Sygn. akt: KIO 1658/19

WYROK

z dnia 10 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę A. S.-J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego "DROBUD" A. S.-J. z siedzibą w Opolu,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Krapkowice,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy A. S.-J., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego "DROBUD" A. S.-J. z siedzibą w Opolu; (ii) poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp cen jednostkowych podanych przez wykonawcę A. S.-J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego "DROBUD" A. S.-J. z siedzibą w Opolu w pkt 1 lit. a) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego") poprzez jej ustalenie na kwotę stanowiąca 3% łącznej ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych i w pkt 1 lit. b) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego") poprzez jej ustalenie na kwotę stanowiącą 10% ceny brutto za opracowanie dokumentacji projektowej wskazanej w pkt 1 lit. a) oraz w pozycji 1 i 14 Załącznika nr 6 ('Harmonogramu rzeczowo - finansowego") do SIWZ wraz z dalszymi konsekwencjami rachunkowymi powyższych zmian.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Krapkowice i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. S.-J., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego "DROBUD" A. S.-J. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Krapkowice na rzecz wykonawcy A. S.-J., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa

Ogólnego "DROBUD" A. S.-J. z siedzibą w Opolu kwotę 13.931 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset trzydzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania tj. 10.000 zł 00 gr., wynagrodzenia pełnomocnika tj. 3.6000 zł 00 gr. oraz kosztów dojazdu na rozprawę tj. 331 zł 00 gr.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1658/19

UZASADNIENIE

W dniu 26 sierpnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawcy A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego DROBUD A. S.-J. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Gminie Krapkowice (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu na „Budowę ciągu pieszo-rowerowego łączącego Halę Widowiskowo-Sportową im. Władysława Piechoty w Krapkowicach z osiedlem XXX-lecia (po starym śladzie kolejowym) wraz dwoma stanowiskami park & bike & ride" (zwanym dalej „Postępowaniem")":

1) art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie cen jednostkowych za sporządzenie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru autorskiego podanych przez Odwołującego w punkcie 1 lit. a) i b) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego") do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej zwanej: „SIWZ", podczas gdy Zamawiający by zobowiązany do wezwania o takie wyjaśnienia przed odrzuceniem oferty Odwołującego;

2) art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności poprawienie cen jednostkowych podanych przez Odwołującego w punkcie 1 lit. a) i b) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego") oraz w pozycji 1 i 14 Załącznika1 nr 6 („Harmonogramu rzeczowo-finansowego) do SIWZ wraz z dalszymi konsekwencjami rachunkowymi, stanowiących inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;

3) art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na zawarcie w ofercie błędów w obliczeniu cen jednostkowych podanych przez Odwołującego w punkcie 1 lit. a) i b) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego") SIWZ, podczas gdy omyłki przy podawaniu ww. cen jednostkowych stanowiły inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i powinny podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ ze względu na podanie cen jednostkowych za sporządzenie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru autorskiego podanych przez Odwołującego w punkcie 1 lit. a) i b) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego") nie odpowiadających wytycznym określonym w punkcie 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ, podczas gdy ww. niezgodności stanowiła inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i powinny podlegać poprawieniu na

podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

5) oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania; (ii) wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych podanych przez Odwołującego w punkcie 1 lit. a) i b) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego"); (iii) nakazanie Zamawiającemu poprawienia cen jednostkowych podanych przez Odwołującego w punkcie 1 lit. a) i b) Załącznika nr 1 („Formularza ofertowego") oraz w pozycji 1 i 14 Załącznika nr 6 („Harmonogramu rzeczowo-finansowego) do SIWZ wraz z dalszymi konsekwencjami rachunkowymi, jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że dnia 26 lipca 2019 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych w zakresie budowy ciągu pieszo-rowerowego łączącego Halę Widowiskowo-Sportową im. Władysława Piechoty w Krapkowicach z osiedlem XXX-lecia (po starym śladzie kolejowym) wraz dwoma stanowiskami park & bike & ride.

W punkcie 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ Zamawiający określił następujący sposób podania ceny całkowitej oraz cen jednostkowych w Postępowaniu:

„1. Łączna cena ofertowa będzie ceną ryczałtową, która winna być wyliczona jako suma elementów prac/robót wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. Tak wyliczona cena winna zostać wpisana jako cena ofertowa na Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. W wyliczonej cenie ofertowej należy uwzględnić:

1.1 cenę za opracowanie dokumentacji projektowej wraz z mapami do celów projektowych

i uzyskaniem pozwolenia na budowę (w wysokości nie przekraczającej 3 % łącznej ceny ofertowej brutto robót budowlanych),

1.2 cenę za pełnienie nadzoru autorskiego (w wysokości nie przekraczającej 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę),

1.3 cenę za wykonanie robót budowlanych w oparciu o opracowaną dokumentację projektową wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz za wykonanie małej architektury i wyposażenia".

Wobec powyższych postanowień Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania w punkcie 1 załącznika nr 1 do SIWZ („Formularza ofertowego"), dalej zwanego „Formularzem ofertowym", następujących cen jednostkowych:

„Zobowiązuję się wykonać zamówienie pn. „Budowa ciągu pieszo- rowerowego łączącego Halę Widowiskowo-Sportową im. Władysława Piechoty w Krapkowicach z osiedlem XXX- lecia (po starym śladzie kolejowym) wraz dwoma stanowiskami park & bike & ride":

w łącznej cenie ryczałtowej brutto:.....zł słownie:.....(netto:.....,VAT)

tym:

a) za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę zł brutto (w wysokości nie przekraczającej 3 % łącznej ceny ryczałtowej brutto robót

budowlanych) słownie:.....,(netto:....., VAT) (poz. 1 Harmonogramu rzeczowo-

finansowego - zał. nr 6 do SIWZ)

b) za pełnienie nadzoru autorskiego, ...zł brutto (w wysokości nie

przekraczającej 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz

z uzyskaniem pozwolenia na budowę) słownie:.....(netto:.....,VAT.....) (poz. 14

Harmonogramu rzeczowo-finansowego - zał. nr 6 do SIWZ)

c) za wykonanie robót budowlanych .....zł brutto słownie:.....

