

Sygn. akt: KIO 3438/20

WYROK
z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., Bickhardt Bau AG, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych KB Sp. z o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., Instal Lech Sp. z o.o. (ul. Kwiatkowskiego 12, 55-011 Siechnice)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego (Wspólny Zamawiający): **Gmina Wrocław** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. (Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław)** reprezentowanego przez **Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. (ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław)**

przy udziale Wykonawcy **PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. (Al. Armii Krajowej 62, 50-54 Wrocław)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Pro-Tra Building sp. z o.o. oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym dokonanie czynności poprawienia omyłek w Załączniku 1a (w ofercie Odwołującego) w pozycjach nr 1, 2, 3, 71 z uwzględnieniem ewentualnych zmian wynikających z dokonanych poprawek

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gmina Wrocław** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. (Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław)** reprezentowanego przez **Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. (ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., Bickhardt Bau AG, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych KB Sp. z o.o., Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., Instal Lech Sp. z o.o. (ul. Kwiatkowskiego 12, 55-011 Siechnice)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Wrocław** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. (Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław)** reprezentowanego przez **Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. (ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Gmina Wrocław** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. (Pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław)** reprezentowanego przez **Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. (ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław)**

na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., Bickhardt Bau AG, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych KBI Sp. z o.o., Zakład Sieci Zasilania Sp. z o.o., Instal Lech Sp. z o.o. (ul. Kwiatkowskiego 12, 55-011 Siechnice)** kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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:.....

Sygn. akt: KIO 3438/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Wrocław reprezentowana przez Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „02100 Budowa Osi Zachodniej we Wrocławiu w ciągu drogi krajowej nr 94”.

Odwołujący Konsorcjum firm: Bickhardt Bau Polska sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Bickhardt Bau AG (Partner Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych KBI Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Instal Lech Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) reprezentowany przez Lidera Konsorcjum - Bickhardt Bau Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i odrzucenie oferty Odwołującego,

2. naruszenie art. 87 ust 2 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Odwołującego (pozycji nr 1, 2, 3, i 71 w Załączniku 1a), które w ocenie Zamawiającego skutkowały niezgodnością oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy ta niezgodność powstała dopiero w wyniku poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek w ofercie (tj. zmiany wartości w pozycji nr 68 w Załączniku 1a), co w konsekwencji w skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego,

3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie Odwołującego z uwagi na pobieżne sprawdzenie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz niepoprawienie oferty (Załącznika 1a) w czterech pozycjach, które w ocenie Zamawiającego były niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, w sytuacji gdy ta rzekoma niezgodność powstała wyłącznie na skutek poprawek do oferty wprowadzonych przez Zamawiającego i zaniechania poprawienia dalszych omyłek, mimo iż było to możliwe na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy,

4. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty nr 3 złożonej przez wykonawcę Pro-Tra Building sp. z o.o. oraz nakazanie unieważnienia

czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i zaferowanej ceny, tj. kwoty 147.549.972,76 zł (słownie: sto czterdzieści siedem milionów pięćset czterdzieści dziewięć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt dwa złote 76/100) netto, tj. 181.486.466,49 zł (słownie: sto osiemdziesiąt jeden milionów czterysta osiemdziesiąt sześć tysięcy czterysta sześćdziesiąt sześć złotych 49/100) brutto,

aktualnie:

uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty nr 3 złożonej przez wykonawcę Pro-Tra Building sp. z o.o. oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie czynności poprawienia oczywistych omyłek w Załączniku 1a do oferty Odwołującego (pozycji nr 1, 2, 3 i 71), a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym zmian wynikających z dokonanych poprawek (poz. 1, 2, 3 i 71 w Załączniku 1a), tj. za cenę 147.549.887,44 zł (słownie: sto czterdzieści siedem milionów pięćset czterdzieści dziewięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych 44/100) netto, tj. 181.486.361,55 (słownie: sto osiemdziesiąt jeden milionów czterysta osiemdziesiąt sześć tysięcy trzysta sześćdziesiąt jeden złotych 55/100) brutto; zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i poinformował, że dokonał wyboru oferty Wykonawcy Pro-Tra Building Sp. z o.o. Zamawiający poinformował także, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy odrzucił ofertę nr 4 złożoną przez Odwołującego, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą uczestnicy postępowania przetargowego złożyli również Załącznik 1a tj. Zestawienie kosztów zadania. Zgodnie z treścią ww. załącznika:

