

WYROK

z dnia 19 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r.

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna, 97-400 Bełchatów, ul. Lipowa 67**

od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Szczerców, 97-420 Szczerców, ul. Pułaskiego 8**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółkę Akcyjną z siedzibą w Bełchatowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Szczerców – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Przebudowa dróg wewnętrznych oraz dróg gminnych na terenie Gminy Szczerców* (znak sprawy: RI.7013.18.1.2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 września 2011 r. pod nr 238371-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.szczercowgw.e-bip.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.456.109,68 zł, co stanowi równowartość 639.778,50 euro.

3 października 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – Przedsiębiorstwu Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą w Bełchatowie – zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż złożona oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż Odwołujący wpisał w ofercie kwotę netto, kwotę podatku VAT i kwotę brutto, które sumują się, jednak podatek VAT jest błędnie naliczony i nie odpowiada obowiązującej stawce 23%, a tym samym wartość oferty jest zaniżona.

7 października 2011 r. (pismem z 6 października) od powyższej czynności wniósł odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) Odwołujący, zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp: art. 24 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91, art. 92 – przez uznanie oczywistej omyłki rachunkowej za błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Sidrog sp. z o.o. uznanej za najkorzystniejszą, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, iż omyłka dotyczyła poz. 2 *Podklucze dz. Nr 411* załącznika nr 1 do oferty, gdzie podał odpowiednio kwoty: *Wartość netto (zł)* 119.626,99,

Sygn. akt KIO 2162/11

Podatek VAT (zł) 4.514,21 i Wartość brutto (zł) 124.141,20. Tymczasem powinno być: Wartość netto (zł) 119.626,99, Podatek VAT (zł) 27.514,21 i Wartość brutto (zł) 147.141,20. Omyłka rachunkowa jest od razu rzucająca się w oczy, jest oczywista i powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego. Zamawiający sprawdzając pierwszą pozycję dokonał następującego rachunku: $235.854,33 \times 123\% = 290.100,83$ zł. Taki sam rachunek odnośnie pozycji drugiej tj. kwoty 119.626,99 dał wynik 147.14.140,39 zł. Aby stwierdzić, że w niniejszym wypadku jest to oczywista omyłka rachunkowa wystarczyło spojrzenie na VAT omyłkowo wskazany w wysokości 4.514,21 zł. Jest oczywiste, że VAT ten jest zaniżony, a VAT, który powinien być wskazany wynosi 27,514,21 zł. Różnica wynosi 23.000,00 zł. O taką kwotę została zaniżona ogólna cena oferty Odwołującego wynosiła 2.783.349,89 zł, a więc kwota 23.000,00 zł jest kwotą śmiesznie niską w stosunku do tej kwoty, a cena oferty wybranej wynosi 3.091.377,19 zł brutto. Niniejsza oczywista omyłka wystąpiła tylko w załączniku nr 1 do oferty. Przedstawiona wyżej interpretacja „oczywistej omyłki rachunkowej” jest zgodna z wyrokiem KIO z dnia 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 62/09.

7 października 2011 r. Zamawiający przekazał drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu kopię odwołania i wezwał go wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

11 października 2011 r. (pismem z 7 października 2011 r.) Sidrog spółka z o.o. z siedzibą w Domaniewie zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba stwierdziła bezskuteczność przystąpienia zgłoszonego z przekroczeniem 3-dniowego terminu wynikającego z przepisu art. 185 ust. 2 pzp. Termin ten rozpoczął bieg 8 października 2011 r. w sobotę, która nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, i upłynął 10 października 2011 r.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie.