(netto:.....VAT.....) (poz. 2-13 Harmonogramu rzeczowo-finansowego - zał. nr 6 do

SIWZ)".

Odwołujący wskazał, że w trakcie sporządzania oferty przez pracownika Odwołującego doszło do omyłki ze względu na wskazanie w punkcie 1 lit. a) Formularza ofertowego ceny dokumentacji projektowej obliczonej od wartości 3% ceny całkowitej brutto za realizację całego zamówienia zaokrąglonej do kwoty 31.000,00 złotych brutto zamiast od wartości ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych wskazanej w punkcie 1 lit. c) Formularza ofertowego. W konsekwencji doszło również do omyłki w ustaleniu ceny jednostkowej brutto za pełnienie nadzoru inwestorskiego wskazanej w punkcie 1 lit. b) Formularza ofertowego oraz do omyłkowego wskazania ww. wartości w pozycji 1 i 14 Załącznika nr 6 („Harmonogramu rzeczowo- finansowego) do SIWZ, dalej zwanego: „Harmonogramem rzeczowo-finansowym".

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie niezgodności w zakresie cen jednostkowych podanych w punkcie 1 lit. a) i b) Formularza ofertowego. Zamawiający nie dokonał również poprawienia powyższych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 19 sierpnia 2019 r. Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, ponieważ oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający w uzasadnienie swojej czynności wskazał, że: „W pkt 1 lit a Formularza ofertowego Zamawiający określił maksymalny próg dla kwoty brutto w zakresie dokumentacji projektowej, tj. w wysokości nie przekraczającej 3 % łącznej ceny ofertowej brutto (w tym przypadku należało przyjąć łączną cenę ofertową brutto robót budowlanych). Natomiast w pkt 1 lit. b Formularza ofertowego Zamawiający określił maksymalny próg dla kwoty brutto w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego tj. w wysokości nie przekraczającej 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę. Wykonawca nie zastosował się do opisanej reguły przez co złożona oferta jest niezgodna z treścią SIWZ a także zawiera błędy w obliczeniu ceny. Cena oferty została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w SIWZ, bowiem w pkt 1 lit. a Formularza ofertowego dla dokumentacji projektowej Wykonawca podał wartość brutto 31 000,00 zł, która stanowi 3,04 % łącznej ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych".

Naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego co do cen jednostkowych wskazanych w ofercie

Na wstępie Odwołujący wskazał, że jeżeli treść oferty wywołuje wątpliwości Zamawiającego, w pierwszej kolejności powinien on wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących cen jednostkowych podanych w Formularzu ofertowym, a dopiero wobec treści przedstawionych wyjaśnień podjąć decyzję o poprawieniu omyłek w ofercie lub o odrzuceniu takiej oferty z jednej z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nie tylko może, ale i powinien, ustalić, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy, a oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem Zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r. o sygn. akt KIO 1926/17 oraz wyrok o sygn. akt KIO 2383/17.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien, a wręcz ma obowiązek skorzystania z instytucji wyjaśnienia treści oferty w przypadku, gdy jego zdaniem zachodzi podejrzenie niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ, co może skutkować odrzuceniem takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na orzeczenia KIO z dnia 28 stycznia 2019 r. o sygn. akt: KIO 53/19 oraz wyrok z dnia 17 grudnia 2018 r. o sygn. akt:

W ocenie Odwołującego mając na uwadze, że wartości cen jednostkowych poszczególnych zadań, które miały być zrealizowane w ramach udzielonego zamówienia mogły wywołać wątpliwości, Zamawiający przed dokonaniem odrzucenia oferty Odwołującego powinien wezwać go do wyjaśnienia powyższych kwestii. Tymczasem Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z pominięciem czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, czym dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek w ofercie Odwołującego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią punktu 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ Zamawiający wskazał, że cena brutto oferty będzie ceną ryczałtową i „winna być wyliczona jako suma elementów prac/robót wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ". Z powyższego wynika, że określenie ceny brutto oferty oraz poszczególnych cen jednostkowych nastąpi na podstawie kalkulacji wskazanej w Harmonogramie rzeczowo-finansowego i przede wszystkim to powyższy dokument będzie świadczył o prawidłowości obliczenia ceny całkowitej w postępowaniu.

Jednocześnie w punkcie 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") do SIWZ Zamawiający wskazał aby ceny jednostkowe wymienione w Harmonogramie rzeczowo-finansowym zostały następnie wpisane do odpowiednich punktów Formularza ofertowego. Ponadto, Zamawiający wskazał na podstawie punktu 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ, że ceny jednostkowe opracowania dokumentacji projektowej oraz przeprowadzenia nadzoru autorskiego, podane w Formularzu Ofertowym nie mogą przekroczyć określonej wartości procentowej innych cen jednostkowych wskazanych w Formularzu Ofertowym tj. cena opracowania dokumentacji projektowej miała nie przekraczać 3% wartości ceny brutto robót budowlanych realizowanych w zakresie zamówienia, natomiast cena przeprowadzenia nadzoru inwestorskiego miała nie przekraczać 10% ceny brutto za opracowanie dokumentacji projektowej.

W nawiązaniu do powyższych wytycznych z punktu 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ Odwołujący wskazał, że pracownik Odwołującego sporządzający ofertę w pierwszej kolejności skalkulował cenę brutto całej oferty i omyłkowo na jej podstawie (zamiast od wartości ceny brutto samych robót budowlanych) obliczył cenę sporządzenia dokumentacji projektowej, którą następnie wprowadził do punktu 1 lit. a Formularza ofertowego. W konsekwencji na podstawie tak obliczonej ceny sporządzenia dokumentacji projektowej doszło do ustalenia ceny realizacji nadzoru autorskiego.