1) wartość pozycji 1 Zestawienia kosztów zadania pn. Organizacja zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem powinna stanowić nie więcej niż 0,1 % wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83,

2) wartość pozycji 2 Zestawienia kosztów zadania pn. Utrzymanie zaplecza na potrzeby Wykonawcy (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) powinna stanowić nie więcej niż 0,1 % wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83,

3) wartość pozycji 3 Zestawienia kosztów zadania pn. Likwidacja zaplecza powinna stanowić nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83,

4) wartość pozycji 71 Zestawienia kosztów zadania pn. Utrzymanie zaplecza na potrzeby Zamawiającego - w całości finansowana przez Gminę Wrocław (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) powinna wynosić nie więcej niż 0,01% wartości robót określonych w pozycji 68.

Zamawiający wskazał także, że w przypadku gdy wartość poszczególnych pozycji przekroczy podane wskaźniki, Zamawiający dokona odrzucenia oferty wykonawcy.

5 listopada 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy dokonał poprawy omyłek w ofercie Odwołującego, polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz w Załączniku 1a.

Odwołujący poinformował Zamawiającego, że wyraża zgodę na poprawienie omyłek, o których mowa w piśmie Zamawiającego.

Dokonując poprawek Zamawiający dokonał również zmiany Zestawienia kosztów zadania oraz Formularza ofertowego, zmieniając m.in. wartość pozycji nr 68 w Załączniku 1a z kwoty 127.998.264,90 zł netto na kwotę 127.970.744,29 zł.

Po dokonaniu ww. poprawek, w ocenie Zamawiającego w Załączniku 1a do oferty Odwołującego:

1) wartość pozycji 1 Zestawienia kosztów zadania pn. Organizacja zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem jest wyższa niż 0,1 % wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83 o kwotę 27,52 zł netto,

2) wartość pozycji 2 Zestawienia kosztów zadania pn. Utrzymanie zaplecza na potrzeby Wykonawcy (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) jest wyższa niż 0,1 % wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83 o kwotę 27,52 zł netto,

3) wartość pozycji 3 Zestawienia kosztów zadania pn. Likwidacja zaplecza jest wyższa niż 0,1% wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83 o kwotę 27,52 zł netto,

4) wartość pozycji 71 Zestawienia kosztów zadania pn. Utrzymanie zaplecza na potrzeby Zamawiającego — w całości finansowana przez Gminę Wrocław (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) jest wyższa niż 0,01% wartości robót określonych w pozycji 68 o kwotę 2,76 zł netto, co w ocenie Zamawiającego nie podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy i skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji wyborem jako najkorzystniejszej oferty nr 3 złożonej przez Pro-Tra Building Sp. z o.o., której wartość brutto była wyższa od oferty Odwołującego o kwotę 2.642.907,70 zł.

Wskazane zatem przez Odwołującego wartości w pozycjach nr 1, 2 i 3 Załącznika 1a są wyższe niż kwota 0,1% wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83.

Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że na skutek dokonanych przez Zamawiającego poprawek w ofercie, wskazana przez Odwołującego kwota 139.001,95 zł dla pozycji nr 1, 2 i 3 odpowiada dokładnie wartości 0,100019 % z kwoty stanowiącej sumę wartości robót określonych w pozycjach 68 i 83 (tj. kwoty 138.974.425,80 zł). Analogicznie, wskazana przez Odwołującego wartość dla pozycji nr 71 w Załączniku 1a, tj. kwota 12.788,83 zł odpowiada dokładnie wartości 0,0100021% z kwoty wskazanej w pozycji nr 68 po poprawkach wprowadzonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że ustawodawca nie wprowadził jednoznacznej i bezwzględnie wiążącej regulacji dotyczącej sposobu „zaokrąglania” wartości liczbowych. Zastosowanie mogą zatem znaleźć regulacje ogólne (ustawowe zasady rachunkowe) lub regulacje zawarte w SIWZ. W przedmiotowym przetargu SIWZ zawiera tylko regulacje odnośnie kwot (zaokrąglenie do drugiego miejsca po przecinku) i brak w nim jest regulacji odnośnie innych wartości (np. limitów procentowych do obliczenia limitów dla wartości zawartych w Załączniku 1a - są one tylko podane, jako 0,1 % lub 0,01 %). Zgodnie natomiast z ppkt 21 SIWZ: Ceny należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W ocenie Odwołującego, to postanowienie SIWZ powinno znaleźć analogiczne zastosowanie dla obliczenia czy ceny wskazane w ofercie są zgodne z postanowieniami SIWZ, a więc również w celu obliczenia, czy dana pozycja mieści się w progach procentowych ustalonych przez Zamawiającego. Dokonując sprawdzenia czy ceny podane przez Odwołującego w ofercie odpowiadają wartości 0,1% sumy wartości robót wyszczególnionych w pozycjach nr 68 i 83, również należy dokonać zaokrąglenia z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Odwołujący wskazał także, że w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający nie przedstawił obliczenia, jaką wartość procentową sumy wartości robót wskazanych w pozycjach nr 68 i 83 Załącznika 1a stanowią pozycje nr 1, 2 i 3. Zamawiający zaniechał sprawdzenia jaką wartość procentową pozycji nr 68 stanowi wartość wskazana w pozycji nr 71. Brak przeprowadzania ww. weryfikacji doprowadził w konsekwencji do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, mimo iż była ona zgodna z postanowieniami SIWZ.

Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez

Zamawiającego art 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy, poprzez zaniechanie dokonania przez Zamawiającego poprawy omyłek w treści oferty Odwołującego, tj. w pozycjach nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika nr 1a, które to omyłki powstały dopiero na skutek dokonania innych poprawek przez Zamawiającego, a ich poprawienie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty Odwołującego.

5 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że dokonuje w ofercie Odwołującego poprawek oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy oraz uwzględniając konsekwencje dokonywanych poprawek Zamawiający zmienia również Zestawienie kosztów zadania (Załącznik 1a) oraz Formularz ofertowy - zmieniając m.in. wartość pozycji numer 68.

Jak wskazał Odwołujący, wartość pozycji nr 1, 2, 3 i 71 w Załączniku 1a do oferty Odwołującego została określona wprost przy użyciu wartości wskazanej w pozycji numer 68. Zmiana tej wartości przez Zamawiającego skutkowałą powstaniem rozbieżności w wartościach pozycji nr 1, 2, 3 i 71, która w ocenie Zamawiającego skutkowałą powstaniem niezgodności oferty z SIWZ. Tymczasem, jak stanowi art. 87 ust. 2 pkt 2 Ustawy, oczywiste omyłki rachunkowe poprawia się z jednoczesnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Konsekwencją zmiany pozycji w pozycji numer 68 w Załączniku 1a powinna być zatem zmiana tych elementów składowych ceny, które zostały obliczone na jej podstawie - a której brak skutkowałą niezgodnością oferty z SIWZ. Zatem w takim przypadku obowiązkiem Zamawiającego było poprawienie również wartości wskazanych w pozycjach nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a do oferty Odwołującego w taki sposób, aby były one zgodne z postanowieniami SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający w ogóle nie uzasadnił, dlaczego w jego ocenie ww. omyłki nie podlegają poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, w związku z tym Odwołujący nie wie, jakie były przyczyny, dla których Zamawiający uznał, że w tym stanie faktycznym przedmiotowy przepis nie znajdzie zastosowania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pominął, że dokonanie przez niego poprawy wcześniej stwierdzonych omyłek, powoduje konieczność dokonania dalszych zmian, będących ich konsekwencją rachunkową. Popelnienie oczywistej omyłki przez Odwołującego zobowiązywało Zamawiającego do jej skorygowania - także poprzez zmianę dalszych pozycji w Załączniku 1a - a następnie do obliczenia ceny z uwzględnieniem wartości zmienionej w drodze poprawienia omyłki.