W ocenie Zamawiającego w żadnym wypadku nie można twierdzić, że podanie kwoty podatku VAT w wysokości 4.514,21 zł zamiast 27.514,21 zł (jak twierdzi Odwołujący) – jest omyłką rachunkową od razu rzucającą się w oczy, która powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego. Zgodnie z literaturą przedmiotu i orzecznictwem sądowym (P. Putrak-Soczyńska *Niezgodność oferty ze specyfikacją – poprawianie omyłek w ofercie*, ABC nr 128221; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 26 lipca 2005 r., sygn. akt IV Ca 340/05) oczywistą omyłką jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby

przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń, to widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego (w szczególności błędne zsumowanie, odjęcie, przemnożenie określonych pozycji). Tymczasem Odwołujący dokonał nie błędnego działania arytmetycznego, tylko do określonego działania arytmetycznego podstawił błędną kwotę, przy czym nie wiadomo skąd ta błędna kwota wynika. Skutkiem zastosowania przez Odwołującego błędnych danych w jednej pozycji było podanie całkowitego podatku VAT niższego niż wynikający z obowiązujących przepisów, a tym samym zaniżenie całkowitej ceny brutto oferty. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż wprowadzenie innych danych do obliczeń, niż wynikające z obowiązujących przepisów prawa, w tym przypadku ustawy o podatku od towarów i usług jest błędnym obliczeniem ceny i skutkuje odrzuceniem oferty (P. Karkoszka *Wadliwa stawka podatku od towarów i usług – błąd w obliczeniu ceny oferty czy niepodważalne oświadczenie wykonawcy?*).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i Odwołujący uścił wpis od niego – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku w tym zakresie odmiennych wniosków Stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko odrzuceniu jego oferty, co naraziło go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, które mógłby uzyskać gdyby nie

ta czynność podjęta przez Zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, a także protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu na mocy przepisu art. 180 ust. 2 pkt 4 pzp, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione, gdyż oferta Odwołującego zasadnie została odrzucona.

Zgodnie z pkt. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „s.i.w.z.”) przedmiotem niniejszego zamówienia jest przebudowa dróg wewnętrznych oraz dróg gminnych na terenie Gminy Szczerców, między innymi droga w Podkluczach o długości około 380 mb (pkt 4.1). Zamawiający wskazał także, iż szczegółowo przedmiot zamówienia określony został w dokumentacji technicznej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarze robót. Co do tego ostatniego wyraźnie wprost określił, iż: *traktuje się go jako dokument informacyjny, ułatwiający Wykonawcy wycenę. Wykonawca może z niego skorzystać, ale nie ma takiego obowiązku. Za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca (pkt 4.4).*

Natomiast w pkt. 10 s.i.w.z. *Opis sposobu obliczenia oferty* Zamawiający określił, iż: *Wykonawca... powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia (pkt 10.2); cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (pkt 10.3); ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji (pkt. 10.4); stawka podatku VAT jest określona zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) (pkt. 10.5).*

Zamawiający przygotował do wypełnienia formularz oferty, stanowiący załącznik nr 1

Sygn. akt KIO 2162/11

do s.i.w.z., który należało wypełnić i podpisać (pkt. 7.3 s.i.w.z.). W formularzu tym zawarto tabelę, w której w kolumnie pn. *Nazwa elementu robót* wskazano 8 pozycji dotyczących różnych dróg i parkingów, przy czym dla każdej z pozycji przewidziano miejsce na wpisanie wartości netto, kwoty podatku VAT i wartości brutto. Odrębnie pod tabelą znalazło się miejsce na wpisanie liczbowo i słownie ogółem: wartości netto, kwoty podatku VAT i wartości brutto oferty.

Odwołujący złożył ofertę na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego – wypełniając pozycję drugą jak to wskazano powyżej za odwołaniem. Natomiast w podsumowaniu poniżej tabeli Odwołujący wpisał ogółem liczbowo i słownie: kwotę netto 2.281.585,27 zł, kwotę podatku VAT w wysokości 501.764,62 zł oraz, co najważniejsze, cenę oferty w wysokości 2.783.349,89 zł.