Odwołujący podkreślił, że wskazanie górnych limitów procentowych wartości poszczególnych cen jednostkowych na podstawie punktu 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ nie stanowią wytycznych Zamawiającego do ustalenia ceny całkowitej brutto za realizację zamówienia publicznego, ale jest jedynie próbę sztucznego wykreowanie podstawy odrzucenia oferty z postępowania. Jak wynika z punktu 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ to przede wszystkim Harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowi podstawę do ustalenia ceny całkowitej brutto za realizację Zamówienia. W związku z powyższym wytyczne postawione w punkcie 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ nie stanowią podstawy obliczenia ceny całkowitej brutto, przez co podanie cen jednostkowych niezgodnych z zakresem ww. wytycznych nie stanowi istotnego elementu oferty i powinno podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, w ocenie Odwołującego, narzucenie przez Zamawiającego wskazania w Formularzu ofertowym cen jednostkowych za sporządzenie dokumentacji projektowej i za pełnienie nadzoru autorskiego o wartości nie przekraczającej maksymalnej wysokości określonego ww. wytycznymi należy uznać za czynność formalno-techniczną nie stanowiącą realnego obliczenia ceny jednostkowej za sporządzenie dokumentacji i pełnienie nadzoru autorskiego, ale określającą warunki płatności za wykonanie poszczególnych zadań w ramach realizacji zamówienia publicznego. Jak wskazał Odwołujący, warunki płatności powinny zostać określone przez Zamawiającego w odrębnym dokumencie i pozostawać bez wpływu na ustalenie cen jednostkowych przez Odwołującego w jego ofercie.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie jest uprawniony do wskazywania w SIWZ ani górnego limitu ceny ofertowej ani nawet maksymalnej wysokości poszczególnych cen jednostkowych. Ustalenie ceny oferty, jak również cen jednostkowych należy wyłącznie do wykonawcy, co wynika m. in. z wyroku KIO z 22 maja 2009 r., o sygn. akt KIO/UZP 586/09, KIO/UZP 600/09 oraz w wyrok z dnia 17 grudnia 2013 r. o sygn. akt: KIO 2747/13.

W ocenie Odwołującego określenie przez Zamawiającego wytycznych z punktu 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ należy uznać za działania naruszające zasadę uczciwej konkurencji oraz stanowiące nieuprawnioną ingerencję zamawiającego w obszar uprawnień zastrzeżonych dla wykonawców. To bowiem wykonawca powinien samodzielnie, na podstawie własnej kalkulacji, wycenić ceny jednostkowe poszczególnych zadań realizowanych w ramach przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie wymagania zamawiającego oraz odnosząc ceny jednostkowe do rzeczywistych kosztów świadczenia robót budowlanych. Może się okazać, że wprowadzając określone proporcje, Zamawiający zmusi wykonawców do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi zadaniami w ten sposób, że np. cena jednego z nich będzie nierynkowa i zawyżona, a innego nierynkowa i zaniżona. W związku z powyższym Zamawiający nie był upoważniony do wprowadzania wytycznych z punktu 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ, a tym bardziej do odrzucenia oferty Odwołującego na powyższej podstawie.

Na marginesie Odwołujący wskazał również, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, wynagrodzenie za realizację całego zamówienia ma charakter ryczałtowy. Jak wynika z orzecznictwa KIO, przy wynagrodzeniu ryczałtowym podstawy obliczenia ceny mają charakter drugorzędny i zasadniczo nie może dojść do odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na błędy w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP (por. uchwała KIO z dnia 26 marca 2019 r., sygn. akt: KIO/KU 18/19).

W ocenie Odwołującego Zamawiający żeby ustalić, że ma do czynienia z omyłką zobowiązany jest do wyjaśnienia treści oferty niezgodnej z SIWZ zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązek podjęcia przez niego takiego działania implikuje właśnie przepis mówiący, że Zamawiający może odrzucić ofertę, która nie spełnia SIWZ z zastrzeżeniem obowiązku poprawienia omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu uniknięcia sytuacji polegającej na odrzucenia oferty z błędem nieistotnym, który nie ma wpływu na istotne zapisy treści oferty. Choć nie wynika to z literalnego brzmienia ustawy Pzp, jak wskazują liczne orzeczenia KIO obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i poprawienia omyłek powinien poprzedzać również ewentualne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający mając wątpliwości co do wskazania w Formularzu ofertowym cen jednostkowych za realizację poszczególnych zadań w ramach przedmiotu zamówienia powinien więc w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień i ustalić czy powyższe ceny powinny zostać poprawione jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Dopiero w przypadku, gdyby cen jednostkowych nie dało się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający od razu odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny, co stanowiło naruszenie nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ale również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a przede wszystkim art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na uchwałę KIO z dnia 3 sierpnia 2017 r. o sygn. akt: KIO/KD 39/17 oraz wyrok z dnia 17 kwietnia 2015 r. o sygn. akt: KIO 697/15.

Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie wskazuje się, że istotność omyłek poprawianych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być oceniana z punktu widzenia zakresu wprowadzanych zmian w stosunku do całości treści oferty oraz przedmiotu zamówienia. Tak Izba orzekła m. in. w wyroku z 25 kwietnia 2018 r. o sygn. akt: KIO 558/18.

Odwołujący wskazał, że omyłki popełnione przez Odwołującego w punkcie 1 lit. a) i b) Formularza ofertowego, a w konsekwencji w pozycji 1 i 14 Harmonogramu rzeczowo-finansowego, nie miały charakteru istotnego. Po pierwsze, jak już uprzednio wskazał Odwołujący podstawę obliczenia ceny całkowitej brutto za realizację zamówienia stanowił Harmonogramu rzeczowo-finansowego, na podstawie którego należało wypełnić Formularz ofertowy. Ponadto, obowiązek wprowadzenia cen jednostkowych do Formularza ofertowego zgodnie z wytycznymi dotyczącymi maksymalnej wartość ceny jednostkowej za sporządzenie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego nie stanowiły istotnego czynnika cenotwórczego, ale czynność formalno-techniczną mającą na celu ustalenie harmonogramu

zapłaty wynagrodzenia za poszczególne etapy realizacji zamówienia, zatem wprowadzenie ww. wytycznych stanowiło jedynie próbę sztucznego wykreowanie podstawy do odrzucenia oferty. Poza tym, w ocenie Odwołującego, wprowadzenie takich wytycznych należy uznać za nieuzasadnioną ingerencję w prawo wykonawców do ustalania cen jednostkowych za realizację poszczególnych zadań wykonania zamówienia publicznego według własnych potrzeb