W ocenie Odwołującego analiza art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy w świetle niniejszego stanu faktycznego oraz bogatego orzecznictwa zarówno sądowego, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, a także poglądów doktryny, prowadzi do wniosku, że przyjęte przez Zamawiającego stanowisko i zaniechanie dokonania ww. poprawek jest nieprawidłowe i stanowi naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy.

Odwołujący wskazał także, że ustawodawca nie wprowadził jasnych reguł opisujących przesłanki, które musi spełniać dane uchybienie, aby mogło być uznane za inną omyłkę i na tej podstawie skorygowane przez zamawiającego. Jedynym warunkiem sformułowanym wprost, jest zakaz wprowadzania, w wyniku poprawiania przez zamawiającego innej omyłki, istotnych zmian w treści oferty. Inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy nie musi mieć zatem charakteru oczywistego. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek niemających takiego charakteru, pod warunkiem, że poprawienie innej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Każdorazowo o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nie, należy rozstrzygać, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Jedynym więc ograniczeniem zakresu poprawienia omyłki jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną.

W odróżnieniu od omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Ustawy, „inna omyłka” nie musi mieć charakteru „oczywistego”. Istotna jest natomiast waga zmian w treści oferty, jakie nastąpią w związku z jej poprawieniem:

Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym i z tego względu powinno być zawsze oceniane przez pryzmat konkretnego stanu faktycznego, z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, biorąc pod uwagę zarówno następstwa i konsekwencje zmian dla treści oferty, jak również sam rodzaj i charakter poprawianych niezgodności oraz sposób ich przeprowadzenia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w niniejszym stanie faktycznym, wprowadzenie dalszych poprawek do Zestawienia kosztów zadania (Załącznika 1a) przez Zamawiającego, prowadziłoby do zmiany wartości pozycji nr 1, 2, 3 i 71 w ten sposób, że:

1) wartość pozycji 1 Zestawienia kosztów zadania pn. Organizacja zaplecza budowy wraz z jego zasilaniem wynosiłaby zamiast kwoty 139.001,95 zł netto kwotę 138.974.43 zł netto, tj. byłaby niższa o 27,52 zł netto.

2) wartość pozycji 2 Zestawienia kosztów zadania pn. Utrzymanie zaplecza na potrzeby Wykonawcy (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) wynosiłaby zamiast kwoty 139.001,95 zł netto kwotę 138.974.43 zł netto, tj. byłaby niższa o 27,52 zł netto.

3) wartość pozycji 3 Zestawienia kosztów zadania pn. Likwidacja zaplecza wynosiłaby zamiast kwoty 139.001,95 zł netto kwotę 138.974.43 zł netto, tj. byłaby niższa o 27,52 zł netto,

4) wartość pozycji 71 Zestawienia kosztów zadania pn. Utrzymanie zaplecza na potrzeby Zamawiającego - w całości finansowana przez Gminę Wrocław (koszt miesięczny x 24 miesiące realizacji) wy nosiłaby zamiast kwoty 12.799,83 zł netto kwotę 12.797,07 zł netto, tj. byłaby niższa o kwotę 2,76 zł netto.

Jak wynika z powyższego zestawienia, łączna wartość zmian w ofercie skutkowałąby obniżeniem ceny zaoferowanej przez Odwołującego o kwotę 85,32 zł netto, przy całkowitej wartości robót netto określonej na kwotę 147.549.972,76 zł. jest to wartość marginalna dla kwoty całego zamówienia i z tego względu nie może być uznana za zmianę istotną.

Odwołujący oświadczył, że wyraża zgodę na poprawienie przez Zamawiającego omyłek w pozycjach nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a poprzez: wpisanie w pozycji 1 wartości 138.974.43 zł, wpisanie w pozycji 2 wartości 138.974.43 zł, wpisanie w pozycji 3 wartości 138.974.43 zł, wpisanie w pozycji 71 wartości 12.797,07 zł oraz dokonanie poprawek oferty Odwołującego się, w tym zmiany wysokości wynagrodzenia, będących konsekwencją w. poprawek.

