia, w tabeli nr 4, na kwotę 900.000,00 zł netto,

a następnie, zgodnie z opisem w ostatnim wierszu każdej z tabel 1 - 4, kwoty te przeniósł do tabeli „Wykaz Cen” tegoż „Załącznika cenowego”. W związku z powyższym w „Wykazie Cen” w ostatniej kolumnie oznaczonej „Kwota netto PLN” zostały umieszczone w kolejnych wierszach następujące liczby (kwoty netto): a) 250.000,00 zł; b) 70.000,00 zł; c) 4.000.000,00 zł; d) 900.000,00 zł.

Zgodnie z żądaniem Zamawiającego („Suma całkowita netto” w tabeli w „Wykazie Cen”) Odwołujący dokonał zsumowanie ww. liczb otrzymując liczbę (kwotę netto) równą

4.900.000,00 zł. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że liczba 4.900.000,00 nie jest równa sumie liczb 250.000,00, 70.000,00, 4.000.000,00 i 900.000,00, gdyż suma tych liczb jest równa liczbie 5.220.000,00. Tym samym w działaniu arytmetycznym sumowania wystąpiła omyłka rachunkowa. Omyłka ta jest nadto omyłką oczywistą, gdyż przeprowadzenie poprawnego sumowania ww. liczb jednoznacznie wskazuje, jaki powinien być poprawny wynik. Dla przeprowadzenia poprawnego sumowania nie jest potrzebna żadna wiedza szczególna ani specjalna, jak również nie jest potrzebne uzyskanie jakichkolwiek informacji ani wyjaśnień od Odwołującego. Nadto każdy, kto dokona poprawnego sumowania, zamiast niepoprawnej liczby 4.900.000,00 otrzyma poprawną liczbę 5.220.000,00.

Oczywistości tej omyłki rachunkowej *de facto* dowodzi sam Zamawiający, który w informacji o odrzuceniu oferty. Przywołał wyrok KIO z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 327/09, sygn. akt: 341/09, gdzie Izba, stwierdziła: *„Zamawiający sam, dokonał odpowiednie obliczenia i porównania załączonych do oferty formularzy czyli sprawdził wykonane przez odwołującego działania zgodnie ze schematem zawartym w specyfikacji. Następnie zamawiający wartości za poszczególne elementy zsumował dla każdego przedmiaru osobno, a potem przeniósł do tabeli elementów scalonych, a potem sumę przeniósł do formularza ofertowego. Ze sprawdzenia tego uzyskał pewność, że odwołujący w sumowaniu pominął kwotę 1 342,86 euro i o taką sumę podał mniejszą cenę ofertową. Zamawiający dokładnie doszedł do miejsca powstania omyłki i scharakteryzował je w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego”* i uznała *„za oczywistą omyłkę rachunkową brak dodania do ogólnej sumy stanowiącej w efekcie cenę ofertową jednej z kwot wykazanych w przedmiarze, tym bardziej, że to właśnie sam zamawiający - bez żądania wyjaśnień - doszedł do powodu powstania takiej omyłki”*. Odwołał się także do wyroku z dnia 21.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 20/09), gdzie Izba zauważyła: *„Jak z tego wynika błąd ten nie musi być błędem „rzucającym się w oczy”, ale musi być zauważalnym podczas sprawdzania obliczeń. A zamawiający jest m.in. obowiązany do sprawdzenia obliczeń i poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, co wynika z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W rozpoznawanym przypadku zamawiający dokonał sprawdzenia obliczeń i znalazł miejsce, w którym odwołujący popełnił omyłkę, jednak zaniechał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej czyli uchybił dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp”*.

Za całkowicie nietrafne uznał powoływanie się na wyrok Izby z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 34/09, gdyż przedmiotem oceny Izby była wówczas wyłącznie możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który to przepis w przedmiotowym przypadku nie ma zastosowania, bowiem nie chodzi o inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, jako że o jakiegokolwiek niezgodności oferty Odwołującego i SIWZ nie może być mowy. Tym samym bezprzedmiotowe jest podnoszenie przez Zamawiającego wielkości różnicy między błędnie i poprawnie obliczoną ceną oferty jako argumentu przeciwko

poprawieniu omyłki, gdyż różnica ta może mieć znaczenie i być decydująca tylko w przypadku „innej omyłki” niż oczywista omyłka rachunkowa (i pisarska). W przypadku oczywistej omyłki rachunkowej, tj. w przypadku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, wielkość różnicy nie ma żadnego znaczenia. Znaczenie ma wyłącznie fakt zaistnienia omyłki rachunkowej i jej oczywistość, co jednoznacznie wynika zarówno z samego przepisu, jak i jego interpretacji.

Skoro oferta Odwołującego zawiera oczywistą omyłkę rachunkową, Zamawiający obowiązany był poprawić w ofercie tę omyłkę zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, a następnie uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawki, tj. obliczyć właściwą kwotę podatku VAT- 1.148 400,00 zł oraz cenę oferty brutto równą 6.368.400,00 zł.

Kopie treści odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni do Kancelarii).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, treścią oferty Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie z dnia 15.02.2010 r. złożoną na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Skład orzekający Izby ustalił także, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo i mieszczącej się w kwocie,

którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W części XVIII: „Opis sposobu obliczania ceny”, pkt 5 SIWZ Zamawiający postanowił, że: *„Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia”* oraz w pkt 7 wskazał, że: *„Cena ofertowa winna być wyliczona w oparciu o szczegółową wyceną przedmiotu zamówienia. Pozycje, które nie zostaną wycenione nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w szczegółowej wycenie przedmiotu zamówienia”*.