W zakresie istotności omyłki Odwołujący podkreślił, że zgodnie z Informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2019 r. cena jednostkowa sporządzenia dokumentacji projektowej w sposób nieznaczny przekraczała limit 3% łącznej ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych tj. o kwotę ok. 400 złotych (0,04% łącznej ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych). Ponadto, z powyższego wynika, że cenę sporządzenia dokumentacji projektowej w punkcie 1 lit. a) Formularza ofertowego należało podać z uwzględnieniem ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych wynikającej z punktu 1 lit. c) Formularza ofertowego. W konsekwencji tak ustalonej ceny sporządzenia dokumentacji projektowej w punkcie 1 lit. a) Formularza ofertowego należało podać cenę za pełnienie nadzoru autorskiego w punkcie 1 lit. b) Formularza ofertowego, której wartość należało podać z uwzględnieniem ceny sporządzenia dokumentacji projektowej podanej w punkcie 1 lit. a) Formularza ofertowego.

Ponieważ cena ryczałtowa brutto robót budowlanych nie wzbudzała wątpliwości Zamawiającego, a z punktu 1 lit. a) i b) Formularza ofertowego wynikało jakiej wartości procentowej mają nie przekraczać ceny jednostkowe za sporządzenie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru autorskiego, Zamawiający miał wszelkie dane umożliwiające poprawienie oczywistych omyłek w treści oferty Odwołującego. Dopuszczalność poprawienia oczywistych omyłek w przypadku gdy można je uzupełnić na podstawie pozostałych danych wynikających z oferty KIO stwierdziło m. in. w wyroku z dnia 21 października 2011 r. o sygn. akt: KIO 2152/11 oraz w wyroku z dnia 21 lutego 2018 r. o sygn. akt: KIO 231/18.

W ocenie Odwołującego proponowana zmiana ma charakter nieznaczny z punktu widzenia całości oferty, tj. Odwołujący wnioskuje o dokonanie zmiany o wartości ok. 400,00 zł, podczas gdy całkowita cena wynikająca z oferty Odwołującego to kwota ok. 1 055 000,00 zł, co tym bardziej wskazuje na nieistotność zmian dokonanych poprawieniem takich omyłek. Odwołujący wskazał, że z orzecznictwa KIO wynika, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie stoi na przeszkodzie poprawieniu oferty, gdyż takim właśnie sytuacjom wprost dedykowany jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli zmiana nie ma charakteru istotnego. Chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych (por. wyrok KIO z 11 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2459/18). Podobnie stanowisko Izba wyraziła w wyroku z dnia 12 marca 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 301/18.

W ocenie Odwołującego okoliczności sprawy wskazują, iż wobec nieistotnego charakteru popełnionych przez Odwołującego pomyłek oraz marginalnego znaczenia przy ustalaniu ceny całkowitej oferty wytycznych z punktu 1.1 i 1.2 rozdziału XII! („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ, Zamawiający był zobowiązany w pierwszej kolejności do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wątpliwości dotyczących wskazanych w Formularzu ofertowym cen jednostkowych, a następnie dokonać poprawienia oczywistych omyłek w zakresie cen jednostkowych podanych w Formularzu ofertowym oraz Harmonogramie rzeczowo-finansowym. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2019 r. o sygn. akt: KIO 53/19.

Odwołujący wskazał, że zasadne jest nakazanie, aby Zamawiający po unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących cen jednostkowych wskazanych w Formularzu ofertowym, a następnie zgodnie z dyspozycję art.

87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawy w ofercie Odwołującego popełnionych omyłek w następujący sposób:

1) poprawił wartość ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wskazanej w punkcie 1 lit. a) Formularza ofertowego poprzez jej ustalenie na kwotę stanowiąca 3 % łącznej ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych wskazanej w punkcie 1 lit. c) Formularza ofertowego tj. 30.599,32 zł wraz z konsekwencjami

rachunkowymi;

2) poprawił wartość ceny brutto za pełnienie nadzoru autorskiego wskazanej w punkcie 1 lit. b) Formularza ofertowego poprzez jej ustalenie na kwotę stanowiąca 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wskazanej w punkcie 1 lit. a) Formularza ofertowego tj. 3.059,93 zł wraz z konsekwencjami rachunkowymi;

3) poprawił wartość łącznej ceny ryczałtowej brutto za realizację całego zamówienia wskazanej w punkcie 1 Formularza ofertowego poprzez jej ustalenie na kwotę 1.053.636,75 zł (słownie: jeden milion pięćdziesiąt trzy tysiące sześćset trzydzieści sześć złotych 75/100);

4) w konsekwencji wprowadzenie powyższych poprawek poprawił również pozycje 1 i 14 oraz pozycji „RAZEM" Harmonogramu rzeczowo-finansowego sporządzonego przez Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego wobec braku wystąpienia przesłanki odrzucenia

Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucił ofertę Odwołującego jedynie ze względu na wystąpienie w niej nieistotnych omyłek w zakresie cen jednostkowych podanych przez Odwołującego w punkcie 1 lit. Formularza ofertowego, które nie stanowiły błędów w obliczeniu ceny i powinny zostać zakwalifikowane przez Zamawiającego jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wskazał, że Zgodnie z art. 7 ust. 1. ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie ulega wątpliwości, iż zasada ta obowiązuje Zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza także, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert były jednakowe dla wszystkich wykonawców. W ocenie Odwołującego, przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył tę zasadę, ponieważ w wyniku wadliwego przeprowadzenia przez niego czynności oceny oferty Odwołującego uznano, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 6 ustawy Pzp, pomimo że oferta Odwołującego ani nie zawierała błędów w obliczeniu ceny ani nie jest niezgodna z postanowienia SIWZ.