Odwołujący składając ofertę określił wartość pozycji nr 1, 2, 3 i 71 w Załączniku 1a w taki sposób, aby nie było żadnych wątpliwości co do przekroczenia progów procentowych wprowadzonych przez Zamawiającego (tj. odpowiednio 0,1% z sumy wartości pozycji 68 i 83 oraz 0,01% z pozycji numer 68). Określona przez Odwołującego wartość pozycji nr 68 w Załączniku 1a wynosiła pierwotnie (przed poprawkami Zamawiającego) 127.998.264,90 zł. Suma pozycji nr 68 i 83 wynosiła pierwotnie kwotę 139.001.946,41 zł. Z tego względu wartości pozycji nr 1, 2 i 3 została wskazana przez Odwołującego na kwotę 139.001,95 zł (a więc wynoszącą dokładnie 0,1% z kwoty 139.001.946,41 zł). Analogicznie Odwołujący się postąpił wskazując wartość pozycji nr 71, wskazując kwotę 12.799,83 zł, która wynosiła dokładnie 0,01% z kwoty pierwotnie wskazanej w pozycji nr 68 (tj. z kwoty 127.998.264,90 zł).

Dalej Odwołujący wskazał, że w wyniku poprawek naniesionych przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego, zmianie uległa kwota wskazana w pozycji nr 68 Załącznika 1a, co w konsekwencji wpłynęło na wartość określona przez Odwołującego w pozycjach nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika nr 1a. Zamawiający zaniechał jednak dokonania dalszych zmian w

ofercie Odwołującego, które byłyby konsekwencją poprawek wskazanych w piśmie z dnia 5 listopada 2020 r., a więc zmiany wartości pozycji nr 68 w Załączniku 1a. Tymczasem, jak wprost wynika z treści oferty złożonej przez Odwołującego, intencją Odwołującego było, aby wartości ujęte w pozycjach nr 1, 2 i 3 stanowiły dokładnie kwotę 0,1% sumy wartości robót wskazanych w pozycjach nr 68 i 83 - w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego. W taki sam sposób ustalona została przez Odwołującego wartość robót w pozycji nr 71. W niniejszym stanie faktycznym nie było zatem żadnych wątpliwości co do tego, jaki był zamiar i intencja Odwołującego. Oznacza to, że Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny skorygować również wartości w pozycjach nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a. Nawet jednak, gdyby w ocenie Zamawiającego ustalenie tych wartości nie było możliwe, to w takim przypadku Zamawiający powinien był skorzystać z uprawnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Ustawy i zażądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - w zakresie właśnie wartości ujętych w pozycjach nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a.

Odwołujący wskazał także, że nie był uprawniony do samodzielnego poprawiania treści złożonej oferty w zakresie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Rolą Zamawiającego było poprawienie oferty Odwołującego w taki sposób, aby usunąć niezgodności z SIWZ, które powstały w wyniku innych poprawek dokonanych przez Zamawiającego. Zaniechanie tych czynności i uznanie, że pozycje nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a są wyższe, aniżeli wprowadzone przez Zamawiającego progi kwotowa, która to niezgodność była wynikiem wcześniejszych działań Zamawiającego, doprowadziło do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego.

Wprowadzone przez Zamawiającego maksymalne wartości dla pozycji nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a, dotyczyły pozycji niezwiązanych zasadniczo z wykonaniem zamówienia (a więc konkretnych robót), ale zapleczła budowy. Prowadzi to do wniosku, że intencją Zamawiającego było, żeby składając oferty wykonawcy nie zawyżali sztucznie tych kosztów, co naraziłoby Zamawiającego na nieuzasadnione wydatkowanie środków publicznych. Konsekwencją odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego był wybór przez Zamawiającego oferty wyższej o kwotę 2.642.907,70 zł brutto. W tym przypadku nie można mówić o racjonalności w wydatkowaniu środków publicznych.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Są to fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, które pozwalają na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, w której Zamawiającego zaniechał dokonania w ofercie Odwołującego poprawienia wartości w pozycjach nr 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a, które w ocenie Zamawiającego są niezgodne z SIWZ w wyniku działań Zamawiającego, tj. konsekwencją usunięcia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy, nie może być mowy o równym traktowaniu wykonawców w postępowaniu w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Stwierdził, że zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 87 ust.2 pkt. 2 i 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Odwołującego w poz. 1,2, 3 i 71 Załącznika 1a, jest spóźniony i powinien zostać pozostawiony bez merytorycznego rozpoznania.

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 5.11.2020 r. przestał Odwołującemu informację o poprawie omyłek w kosztorysie ofertowym, a w konsekwencji ich dokonania także w Zestawieniu kosztów zadania (Załącznik nr 1a) oraz w Formularzu ofertowym, z którego to pisma jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie dokonuje poprawy w pozycji 1, 2, 3 i 71 ww. Załącznika nr 1a Zestawienia kosztów zadania. Tym samym w dniu 5.11.2020r. Odwołujący powziął wiedzę o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności poprawy w pozycji 1, 2, 3 i 71 Załącznika nr 1a Zestawienia kosztów zadania i miał wiedzę (lub przynajmniej jako profesjonalista mieć powinien), że wskutek braku poprawy ww. pozycji jego oferta jest niezgodna z SIWZ, ponieważ ceny zaofiarowane w tych pozycjach wynoszą więcej niż 0,1 % wartości robót określonych w poz. 68+83 Zestawienia kosztów zadania (dla poz. 1,2 i 3 Zestawienia kosztów zadania) oraz więcej niż 0,01% wartości robót określonych w poz. 68 (dla poz. 71 Zestawienia kosztów zadania). Wniesienie odwołania wobec zaniechania poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Odwołującego w pozycjach 1,2,3 i 71 Załącznika nr 1a - Zestawienia kosztów zadania dopiero w dniu 23 grudnia 2020 r. jest spóźnione, bowiem termin na jego złożenia upłynął 15 listopada 2020 r. (10 dni licząc od dnia 5.11.2020 r.). Zarzut spóźniony pozostawia się bez rozpoznania, co tym samym oznacza, że Odwołujący nie może skutecznie domagać się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonania czynności poprawy w poz. 1,2,3 i 71 Załącznika nr 1a do oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem poprawionej oferty Odwołującego, a sformułowane żądanie podlega oddaleniu.

Z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający podniósł, że pogląd Odwołującego, według którego Zamawiający zobowiązany był do dokonania poprawienia poz. 1,2,3 i 71 Zestawienia kosztów zadania na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy PZP jest błędny.

Zgodnie z SIWZ (pkt. 17.5.1.2. IDW) Zamawiający wymagał od Wykonawców złożenia Załącznika nr 1a tj. Zestawienie kosztów zadania, którego wzór stanowił element składowy SIWZ. Zgodnie z treścią ww. Załącznika nr 1a i sformułowanych w nim przypisów 1, 2 i 3 i 4 dotyczących pozycji 1, poz. 2. Poz. 3 i poz. 71 Zestawienia kosztów zadania (Odwołujący pomija zupełnie treść rzeczonych przepisów w Odwołaniu) Zamawiający wprost wskazał w przypisach, że: - jeżeli poz. 1 lub poz. 2 lub poz. 3 Zestawienia kosztów zadania będzie wynosiła więcej niż 0,1 % wartości robót określonych w poz. 68+83 wówczas Zamawiający uzna, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzuci ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy PZPa także: jeżeli wartość po. 71 Zestawienia kosztów zadania będzie wynosiła więcej niż 0,01 % wartości robót określonych w poz. 68, wówczas Zamawiający uzna, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzuci ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy PZP.