Jednocześnie w załączniku nr 1 „Formularz oferty” znajduje się zapis: *„oferujemy wykonanie w/w zamówienia, za cenę brutto (...) zgodnie z wypełnionym wycenionym przedmiarem robót”*. Do SIWZ Zamawiający dołączył „Załącznik cenowy” (załącznik nr 6) zawierając tabelę „Wykaz cen” oraz cztery tabele (Tabele nr 1 - 4). W tabelach nr 1 - 4 należało wycenić poszczególne czynności i roboty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia (w kwotach netto), tj. koszt dokumentacji projektowej (Tabela nr 1), przygotowania realizacji robót (Tabela nr 2), robót budowlanych i instalacyjnych (Tabela nr 3) oraz maszyny i urządzenia (Tabela nr 4), a następnie zsumować je, po czym cztery wielkości (tj. obliczone sumy) przenieść do tabeli „Wykaz cen” (zgodnie z poleceniem – *„na każdej z tabel”*), obliczyć ich sumę (*„suma całkowita netto”*), obliczyć kwotę należnego podatku VAT, a następnie *„cenę ofertową brutto”* (zgodnie z treścią załącznika nr 6 do SIWZ). Cenę ofertową brutto należało wpisać do odpowiedniej rubryki formularza ofertowego.

Odwołujący złożył ofertę na kwotę 5.978.000,00 zł brutto. Powyższa kwota wynikała z załącznika cenowego, po doliczeniu kwoty należnego podatku VAT od 4.900.000,00 zł netto (*„Suma całkowita netto”* w tabeli w „Wykazie Cen”). Wskazana kwota była rezultatem zsumowania zawartych w „Wykazie Cen” kwot netto PLN przeniesionych do „Załącznika Cenowego” z czterech tabel stanowiących oddzielne załączniki do SIWZ: w Tabeli nr 1 - dokumentacja projektowa została wyceniona na kwotę 250.000,00 zł netto, w Tabeli nr 2 – przygotowanie realizacji robót wyceniono na kwotę 70.000,00 zł netto, w Tabeli nr 3 - roboty budowlano – instalacyjne zostały wycenione na kwotę 4.000.000,00 zł netto i w Tabeli nr 4 - maszyny i urządzenia zostały wycenione na kwotę 900.000,00 zł netto.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego wraz z przywołanym w odwołaniu orzecznictwem.

Po drugie, należy wskazać, że pojęcie „oczywistej omyłki rachunkowej” wymaga określenia istoty „oczywistości”. W ocenie Izby omyłka może być uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości. Zaś „omyłka rachunkowa” to omyłka w obliczaniu ceny, czyli omyłka w przeprowadzeniu rachunków na liczbach. W konsekwencji omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp musi mieć ona charakter oczywisty widoczny na pierwszy rzut oka. Zaistniała w ofercie Odwołującego omyłka bezsprzecznie ma charakter omyłki rachunkowej (arytmetycznej) w obliczeniu ceny, tj. w zsumowaniu zawartych w „Wykazie Cen” kwot netto PLN przeniesionych do „Załącznika Cenowego” z czterech tabel stanowiących oddzielne załączniki do SIWZ. Niniejsza omyłka rachunkowa miała również charakter „oczywisty”, gdyż jej stwierdzenie, a tym samym poprawienie, nie wymaga żadnej specjalnej analizy, czy też wiedzy specjalnej. Charakter i okoliczności jej powstania wskazują, iż każdy racjonalny Wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej (poprawionej) treści. Uznanie stanowiska Zamawiającego prowadziłoby do praktycznego uniemożliwienia stosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Izba wskazuje także, że nie miało miejsca żadne pominięcie którejkolwiek z czterech pozycji (kwot netto), tylko omyłkowe ich zsumowanie.

Po trzecie, w ocenie Izby, brak jest jakichkolwiek przeszkód do poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Kwestia „istotności zmian w treści oferty” w tym wypadku jest bez znaczenia w kontekście zastosowania niniejszej podstawy prawnej. Zamawiający dokonując poprawienia oferty Odwołującego powinien jedynie uwzględnić dodatkowo konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek. Nie jest także konieczna dodatkowa zgoda Wykonawcy na dokonanie poprawienia w odróżnieniu od poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wystarczające jest w tym zakresie wyłącznie jego zawiadomienie.

Po czwarte, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, że zaistniała nieścisłość w ofercie Odwołującego jest niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Jego stanowisko sprowadzałoby się *de facto* do uznania wszelkich oczywistych omyłek rachunkowych jako zawierających się w niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powyższe stanowisko jest w ocenie Izby nieuprawnione albowiem byłoby to sprzeczne z wyszczególnieniem, jakie w tym zakresie poczynił Ustawodawca różnicując

kwestie oczywistej omyłki rachunkowej (odrzućenie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp) oraz innej omyłki (odrzućenie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba uznała także za zasadny w tym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izby orzekł na podstawie § 4 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalna kwota dopuszczona przez w/w rozporządzenie. Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o miarkowanie kwoty wynagrodzenia Odwołującego, Izba uznała, że w przedmiotowym wypadku brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania wskazanego wyżej wniosku, wykazana kwota stanowi wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego ustanowionego w sprawie na podstawie przedłożonego Izbie pełnomocnictwa, który to pełnomocnik stawił się przed Izbą na posiedzenie i rozprawę i reprezentował Odwołującego. Tym samym zatem wskazane koszty wynagrodzenia pełnomocnika Izba uznała za faktycznie poniesione w tej sprawie i uzasadnione.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....