Odwołujący wskazał, że argumentacja dotycząca niezasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp pokrywa się z argumentacją podniesiona przez Odwołującego w zarzucie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek w ofercie Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że określanie cen wykonania poszczególnych zadań przy realizacji zamówienia publicznego stanowi uprawnienie wykonawców i stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto, wprowadzenie powyższych postanowień do SIWZ powoduje konieczność uwzględnienia ewentualnej „nadwyżki" cenowej w innych pozycjach formularza cenowego oferty. Skoro Zamawiający nie był uprawniony do wskazania takich postanowień w SIWZ, to tym bardziej nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na ich podstawie.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że Zamawiający punkcie 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ wskazał, że z tytułu realizacji zamówienia Odwołującemu będzie przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie takie jest niezmienne w związku z czym sposób jego obliczenia nie podlega kontroli pod względem jego poprawności rachunkowej (w tym co do podanych cen jednostkowych), zatem nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2019 r. o sygn. akt: KIO/KU 18/19. W ocenie Odwołującego wytyczne przedstawione przez Zamawiającego w punkcie 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ nie stanowiły istotnego elementu cenotwórczego ceny całkowitej brutto oferty, a miały stanowić jedynie sztucznie wykreowaną podstawę do odrzucenia ofert z Postępowania. Jak wskazuje Odwołujący - Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia Postępowania na zasadach określonych w ustawie Pzp. W art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zawarty został zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty, w związku z czym Zamawiający nie był uprawniony do jego poszerzenia.

Ponadto, jak wynika z punktu 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ to przede wszystkim Harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowi podstawę do ustalenia ceny całkowitej brutto za realizację Zamówienia. W ocenie Odwołującego w związku z powyższym wytyczne postawione w punkcie 1.1 i 1.2 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ nie stanowią podstawy obliczenia ceny całkowitej brutto, przez co podanie cen jednostkowych niezgodnych z zakresem ww. wytycznych nie stanowi istotnego elementu oferty i powinno podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego zobowiązanie wykonawcy do wskazania w Formularzu ofertowym cen jednostkowych za sporządzenia dokumentacji projektowej oraz za pełnienie nadzoru autorskiego w wysokości nie przekraczającej określonej ww. wytycznych wartości stanowiło czynność formalno-techniczną, nie mającą na celu realnego obliczenia cen jednostkowych za sporządzenia dokumentacji projektowej oraz za pełnienie nadzoru autorskiego, narzucającą wykonawcom górnych limitów wynagrodzenia za wykonanie określonych zadań w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że określenie przez Zamawiającego warunków zapłaty za realizację poszczególnych etapów zamówienia powinno zostać określone w harmonogramie zapłaty stanowiącym oddzielny dokument. Jednocześnie określenie warunków płatności nie powinno nastąpić poprzez limitowanie cen jednostkowych realizacji poszczególnych zadań w ramach wykonania zamówienia publicznego, tak jak miało to miejsce w przedmiotowym Postępowaniu.

Odwołujący ustalił ceny jednostkowe zgodnie ze swoją wiedzą i doświadczeniem w realizacji innych zamówień o podobnym przedmiocie oraz na podstawie cen rynkowych towarów i usług związanych z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie jest uprawniony do ingerowania w ustalanie maksymalnych cen jednostkowych poszczególnych zadań. W ocenie Odwołującego poprawienie omyłek w okolicznościach przedmiotowej sprawy, ze względu na ich wartość oraz marginalne znaczenie wytycznych podanych w punkcie 1.1 i 1.2 nie będzie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Ponadto, na podstawie innych informacji zawartych w ofercie Zamawiający miał możliwość, a wręcz obowiązek poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującego istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. W związku z powyższym wprowadzenie poprawek przewidzianych w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było w przedmiotowej sprawie w pełni uzasadnione.

Odwołujący ponownie podkreślił, że w sytuacji, w której Zamawiający stwierdził wystąpienie wątpliwości w zakresie cen jednostkowych podanych w Formularzu ofertowym, powinien był wyjaśnić sporne i wątpliwe okoliczności w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, również poprzez dokonanie poprawienia tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. W związku z powyższym Zamawiający w pierwszej kolejności powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zasadności poprawienia cen jednostkowych sporządzenia dokumentacji projektowej i za pełnienie nadzoru autorskiego jako omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a następnie dokonać poprawy ww. omyłek jako nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 28 grudnia 2018 r. o sygn. akt: KIO 2589/18 oraz z dnia 28 stycznia 2019 r. o sygn. akt: KIO 53/19.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań zamawiającego; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) informację z otwarcia oferta z dnia 12 sierpnia 2019 r. oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na okoliczność ustalenia wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieorganicznego na „Budowę ciągu pieszo- rowerowego łączącego Halę Widowiskowo-Sportową im. Władysława Piechoty w Krapkowicach z osiedlem XXX-lecia (po starym śladzie kolejowym) wraz dwoma stanowiskami park & bike & ride" (zwanym dalej „Postępowaniem")".

Izba ustaliła, że w punkcie 1 rozdziału XIII („Opis sposobu obliczenia ceny") SIWZ Zamawiający określił następujący sposób podania ceny całkowitej oraz cen jednostkowych w Postępowaniu:

„1. Łączna cena ofertowa będzie ceną ryczałtową, która winna być wyliczona jako suma elementów prac/robót wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. Tak wyliczona cena winna zostać wpisana jako cena ofertowa na Formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. W wyliczonej cenie ofertowej należy uwzględnić:

1.1 cenę za opracowanie dokumentacji projektowej wraz z mapami do celów projektowych

i uzyskaniem pozwolenia na budowę (w wysokości nie przekraczającej 3 % łącznej ceny ofertowej brutto robót budowlanych),

1.2 cenę za pełnienie nadzoru autorskiego (w wysokości nie przekraczającej 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę),

1.3 cenę za wykonanie robót budowlanych w oparciu o opracowaną dokumentację projektową wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie oraz za wykonanie małej architektury i wyposażenia".

Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania w punkcie 1 załącznika nr 1 do SIWZ („Formularza ofertowego"), dalej zwanego „Formularzem ofertowym", następujących cen jednostkowych:

„Zobowiązuję się wykonać zamówienie pn. „Budowa ciągu pieszo- rowerowego łączącego Halę Widowiskowo-Sportową im. Władysława Piechoty w Krapkowicach z osiedlem XXX- lecia (po starym śladzie kolejowym) wraz dwoma stanowiskami park & bike & ride":

w łącznej cenie ryczałtowej brutto:.....zł słownie:.....(netto:.....,VAT)

tym:

a) za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę zł brutto (w wysokości nie przekraczającej 3 % łącznej ceny ryczałtowej brutto robót

budowlanych) słownie:.....,(netto:....., VAT) (poz. 1 Harmonogramu rzeczowo-

finansowego - zał. nr 6 do SIWZ)

b) za pełnienie nadzoru autorskiego, ...zł brutto (w wysokości nie

przekraczającej 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz

z uzyskaniem pozwolenia na budowę) słownie:.....(netto:.....,VAT.....) (poz. 14

Harmonogramu rzeczowo-finansowego - zał. nr 6 do SIWZ)

c) za wykonanie robót budowlanych .....zł brutto słownie:.....

(netto:.....VAT.....) (poz. 2-13 Harmonogramu rzeczowo-finansowego - zał. nr 6 do

SIWZ)".

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 12 sierpnia 2019 r. w postępowaniu złożone 3 oferty. Zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę

707.418,00 zł

Odwołujący w Formularzu Oferty oświadczył, że zrealizuje zamówienia za łączną cenę brutto 1.054.077,50 zł. Za opracowanie dokumentacji ofertowej wskazał cenę 31.000 zł, za pełnienie nadzoru autorskiego cenę brutto 3.1000 zł, zaś za wykonanie robót budowalnych cenę brutto 1.019.977,50 zł. Cena za opracowanie dokumentacji projektowej stanowiła 3% ceny brutto zamówienia (obliczonej jako suma pozycji nr 2 - 13 Harmonogramu rzeczowo - finansowego), cena zaś za pełnienie nadzoru autorskiego wynosiła 10% ceny za wykonanie dokumentacji

projektowej.

Izba ustaliła, że w dniu 19 sierpnia 2019 r. Zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, ponieważ oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający w uzasadnienie swojej czynności wskazał, że: „W pkt 1 lit a Formularza ofertowego Zamawiający określił maksymalny próg dla kwoty brutto w zakresie dokumentacji projektowej, tj. w wysokości nie przekraczającej 3 % łącznej ceny ofertowej brutto (w tym przypadku należało przyjąć łączną cenę ofertową brutto robót budowlanych). Natomiast w pkt 1 lit. b Formularza ofertowego Zamawiający określił maksymalny próg dla kwoty brutto w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego tj. w wysokości nie przekraczającej 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę. Wykonawca nie zastosował się do opisanej reguły przez co złożona oferta jest niezgodna z treścią SIWZ a także zawiera błędy w obliczeniu ceny. Cena oferty została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w SIWZ, bowiem w pkt 1 lit. a Formularza ofertowego dla dokumentacji projektowej Wykonawca podał wartość brutto 31 000,00 zł, która stanowi 3,04 % łącznej ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych”.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w kryteriach oceny ofert, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższe zarzuty potwierdziły się. Wskazać należy, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario - możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość poprawienia omyłki wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. Poprawienie w ofercie wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze SIWZ nie może zatem powodować zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w istotnym zakresie.

Jednym z elementów koniecznych do zastosowania regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wykazanie przez wykonawcę, że w treści jego oferty wystąpiła omyłka. W potocznym rozumieniu „omyłka” to „spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie; błąd, pomyłka”; „popełnienie błędu, błąd, pomyłka”; „pomyłka, zwykle drobna” zob. np. M. Szymczak (red.): Słownik języka polskiego, Warszawa 1982, t. 2, s. 799; S. Dubisz (red.): Uniwersalny słownik języka polskiego, t. 3, Warszawa 2003, s. 222; E. Sobol (red.): Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2003, s. 599. Uznać należy, że omyłka w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to błąd, pomyłka wykonawcy, której skutkiem jest niezgodność jego oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W kategoriach omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mieści się świadome wprowadzenie do treści oferty elementów niezgodnych z SIWZ, gdyż świadomość działania wyklucza uznanie rezultatu za omyłkę.

W analizowanej sprawie spór pomiędzy stronami dotyczył możliwości poprawie oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należało więc ustalić czy spełnione są wszystkie przesłanki konieczne do zastosowania powyższej regulacji.

Po pierwsze, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga ustalania, iż oferta

wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami. Zarówno bowiem Odwołujący w treści odwołania jak i Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie zgodnie oświadczyli, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodnie z pkt 1.1 i 1.2 rozdziału XIII SIWZ.

Po drugie, dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca wymaga, aby niezgodność oferty z SIWZ była konsekwencją omyłki wykonawcy. W przedmiotowej sprawie Odwołujący zarówno w treści odwołania jak i podczas rozprawy wyjaśnił, że podczas sporządzenia oferty pracownik Odwołującego omyłkowo obliczył cenę za sporządzenie dokumentacji projektowej w oparciu o cenę brutto całej oferty, nie zaś w oparciu o cenę brutto samych robót budowlanych. Z kolei Zamawiający wskazał, że uchybienie wykonawcy nie nosiło znamion omyłki, lecz było błędem w obliczeniu cen jednostkowych oraz ceny całkowitej w ramach oferty Odwołującego. Wskazał również, że nawet gdyby przyjąć, że mamy do czynienia z omyłką wykonawcy, to w ocenie Zamawiającego, w żadnym razie nie sposób przyjąć, iż Zamawiający posiadał wiedzę i podstawy do poprawienia oferty w tak istotnym aspekcie, jak zaproponowane ceny. Gdyby Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie wskazanych przez Odwołującego cen jednostkowych i wezwał go do złożenia wyjaśnień, Odwołujący chcąc dostosować ofertę do wymogów SIWZ musiałby ją zmodyfikować i wnosić o dokonanie przez Zamawiającego korekty w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie

Zamawiającego przedstawiony tok rozumowania bezsprzecznie prowadziłby do negocjacji Odwołującego z Zamawiającym odnośnie treści oferty, a w konsekwencji — naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Po pierwsze, nie zostały przedstawione Izbie żadne obiektywne okoliczności, które uniemożliwiałby uznanie kwestionowanych czynności Odwołującego za omyłkę. Nie zostało wykazane, że działanie Odwołującego miało charakter celowy, zamierzony, co wykluczałoby uznanie działań wykonawcy za omyłkę. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 29 stycznia 2009 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) pojęcie „omyłki" nie może być utożsamiane ze świadomym działaniem wykonawcy, którego oferta została obarczona niezgodnością z treścią SIWZ. W ocenie Sądu omyłka podlegająca poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi wynikać z błędu wykonawcy, którego intencją było złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w żaden sposób nie podważył, a tym bardziej nie wykazał, iż działanie Odwołującego nosiło znamiona działań celowych, które zmierzały do złożenia oferty niezgodnej z SIWZ. W ocenie Izby wykonawca nie miał żadnego interesu — w szczególności ekonomicznego, który wpływałby na świadome kalkulowanie poszczególnych cen za wykonanie zamówienia niezgodnie z wymaganiami SIWZ, szczególnie w sytuacji, w której Zamawiający wyznaczył określone, nieprzekraczalne limity wynagrodzenia za kwestionowane prace.

Po trzecie, ustawodawca wymaga, aby poprawienie omyłki wykonawcy zawartej w ofercie nie powodowało istotnych zmian w jej treści. Strony przedmiotowego sporu prezentowały odmienne rozumienie istotności zmian oferty. Zamawiający podkreślał, że błąd wykonawcy stanowi błąd w obliczeniu ceny, którego Zamawiający nie miał możliwości samodzielnie skorygować. Ponadto Zamawiający wskazał, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, a w konsekwencji skorygowanie ceny za usługi projektowe i pełnienie nadzoru autorskiego prowadziłoby do ustalenia treści oferty Odwołującego w drodze negocjacji, co uznać należy za niedopuszczalne.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że pojęcie istotności zmian w treści oferty jest pojęciem nieostrym, zaś jego interpretacja winna mieć miejsce w okolicznościach konkretnej sprawy. I właśnie w okolicznościach faktycznych omawianej sprawy Izba uznała, że poprawienie omyłki Odwołującego nie spowoduje istotnych zmian w jego ofercie. W przedmiotowej sprawie, nikt nie kwestionował faktu, iż łączna wartość proponowanych przez Odwołującego zmian wynosiła około 400 zł brutto, co przy cenie za realizację zamówienia zaoferowanej przez Odwołującego na poziome 1.054.077,50 zł. brutto stanowiło niecałe 0,04% wartości oferty. Trudno zatem uznać, iż z punktu widzenia wartości świadczenia wykonawcy na rzecz Zamawiającego proponowana zmiana miała charakter istotny. Proponowana zmiana treści oferty również nie odnosiła się do sposobu wykonania zamówienia czy innych istotnych elementów zamówienia. Miała ograniczony zasięg wyłącznie co do sposobu obliczenia ceny, przy czym sposób ten został wskazany przez Zamawiający w treści SIWZ.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że błędne obliczenie ceny za wykonanie dokumentacji projektowej, a w konsekwencji pełnienie nadzoru autorskiego dotyczyło istotnych aspektów zamówienia, co wyklucza możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, że okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. akt: sygn. akt XXIII Ga 406/18).

Izba nie podziela poglądu Zamawiającego, że wystąpienie przez Zamawiającego do Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp celem ustalenia, czy cena robót budowlanych ma pozostać taka sama (przy zmniejszeniu pozostałych cen jednostkowych), czy też Zamawiający ma ją obniżyć w celu „zmieszczenia" się ceny jednostkowej,

proponowanej za wykonanie dokumentacji projektowej do maksymalnego poziomu 3%, stanowiłoby negocjacje między Zamawiającym a Odwołującym w zakresie oferowanych cen, co stałoby w sprzeczności do wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp zasadą równego i konkurencyjnego traktowania w stosunku do pozostałych wykonawców. Zamawiający mylne interpretuje pojęcie negocjacji z pojęciem wyjaśnienia treści oferty wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, że pojęcie negocjacji nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Z uwagi na cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez negocjacje należy rozumieć rozciągnięty w czasie, stopniowy proces dochodzenia do konsensusu, polegający na wymianie informacji. Charakterystyczną cechą negocjacji jest „ucieranie się" stanowisk uczestniczących podmiotów oraz wymiana informacji istotnych dla podjęcia decyzji o zawarciu umowy i jej następstw gospodarczych. O tym, czy doszło do negocjacji, należy przesądzać in casu, na podstawie całokształtu okoliczności sprawy. Nie można utożsamiać negocjacji z obowiązkiem bądź prawem skorzystania przez zamawiających bądź wykonawców z narzędzi jakie ustawodawca zawarł w ustawie Pzp mających na celu np.

wyjaśnienie treści oferty czy zwrócenie uwagi wykonawcy na potencjalną niezgodność oferty w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a następnie dokonanie poprawek oferty stosownie do otrzymanych wyjaśnień. W przedmiotowej zaś sprawie Zamawiający bez wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a priori w sposób nieuprawnione przyjmuje, nie znając treści wyjaśnień wykonawcy, iż dojdzie do negocjacji treści oferty, które skutkować będzie jej istotną zmianą. Takie działanie, w ocenie, Izby jest nieuprawnione i de facto stanowi obejście narzędzi służących do wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy przywidzianych w ustawie Pzp.

W ocenie Izby nie znając stanowiska Odwołującego, Zamawiającego nie ustalił w obiektywny sposób zakresu żądnych zmian, a tym bardziej nie ocenił czy mają one charakter istotny czy nie. Należy podkreślić, że jednokrotne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykrytych błędów czy omyłek nie stanowi, w ocenie Izby, negocjacji z wykonawcą. Nie dochodzi bowiem do dyskusji czy ścierania się stanowisk dwóch stron, ale wyłącznie do przedstawienia przez wykonawcę swojego stanowiska wobec stwierdzonych nieprawidłowości w ofercie. Dopiero na podstawie otrzymanych wyjaśnień i zaproponowania przez wykonawcę ewentualnych zmian w treści oferty, Zamawiający mógłby podjąć decyzję co do istotności zmian i ewentualnego odrzucenia oferty.

W analizowanym stanie faktycznym, Izba uznała, że skorygowanie omyłki Odwołującego poprzez dokonanie poprawnego działania arytmetycznego i wyliczenia kosztu opracowania dokumentacji projektowej na kwotę stanowiącą 3% wartości robót budowalnych nie stanowi istotnej zmiany treści oferty. Cena za opracowanie dokumentacji projektowej, jak i cena za pełnienie nadzoru autorskiego ulegnie zmianie o około 400 zł, a w konsekwencji ostateczne cena brutto za realizację zamówienia ulegnie zmniejszeniu również o powyższą wartość. Podkreślić należy, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny za realizację usługi opracowania dokumentacji projektowej i pełnienia nadzoru autorskiego. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że w SIWZ wskazany został maksymalny poziom wartości tej usługi, co nie wykluczało, iż wykonawcy mogli zastosować inne, niższe progi. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest jednak ta konkretna sprawa. Z ustalonych okoliczności faktycznych wynika, że wykonawca zastosował właśnie 3% oraz 10%, dopuszczalny poziom wyceny, omyłkowo jednak odniósł 3% próg do wartości brutto oferty, nie zaś wartości brutto robót budowalnych. Tym samym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z treści złożonej oferty można było wywieść wszystkie niezbędne informacje służące do skorygowania omyłki. W

ocenie Izby w treści oferty wykonawcy zawarte były dane liczbowe pozwalające na wyliczenie ceny za wykonanie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru autorskiego. Wykonawca wskazał w formularzu oferty wartość robót budowalnych, która nie była kwestionowana przez

Zamawiającego. Od tej wartości należało obliczyć wartość robót za opracowanie kompletniej dokumentacji projektowej w kwocie 3% wartości tych robót. Procent ten wynikał z treści oferty złożonej przez Odwołującego. Podobnie jak 10% próg do obliczenia ceny za pełnienie nadzoru autorskiego. Tym samym Zamawiający winien dokonań zmian w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w następujący sposób: (i) dokonać korekty ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wskazanej w punkcie 1 lit. a) Formularza Ofertowego poprzez jej ustalenie na kwotę stanowiąca 3 % łącznej ceny ryczałtowej brutto robót budowlanych wskazanej w punkcie 1 lit. c) Formularza ofertowego tj. 30.599,32 zł wraz z konsekwencjami rachunkowymi; (ii) dokonać korekty ceny brutto za pełnienie nadzoru autorskiego wskazanej w punkcie 1 lit. b) Formularza Ofertowego poprzez jej ustalenie na kwotę stanowiąca 10 % ceny brutto za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wskazanej w punkcie 1 lit. a) Formularza ofertowego tj. 3.059,93 zł wraz z konsekwencjami rachunkowymi; (iii) w konsekwencji dokonać korekty ceny ryczałtowej brutto za realizację całego zamówienia wskazanej w punkcie 1 Formularza ofertowego poprzez jej ustalenie na kwotę 1.053.636,75 zł (słownie: jeden milion pięćdziesiąt trzy tysiące sześćset trzydzieści sześć złotych 75/100); (iv) dokonać korekty pozycje 1 i 14 oraz pozycji „RAZEM" Harmonogramu rzeczowo-finansowego sporządzonego przez Odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to wskazać należy, że przepis ten umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty. Należy jednak podkreślić, że jest to uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. W orzecznictwie sądowym wskazuje się, iż nie można postawić skutecznego zarzutu w formie odwołania na samo nieskorzystanie przez zamawiającego z przysługującego mu prawa (tak SO w Gdańsku w wyr. z 27.6.2008 r., Legalis), można natomiast postawiać zarzut nieskorzystania z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku, gdy działania zamawiającego, podjęte bez stosownych wyjaśnień, powodują dla wykonawcy niekorzystne konsekwencje (np. odrzucenie oferty, zbyt mała liczba punktów w kryterium itp.). Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący skutecznie postawił zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień spowodowało niezasadne odrzucenie jego oferty. Obiektywna analiza okoliczności faktycznych sprawy skłoniła Izbę do przyjęcia słuszności twierdzeń Odwołującego. Podkreślić należy, że przed decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie podjął żadnych kroków w celu wyjaśnienia przyczyn niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Zamawiający w swojej decyzji o odrzuceniu oferty nie odniósł się do istotności uchybień Odwołującego, nie wyjaśnił dlaczego zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, choć art 87 ust. 1 ustawy Pzp statuuje uprawnienie Zamawiającego do żądania złożenia wyjaśnień, to jednak mając na uwadze daleko idące konsekwencje w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, zachowania należytej staranności w prowadzeniu postępowania, zobowiązywało Zamawiającego do wyjaśnienia niezgodności w ofercie Odwołującego bądź do zawarcia w decyzji o odrzuceniu oferty informacji co do przyczyn zaniechania wezwania do złożenia takich wyjaśnień. Tylko w ten sposób Zamawiający nie naraziłby się na negatywne konsekwencje związane z nieskorzystaniem z opisywanej instytucji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

Co do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, to wskazać należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. W omawianym stanie faktycznym omyłka Odwołującego nie dotyczyły braku uwzględnienia w cenie za realizację zamówienia wszystkich elementów cenotwórczych. Omyłka wykonawcy dotyczyła przyjęcia błędnej podstawy do obliczenia ceny za usługę opracowania dokumentacji projektowej, a w konsekwencji usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego. Omyłka wykonawcy skutkowała jednocześnie obliczeniem cen za ww. usługi w sposób niezgodnie z wymogami SIWZ. Tym niemniej wskazać należy, że cena i jej obliczenie to niewątpliwie treść oferty, a zatem sytuacja

ta podlega ocenie pod kątem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeżeli błąd w obliczeniu ceny może i powinien być poprawiony, gdyż nie będzie to powodowało istotnych zmian w treści oferty, to nie będzie powodu do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Tym samym Izba uznała zarzut za zasadny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: .....