Tym samym wobec jednoznacznych postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które nie były kwestionowane na etapie przetargu (co jednocześnie wyklucza możliwość ich kwestionowania na etapie niniejszego postępowania odwoławczego), Odwołujący nie może domagać się od Zamawiającego poprawy cen, które Odwołujący podał w poz. 1,2,3, i 71 Załącznika nr 1a do Oferty, skoro w zapisach SIWZ taka możliwość została wprost wyłączona.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący pomija, że zgodnie z treścią Załącznika nr 1a wycena tych pozycji przez Wykonawcę ma charakter ryczałtu, który z założenia jest niezmienny, a ceny ryczałtowe nie mogą być poprawiane przez Zamawiającego.

Wartość pozycji ryczałtowych jest dodawana do ustalonej na podstawie kosztorysu ofertowego wartości robót kształtując tym samym cenę łączną oferty Odwołującego.

Treść Załącznika nr 1a jednoznacznie stanowi, że wartość poz. 1,2,3 powinna wynosić nie więcej niż 0,1 % wartości robót - a nie że wynosi 0,1% wartości robót (analogiczne dla pozycji 71, że jej wartość powinna wynosić nie więcej niż

0,01% wartości robót, a nie że wynosi 0,01% wartości robót). Tym samym w oparciu o przedmiotowe zapisy, Wykonawca w pozycji 1,2,3 Załącznika nr 1a, które dotyczą organizacji, utrzymania i likwidacji zaplecza budowy, mógł podać ceny, które będą niższe niż 0,1% wartości robót. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie ma podstaw oczekiwać, że Zamawiający z automatu skoryguje te pozycje do poziomu 0,1% wartości robót jeśli wskazane wartości będą niezgodnie z zapisami siwz.

Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na wyżej podniesione okoliczności Zamawiający nie miał żadnych podstaw do poprawy cen ryczałtowych w pozycjach 1,2,3 i 71 Załącznika nr 1a do oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP. Przepis ten dotyczy poprawy oczywistych omyłek rachunkowych. A zatem błędnych operacji rachunkowych na liczbach, prostych działaniach matematycznych, a nie obliczania nowej ceny ryczałtowej w ww. pozycjach, które nie stanowią elementu kosztorysu ofertowego, a które wpływają na ustalanie ceny łącznej oferty.

Dalej Zamawiający wskazał, że z uwagi na wyżej podniesione okoliczności wykluczone jest także dokonywanie poprawy na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP. Jak wskazał Zamawiający, celem wprowadzenia ww. przepisu było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Niezgodność w ofercie Odwołującego nie dotyczy kosztorysu ofertowego, lecz cen ryczałtowych, które wpływają na ustalenie ceny łącznej oferty Wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i odrzucenie oferty Odwołującego jest całkowicie bezzasadny.

Zamawiający wskazał, że z opisu wyceny tych pozycji w Załączniku nr 1a jednoznacznie wynika, że cena, czyli konkretna kwota w złotych, jaką Odwołujący podaje w pozycji 1 lub w poz. 2 lub w poz. 3 Załącznika nr 1a powinna wynosić nie więcej niż 0,1% wartości robót określonych w poz. 68+83, a w przypadku poz. 71 Załącznika nr 1a, że cena tej pozycji, czyli kwota w złotych powinna wynosić nie więcej niż 0,01% wartości robót określonych w poz. 68.

Zamawiający wyjaśnił, że sprawdzenie jakiego musi dokonać Zamawiający sprowadza się do obliczenia ile w Ofercie Odwołującego, czyli jaką kwotę stanowi 0,1% obliczone z sumy kwot w poz. 68 i 83 (obliczenie dla weryfikacji poz. 1,2, i 3 Załącznika nr 1a) oraz ile w ofercie Odwołującego, czyli jaką kwotę stanowi 0,01% obliczone od kwoty w poz. 68 (obliczenie dla poz. 71 Załącznika nr 1a). Otrzymując konkretne wartości kwotowe limitów Zamawiający sprawdza, czy ceny, czyli kwoty podane przez Odwołującego w ww. pozycjach Załącznika nr 1a nie przekraczają tego limitu. Jeśli przekroczenie występuje to oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ a skala tego przekroczenia jest bez znaczenia dla stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ niezależnie od tego, czy wyrazimy je kwotą, czy dodatkowo będziemy także ustalać jak w procentach kształtuje się to przekroczenie (skala przekroczenia mogłaby mieć znaczenie jedynie dla poprawy oferty w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP - gdyby taka poprawa była dopuszczalna).