Pomiędzy stronami nie było sporu co do stanu faktycznego, jak również co do teoretycznego rozumienia pojęcia oczywistej omyłki, tzn. iż jest to *widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście* – jak to wskazał w wyroku z 10 grudnia 2002 r. Sąd Okręgowy w Warszawie (sygn. akt V Ca 1514/02). Obie strony wskazywały zgodnie, iż oczywista omyłka ma być widoczna na pierwszy rzut oka. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 62/09), w którym Izba stwierdziła, iż *omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości*. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, iż w przypadku oczywistej omyłki rachunkowej chodzi o nieprawidłowy wynik działania arytmetycznego. Rzeczywiście w doktrynie i orzecznictwie ukształtował się pogląd, że omyłka rachunkowa stanowi wynik błędnego działania na liczbach, działania arytmetycznego.

Natomiast Strony zajęły diametralnie różne stanowiska co do tego, czy tego typu nieprawidłowość, podlegająca obligatoryjnemu poprawieniu przez zamawiającego z mocy przepisu art. 87 ust. 2 pzp, zaistniała w ofercie złożonej przez Odwołującego. W ocenie składu orzekającego Izby rację w tym sporze ma Zamawiający. Zamawiający w s.i.w.z. wymagał podania ryczałtowej ceny oferty, wprost wskazując, iż za sposób przeprowadzenia jej prawidłowej kalkulacji odpowiada wykonawca składający ofertę. Zamawiający nie narzucił przy tym również żadnego konkretnego arytmetycznego sposobu jej wyliczenia. Odnośnie natomiast stawki VAT, wskazał jedynie akt prawny, a w przygotowanym wzorze formularza ofertowego nie wymagał nawet określenia stawki tego podatku (np. 23%), lecz jedynie podania wyliczonej kwoty podatku – odrębnie w każdej pozycji i łącznie dla wszystkich pozycji przedmiotu zamówienia. Wyłącznie zatem poglądem Odwołującego jest, iż

Sygn. akt KIO 2162/11

Zamawiający mógł na pierwszy rzut oka stwierdzić, iż w poz. 2 omyłkowo została wpisana kwota podatku VAT, gdyż nigdzie w treści oferty nie wskazano informacji dotyczącej stawki przyjętej dla poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie sposób również stwierdzić, iż wpisana kwota 4.514,21 zł jest wynikiem błędnego wyliczenia arytmetycznego. Natomiast na pierwszy rzut oka można stwierdzić, że wartość brutto poz. 2 w wysokości 124.141,20 zł jest prawidłowym wynikiem działania polegającego na zsumowaniu tej kwoty z kwotą 119.626,99 zł, wpisaną jako wartość netto. Odróżnia to diametralnie stan faktyczny niniejszej sprawy od tego, który legł u podstaw wyroku Izby z 22 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2695/10), na który powoływał się w toku rozprawy Odwołujący. W niniejszej sprawie równie dobrze można by twierdzić, iż właściwa jest wartość brutto poz. 2 oraz wartość brutto całej oferty – i to odpowiednio do tych kwot należy przeliczyć kwoty podatku VAT i wartość netto. Przekreśla to możliwość uznania omyłki popełnionej przez Odwołującego nie tylko za oczywistą, ale również za omyłkę podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Sposób poprawienia proponowany przez Odwołującego nie jest jedynym z możliwych do przyjęcia na podstawie informacji wynikających ze złożonej oferty, tym samym jego zastosowanie prowadziłoby do znaczącej ingerencji w treść oferty w zakresie istotnego jej elementu jakim jest cena.

W ocenie składu orzekającego Izby domagając się podwyższenia ceny złożonej oferty o 23 tys. zł Odwołujący w istocie przyznał się do popełnionego błędu przy jej obliczeniu. Wnosząc o podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego, które określił dla poz. 2 przedmiotu zamówienia Odwołujący przyznał w ten sposób, iż jego oświadczenie woli wyrażone w ofercie dotknięte jest błędem. Nie może zatem domagać się anulowania decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty z tego powodu.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: