

Sygn. akt: KIO 869/13

Sygn. akt: KIO 916/13

## WYROK

z dnia 30 kwietnia 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**

**Aneta Mlącka**

**Protokolant:**

**Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Qumak S.A, T4B Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (sygn. akt: KIO 869/13),

B. w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę Atende S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa (sygn. akt: KIO 916/13),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Centrum Projektów Informatycznych, ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa,

przy udziale Wykonawców:

A. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 869/13:

-po stronie Zamawiającego:

a) Sygnity S.A., al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,

-po stronie Odwołującego:

a) Atende S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa,

B. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 916/13:

-po stronie Zamawiającego:

a) Sygnity S.A., al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,

-po stronie Odwołującego:

a) konsorcjum firm: Qumak S.A., T4B sp. z o.o., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: Qumak S.A., T4B sp. z o.o., powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert poprzez przyjęcie, za wiążącą cenę oferty tego wykonawcy 5333068,44 zł

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Centrum Projektów Informatycznych, ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Qumak S.A, T4B Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (sygn. akt: KIO 869/13),

B. wykonawcę Atende S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa (sygn. akt: KIO 916/13), tytułem wpisów od odwołań.

2.2. zasądza od Zamawiającego - Centrum Projektów Informatycznych, ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Qumak S.A, T4B Sp. z o.o., al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (sygn. akt: KIO 869/13), kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), oraz na rzecz wykonawcy Atende S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa (sygn. akt: KIO 916/13) kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy). stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Centrum Projektów Informatycznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę Urządzeń **oraz** Oprogramowania, wykonanie usługi instalacji, konfiguracji oraz uruchomienia pełnej funkcjonalności Centralnego Punktu Systemu Centrów Powiadamiania Ratunkowego (CP SPCR)”.

### **Sygn. akt KIO 869/13**

Odwołujący Konsorcjum w składzie Qumak S.A. (lider Konsorcjum), T4B Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności/zaniechania Zamawiającego, polegającej na: poprawieniu w sposób nieprawidłowy omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na obliczeniu ceny, tj. poprzez przyjęcie, że Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 4.248.233.04 zł. Odwołujący twierdził, że w rzeczywistości zaoferował cenę 5.333.068.44 zł. I polegającej na wyborze oferty Odwołującego z cena 4.248.233.04 zł.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust 2 pkt 2 Ustawy Pzp, poprzez błędne dokonanie poprawki, w taki sposób, że Zamawiający przyjął, iż oferta ta opiewa na kwotę 4.248.233.04 zł, zamiast na 5.333.068,44 zł oraz naruszenie art. 91 - poprzez niezgodne z Ustawa dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawcy na podstawie pkt. 12.5 SIWZ zobowiązani byli do złożenia oferty na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (pkt. 12.5.1. SIWZ), a także do przedłożenia dodatkowego formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ (pkt. 12.5.2. SIWZ). Odwołujący w pkt. 3 oferty wskazał jako cenę za realizację przedmiotu zamówienia wartość 5.333.068,44 zł. W formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty w pozycji „OGÓŁEM” Odwołujący wpisał kwotę 5.333.068,44 zł. Odwołujący wskazał, że w jego ofercie znalazł się błąd znajdujący się w tabeli z załącznika nr 3 do SIWZ, polegający na niewłaściwym zrozumieniu przez Odwołującego zwrotu „w tym”, tj. uznaniu, iż wartości wynagrodzenia wskazane w tej tabeli w ramach każdego z etapów będą się sumowały. Odwołujący pismem z dnia 21.03.2013 r. poinformował Zamawiającego o zaistnieniu błędu w wypełnieniu formularza załączonego do oferty, potwierdzając, iż łączna wartość wynagrodzenia wskazanego przez Odwołującego nie ulega zmianie i została wpisana w sposób prawidłowy. Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2013r. działając na podstawie art. 87 ust 2 pkt. 2 Ustawy Pzp, dokonał poprawienia ceny w ofercie Odwołującego na wartość 4.248.233,04 zł brutto, uznając iż w ofercie zaistniała oczywista omyłka rachunkowa, do której poprawienia uprawniony jest Zamawiający.

Poprawienie ceny oferty w trybie art. 87 ust 2 pkt.2 zostało, zdaniem Odwołującego,

dokonane przez Zamawiającego w sposób niezgodny z Ustawą Pzp i obowiązującym prawem oraz oczywistymi intencjami Odwołującego. Odwołujący wskazał, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający określił jako ryczałtowe, za czym przemawia zapis pkt. 14 SIWZ, tj. „14.3. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ.” Zdaniem Odwołującego przepis stanowiący o obowiązku poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych nie znajdzie zastosowania przy ofertach z ceną ryczałtową, nawet tam, gdzie zamawiający wskazuje na obowiązek przedstawienia wyliczenia ceny. Z istoty ceny ryczałtowej wynika bowiem, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie po złożonych przez Odwołującego w dniu 21.03.2013r. wyjaśnieniach nie można było mówić o jakichkolwiek wątpliwościach, bowiem Odwołujący w sposób jasny sprecyzował swoje intencje, co do wartości ceny ryczałtowej jaką chciał zawrzeć w swojej ofercie.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na powyższe Zamawiający co najwyżej mógł skorzystać z art. 87 ust 2 pkt. 3 Ustawy Pzp., uznając iż pomyłka w obliczeniu ceny jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Pomimo określenia w sposób jasny przez odwołującego pismem z dnia 21.03.2013r., iż wartość łączna, ryczałtowa wynagrodzenia została wskazana w sposób prawidłowy i zamierzony, Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego cenę ryczałtową na mniejszą o ponad milion złotych uznając, iż nastąpiła oczywista omyłka rachunkowa.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w jego aktualnym brzmieniu nie wskazuje jednego sposobu dokonania poprawek takich omyłek. Oznacza to, że Zamawiający powinien był najpierw ustalić rzeczywiste intencje Odwołującego, a później, z ich uwzględnieniem dokonać odpowiedniej poprawki. Natomiast Zamawiający w niniejszej sprawie niejako automatycznie przyjął za prawidłowe ceny jednostkowe, natomiast za nieprawidłową uznał sumę tych cen.

Odwołujący podniósł, że w wyniku poprawienia omyłki w sposób wskazany przez Zamawiającego, Odwołujący byłby zmuszony zrealizować przedmiot zamówienia za kwotę równą wartości 4.248.233,04 zł brutto, a więc wartość niższą niż koszty zakupu i ceny rynkowe. Odwołujący wskazywał, że cena, za jaką jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia to 5 333.068,44 zł. Obniżenie ceny oferty wykonawcy jest i sprowadza się do tego, że Wykonawca nie będzie w stanie wykonać kompletnego zamówienia za kwotę 4 248.23,04 zł, bowiem cena ta jest nierealna i rażąco niska.”

## Sygn. akt KIO 916/13

Odwołujący Atende SA zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami Ustawy; art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy poprzez poprawienie w ofercie złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, (00-807 Warszawa) oraz T4B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerzego Waszyngtona 146, 04-076 Warszawa, zwanych dalej łącznie „konsorcjum Qumak”, oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w sposób, który jest niedopuszczalny w świetle Ustawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), pełnej treści oferty i złożonych oświadczeń woli konsorcjum Qumak; art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 Ustawy poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez konsorcjum Qumak, która podlega odrzuceniu jako niezgodna z Ustawą w związku ze złożeniem przez konsorcjum Qumak więcej niż jednej oferty; art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy, poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez konsorcjum Qumak, która podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny; art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z przepisem art. 90 Ustawy poprzez brak wezwania konsorcjum Qumak do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz nieodrzućenie oferty konsorcjum Qumak z powodu zawartej w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, a także innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa wymienionych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Wniósł o nakazanie zmiany przyjętego przez Zamawiającego sposobu poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie konsorcjum Qumak tak, aby łączna cena brutto oferty konsorcjum Qumak wynosiła 5 333 068,44 zł, jak wynika z formularzy ofertowego i cenowego złożonych przez konsorcjum Qumak, a poprawione zostały jedynie ceny jednostkowe w taki sposób, aby w sumie odpowiadały łącznej cenie końcowej oferty konsorcjum Qumak; z ostrożności procesowej, w przypadku braku uznania żądania określonego w pkt 2. - odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Qumak na podstawie przepisów przywołanych w zarzutach o numerach 3 i 4 powyżej, a w przypadku ich nieuwzględnienia - alternatywnie na podstawie przepisów, o których mowa w zarzucie nr 5 powyżej; nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 kwietnia br.; nakazania Zamawiającemu powtórnej czynności oceny ofert; uznania, że oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą; wyboru oferty Odwołującego jako

najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności: „Na stronie nr 5 złożonej przez konsorcjum Qumak oferty, w formularzu cenowym (załącznik nr 3 do SWIZ), w wierszu „OGÓŁEM” widnieje cena 5 333 068,44 zł brutto (słownie: pięć milionów trzysta trzydzieści trzy tysiące sześćdziesiąt osiem złotych i czterdzieści cztery grosze), na którą powinny się składać ceny jednostkowe ujęte w czterech odrębnych pozycjach tego formularza. Dodatkowo należy podkreślić, że wśród trzech pierwszych pozycji określających ceny jednostkowe należało wskazać, jaką część ceny jednostkowej stanowić będzie wynagrodzenie z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych lub udzielenia licencji poprzez użycie sformułowania „w tym”. Jak można rozumieć, konsorcjum Qumak wypełniło formularz w części dotyczącej cen jednostkowych w taki sposób, że cenę każdego z trzech etapów rozbiło na dwie oddzielne kategorie, tj. wynagrodzenie za realizację etapu oraz wynagrodzenie za przeniesienie praw autorskich (względnie udzielenie licencji), które de facto stanowi również dodatkowe wynagrodzenie z tytułu realizacji danego etapu, a nie stanowi części kwot wskazanych jako wynagrodzenie za realizację jednostkowych etapów, tj. kwot 50 106,51 zł, 2 307 147,90 zł i 1 641 903,63 zł za wykonanie odpowiednio etapów 1, 2 i 3. Wniosek taki można wysnuć na podstawie zsumowania: (1) wszystkich cen jednostkowych za realizację trzech etapów oraz (2) wynagrodzenia za przeniesienie praw autorskich lub udzielenie licencji w ramach tych etapów, a także (3) wynagrodzenia za świadczenie nadzoru autorskiego (poz. nr 4 formularza cenowego), które łącznie daje kwotę 5 333 068,44 zł brutto określoną przez konsorcjum Qumak jako właściwą cenę końcową za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Różnica pomiędzy łączną ceną końcową określoną przez konsorcjum Qumak a poprawioną przez Zamawiającego, tj. 4 248 233,04 zł brutto, stanowi dokładnie kwotę stanowiącą sumę wynagrodzeń z tytułu przeniesienia praw autorskich lub udzielenia licencji określonych w pozycjach 1-3 formularza cenowego, czyli 1 084 835,40 zł. Widać zatem, że Zamawiający miał podstawę przyjąć, że ceny jednostkowe za trzy etapy konsorcjum Qumak omyłkowo przedstawiło bez uwzględnienia cen za przeniesienie praw autorskich lub udzielenie licencji, które zostały wyodrębnione jako dodatkowe wynagrodzenie za realizację tych etapów, a powinno być wliczone w kwotę wynagrodzenia za dany etap (tj. kwot 50 106,51 zł, 2 307 147,90 zł i 1 641 903,63 zł) w związku z istniejącym w pozycjach 1-3 formularza cenowego sformułowaniem „w tym”.

Jeżeli w takim razie Zamawiający przyjął, że istnieją przesłanki do skorzystania z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2, to powinien dokonać poprawy wysokości wynagrodzeń jednostkowych za realizację poszczególnych etapów określonych w pozycjach 1-3 formularza cenowego, bowiem omyłka, której wystąpienie stwierdził Zamawiający wystąpiła właśnie w pozycjach 1-3 tego formularza, a nie w ogólnej kwocie wynagrodzenia określonej

przez konsorcjum Qumak w formularzach cenowym i ofertowym.”

W ocenie Odwołującego, sposób, w jaki Zamawiający dokonał poprawy omyłki rachunkowej w ofercie konsorcjum Qumak stanowi podstawę do stwierdzenia, że Zamawiający bezprawnie i bez jakichkolwiek podstaw wykreował samodzielnie oświadczenie woli konsorcjum Qumak w zakresie najistotniejszego elementu oferty, tj. ceny. Podkreślił, że działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności ze złożonym w ofercie oraz potwierdzonym w piśmie z dnia 21 marca br. oświadczeniem woli skierowanym do Zamawiającego, z którego wynika, że cena zaoferowana przez konsorcjum Qumak za wykonanie przedmiotowego zamówienia wynosi 5 333 068,44 zł brutto. Nadto Odwołujący stwierdził, że tak przyjęty przez Zamawiającego sposób działania stanowi przejaw nadużycia prawa w rozumieniu przepisów art. 5 oraz 58 § 2 kodeksu cywilnego, bowiem nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał, w jaki sposób będzie dokonywał poprawek omyłek rachunkowych w treści ofert, więc mógł poprawić omyłkę rachunkową, biorąc pod uwagę, że ceny w ofertach mają charakter ryczałtowy. W szczególności w świetle zapisów SIWZ, Zamawiający powinien uznać, że cena podana w formularzu w pozycji „OGÓŁEM” jest ceną wiążącą jako cena ryczałtowa. Zgodnie z treścią zapisu w SIWZ na str. 8 pkt 14.3.: *„Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ.”* W związku z tym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien uznać, że cena ma charakter ryczałtowy i wobec tego, bez znaczenia jest wysokość poszczególnych elementów ceny oraz sposób jej obliczenia.

Niezależnie od powyższego i na wypadek uwzględnienia przyjętego przez Zamawiającego sposobu dokonania poprawy omyłki rachunkowej, Odwołujący stwierdził, że omyłka rachunkowa może być poprawiona, gdy ma charakter oczywisty, to znaczy, że jest widoczna „na pierwszy rzut oka”, a sposób jej poprawy nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, nie zmienia pozycji strony, której oświadczenie jest poprawiane i odzwierciedla zamierzenia i intencje tej strony. Zdaniem Odwołującego, omyłki rachunkowe w ofercie konsorcjum Qumak nie mają charakteru oczywistego, o czym świadczy okoliczność, że Zamawiający poprawił treść oferty konsorcjum Qumak na swój sposób i jednocześnie nie wziął pod uwagę, że zsumowanie wszystkich kwot wyszczególnionych w pozycjach 1-4 formularza cenowego konsorcjum Qumak daje kwotę wynagrodzenia końcowego określoną w formularzach cenowym i ofertowym, a różnica pomiędzy łączną ceną końcową określoną przez konsorcjum Qumak a

poprawioną przez Zamawiającego stanowi dokładnie kwotę stanowiącą sumę wynagrodzeń z tytułu przeniesienia praw autorskich lub udzielenia licencji określonych w pozycjach 1-3 formularza cenowego, które nieopatrznie nie zostały uwzględnione w kwotach wynagrodzeń w wysokościach 50 106,51 zł, 2 307 147,90 zł i 1 641 903,63 zł za wykonanie odpowiednio etapów 1, 2 i 3, stąd można przyjąć, że błąd znajduje swoje miejsce w pozycjach 1-3 formularza cenowego. Odwołujący zwrócił uwagę na treść pisma z dnia 21 marca 2013r. przesłanego Zamawiającemu przez konsorcjum Qumak, z którego wynika, że błąd jest umiejscowiony w pozycjach 1-3 formularza cenowego i jest skutkiem niewłaściwego zrozumienia przez konsorcjum Qumak formularza SIWZ. Zatem, w ocenie Odwołującego wystąpił błąd w obliczeniu ceny, który powinien skutkować odrzuceniem oferty w trybie przewidzianym przepisem art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Odwołujący podniósł z ostrożności procesowej, że uznanie sposobu dokonania poprawy omyłki rachunkowej przez Zamawiającego za właściwy i skuteczny prawnie jest niedopuszczalne z uwagi na niezgodność oferty konsorcjum Qumak z Ustawą, bowiem oferta konsorcjum Qumak zawiera dwie ceny, tj. określoną jako suma cen jednostkowych oraz określoną w innej wysokości cenę końcową, co jest sprzeczne z przepisem art. 82 ust. 1 Ustawy i oferta konsorcjum Qumak powinna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89. ust. 1 pkt 1.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że nawet jeżeli zostałyby uznane, że Zamawiający prawidłowo poprawił cenę w ofercie konsorcjum Qumak i jednocześnie oferta ta nie zostałaby odrzucona, to podlega ona odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący podniósł, że skoro różnica pomiędzy ceną zawartą w ofercie konsorcjum Qumak a ceną poprawioną przez Zamawiającego wynosi 1 084 835,40 zł (słownie: jeden milion osiemdziesiąt cztery tysiące osiemset trzydzieści pięć złotych i czterdzieści groszy), co stanowi około 20% ceny zawartej w ofercie konsorcjum Qumak, to Zamawiający powinien odrzucić ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę, ewentualnie zwrócić się do konsorcjum Qumak o wyjaśnienia w trybie przewidzianym w przepisie art. 90 ust. 1 Ustawy. Odwołujący przedstawił zestawienie kosztów, które miało potwierdzić, że przyjęta przez Zamawiającego cena oferty wykonawcy Qumak stanowi wartość niższą niż koszty zakupu i ceny rynkowe. Przedstawił również kalkulację własnej oferty, która wskazać miała, że nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotowego zamówienia za cenę określoną w ofercie Wykonawcy Qumak, którą przyjął Zamawiający.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań.

**Sygn. akt: KIO 869/13**

**Sygn. akt: KIO 916/13**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Qumak SA, T4B sp. z o.o. legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Wykonawca uzasadnił, że dokonany przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłki w jego ofercie powoduje u Odwołującego szkodę, gdyż wykonanie zamówienia za kwotę ustaloną przez Zamawiającego po dokonaniu poprawienia w ofercie mogłoby narazić Odwołującego na stratę.

W ocenie Izby również Odwołujący Atende SA. legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Wykazał, że gdyby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne, miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Izba ustaliła, że Wykonawcy w niniejszym postępowaniu zobowiązani byli do przedstawienia ceny za realizację zamówienia na formularzu ofertowym. Dodatkowo do oferty należało załączyć formularz cenowy. Formularz cenowy był podzielony na 4 pozycje. W trzech pierwszych pozycjach należało przedstawić cenę za realizację etapu oraz podać wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji do oprogramowania. Wykonawca Qumak SA, T4B sp. z o.o. wpisał w formularzu ofertowym kwotę 5333068,44 zł. Taka sama cena 5333068,44 zł była wpisana w formularzu cenowym w pozycji sumującej (pod nazwą OGÓŁEM). Odwołujący w piśmie z dnia 21.03.2013 r. poinformował Zamawiającego o zaistnieniu błędu w wypełnieniu formularza ofertowego, potwierdzając, iż łączna wartość wynagrodzenia wskazanego przez Odwołującego nie ulega zmianie i została wpisana w sposób prawidłowy. W piśmie tym Odwołujący wskazał także, że omyłka nastąpiła na skutek nieprawidłowego zrozumienia stwierdzenia „w tym”, co spowodowało, że wykonawca uznał, że wartości wynagrodzenia będą się sumowały w ramach każdego etapu, nie zaś (co było intencją Zamawiającego), że kwota po stwierdzeniu „w tym” będzie wliczała się w kwotę wskazaną jako pierwsza w odniesieniu do wynagrodzenia za dany etap. Izba ustaliła, że zsumowanie wszystkich kwot

wyszczególnionych w pozycjach 1-4 formularza cenowego Wykonawcy Qumak SA, T4B sp. z o.o. daje kwotę wynagrodzenia końcowego określoną w formularzach cenowym i ofertowym.

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2013r. działając na podstawie art. 87 ust 2 pkt. 2 Ustawy Pzp, dokonał poprawienia ceny w ofercie Odwołującego na wartość 4.248.233,04 zł brutto, uznając iż w ofercie zaistniała oczywista omyłka rachunkowa, do której poprawienia uprawniony jest Zamawiający.

Rozważając stan faktyczny w niniejszej sprawie, Izba uznała, że w ofercie Wykonawcy Qumak SA, T4B sp. z o.o. nie wystąpiła oczywista omyłka rachunkowa. Izba zauważyła, że istotą oczywistej omyłki rachunkowej jest to, że nie budzi wątpliwości, na czym polegała i w jaki sposób należy ją poprawić. Oczywista omyłka rachunkowa wynika z błędu w zastosowanych działaniach matematycznych. W niniejszej sprawie Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, iż oferta Odwołującego Qumak zawiera taką omyłkę. Przede wszystkim podnieść należy, że nie jest oczywisty sposób, w jaki omyłka zawarta w ofercie Odwołującego mogłaby zostać poprawiona. Oczywistość omyłki wykluczało kilka okoliczności. Przede wszystkim wyjaśnienia Odwołującego Qumak złożone przed wyborem oferty najkorzystniejszej i bez wezwania ze strony Zamawiającego. W treści tych wyjaśnień Odwołujący poinformował Zamawiającego, że nastąpił błąd przy wypełnianiu formularza ofertowego i jednocześnie potwierdził, że łączna wartość wynagrodzenia wskazanego przez Odwołującego w tym formularzu została wpisana w sposób prawidłowy i wynosić ma 5333068,44 zł. Oczywistość omyłki podważa także fakt, że wykonawca przedstawił kwotę ogółem wskazującą na kwotę 5333068,44 zł. Kwota ta odpowiadała sumie wszystkich składników wyszczególnionych przez Wykonawcę Qumak SA, T4B sp. z o.o. Ponadto oczywistość omyłki podważa także fakt dwukrotnego powtórzenia przez Odwołującego tej samej ceny globalnej wynoszącej 5333068,44 zł. W ocenie Izby mało prawdopodobne jest, aby Odwołujący Qumak SA, T4B sp. z o.o. popełnił dwukrotnie tę samą omyłkę (w formularzu cenowym i ofertowym). Ponadto Izba wzięła pod uwagę także fakt, że do formularza ofertowego wpisywana jest kwota, za którą wykonawca zobowiązuje się wykonać zamówienie.

Trudo również przyjąć, iż złożenie oferty przez Odwołującego było próbą manipulacji wynikami postępowania. Złożone przez Odwołującego informacja z dnia 21 marca 2013 roku oznaczała, iż Odwołujący złożył je będąc świadomym, że wskazany przez niego błąd doprowadzi do tego, że nie uzyska zamówienia. Wszystkie te okoliczności wykluczają oczywisty charakter omyłki rachunkowej, co oznacza, że w okolicznościach niniejszej

sprawy nie było uprawnione jej poprawienie w sposób wskazany przez Zamawiającego. W ocenie Izby zaistniała omyłkę należało uznać za inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. Nie ulega wątpliwości, że istotą omyłki jest sposób przedstawienia cen częściowych. Nie odpowiada on sposobowi przedstawienia przez Zamawiającego w SIWZ, który oczekiwał, że kwota wskazana po słowie w tym, zostanie wliczona do kwoty wskazanej jako pierwsza w pozycji tabeli. Omyłka ta nie prowadzi jednak do istotnych zmian w treści oferty, gdyż nie ulega zmianie cena, za jaką Odwołujący zobowiązał się wykonać całe zamówienie. To właśnie cena z formularza ofertowego jest ceną, którą Zamawiający odczytuje i porównuje z cenami innych wykonawców.

W świetle powyższego Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego Qumak SA, T4B sp. z o.o. na podstawie tego artykułu i z tego względu obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie. Konsekwencją naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych było naruszenie art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Qumak SA, T4B sp. z o.o. po poprawieniu omyłki.

Izba uznała także, że w ofercie Wykonawcy Qumak SA i T4B sp. z o.o. nie wystąpił błąd w obliczeniu ceny, który prowadziłby do odrzucenia oferty Odwołującego Qumak. Istnienie błędu to taka okoliczność, która nie pozwala na ustalenie ceny, z uwagi np. na brak jakiegoś elementu wpływającego na jej wysokość. W niniejszej sprawie omyłka polegała na sposobie przedstawienia cen częściowych (innym niż we wzorze zawartym w SIWZ), jednakże cena globalna była wskazana. Nie można mówić, w ocenie Izby, że oferta Wykonawcy zawiera dwie ceny, gdyż wobec stwierdzenia, że nastąpiła omyłka, uznać należało, że w ofercie podana jest jedna cena. Obydwa formularze wskazują cenę 5333068,44 złotych. Z tego też względu Izba uznała za nieuzasadniony zarzut podnoszony przez Wykonawcę Atende SA dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 i 89 ust. 1 pkt 1 w zw. Z art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozważania dotyczące okoliczności, czy cena w wysokości 4248233, 04 zł może zostać uznana za rażąco niską, w świetle powyższych ustaleń, są rozważaniami hipotetycznymi. Cena rażąco niska jest to taka cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Aby ustalić, czy zaoferowana cena ma charakter ceny rażąco niskiej, Zamawiający zwraca się do wykonawców o wyjaśnienia i na podstawie takich wyjaśnień dokonuje oceny, czy dany wykonawca zaoferował cenę, za którą nie można zrealizować zamówienia. Wyjaśnienia

dotyczą ceny zaoferowanej przez konkretnego wykonawcę w danym postępowaniu, a zatem mają potwierdzić, czy dany wykonawca może zrealizować zamówienie za zaoferowaną przez siebie kwotę. W niniejszym postępowaniu wykonawca oświadczył, że nie może zrealizować zamówienia za określoną kwotę, tym samym cena w jego ofercie jest po dokonaniu poprawienia przez Zamawiającego jest rażąco niska. Trudno, w ocenie Izby, podważać wyjaśnienia wykonawcy, który stwierdził, że nie jest w stanie zrealizować zamówienia za określoną cenę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....