Zamawiający wskazał także, że Odwołujący wprost przyznaje, że SIWZ zawiera tylko regulacje odnośnie kwot (zaokrąglanie do drugiego miejsca po przecinku) i brak w niej regulacji odnośnie innych wartości np. limitów procentowych do obliczania limitów dla wartości zawartych w Załączniku nr 1a - są tylko podane, jako 0,1%. Innymi słowy Odwołujący przyznaje, że SIWZ nie przewiduje zapisów o zaokrągleniu wyrażonego w procentowej wartości przekroczenia limitu dotyczącego poz. 1,2,3 i 71 Załącznika nr 1a.

Zamawiający zauważył także, że Odwołujący nie składał odwołania na postanowienia SIWZ. Tym samym Odwołujący nie może domagać się, aby w sytuacji braku stosownych zapisów w SIWZ Zamawiający dokonywał jakiegoś zaokrąglania przekroczeń procentowych w poz. 1,2,3, i 71 Załącznika nr 1a do oferty przyjmując, że skoro przekroczenie wynosi 0,100019% względem limitu ustalonego jako „nie więcej niż 0,1%”, to przekroczenia nie ma.

Z żadnego zapisu Specyfikacji nie wynika i wynikać nie mogło jakieś zaokrąglanie wyrażonego w procentach przekroczenia limitu określonego jako „nie więcej niż 0,1% wartości robót w poz. 68 +83” lub „nie więcej niż 0,01 % wartości robót w poz. 68”, ponieważ te limity przekładają się na konkretne kwoty, których przekroczenie prowadzi do niezgodności oferty z SIWZ niezależnie od tego o ile nastąpiło przekroczenie.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że skoro wykazał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i nie podlega poprawie, to tym samym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust.1 ustawy PZP.

Do niniejszego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca Pro -Tra Building sp. z o.o.

Izba ustaliła i wystąpiła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego o niekierowanie do rozpoznania zarzutu podniesionego przez Odwołującego, dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Odwołującego w poz. 1,2, 3 i 71 Załącznika 1a.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacje zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej).

Ponieważ Zamawiający pismem z dnia 05.11.2020 r. przesłał Odwołującemu informację o poprawieniu omyłek w kosztorysie ofertowym, a w konsekwencji ich dokonania - także w Zestawieniu kosztów zadania (Załącznik nr 1a) oraz w Formularzu ofertowym, z którego to pisma wynikało, że Zamawiający nie dokonuje poprawy w pozycji 1, 2, 3 i 71 ww. Załącznika nr 1a Zestawienie kosztów zadania, to zdaniem Zamawiającego i Przystępującego w dniu 05.11.2020r. Zamawiający i Przystępujący wskazywali, że Odwołujący powziął wiedzę o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności poprawy w pozycji 1, 2, 3 i 71 Załącznika nr 1a Zestawienia kosztów zadania. Tym samym Odwołujący miał wiedzę, że wskutek braku poprawy ww. pozycji, jego oferta jest niezgodna z SIWZ, ponieważ ceny zaofiarowane w tych pozycjach wynoszą więcej niż 0,1 % wartości robót określonych w poz. 68+83 Zestawienia kosztów zadania (dla poz. 1, 2 i 3 Zestawienia kosztów zadania) oraz więcej niż 0,01% wartości robót określonych w poz. 68 (dla poz. 71 Zestawienia kosztów zadania). W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego i Przystępującego, wniesienie odwołania wobec zaniechania poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Odwołującego w pozycjach 1, 2, 3 i 71 Załącznika nr 1a dopiero w dniu 23 grudnia 2020 r. jest spóźnione, bowiem termin na jego wniesienie upłynął 15 listopada 2020 r. (10 dni licząc od dnia 05.11.2020r.).

Izba ustaliła, że 05 listopada 2020r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie zgody na poprawienie przez Zamawiającego tylko konkretnych pozycji formularza. Zamawiający wskazał, że poprawienie omyłek nie powoduje istotnej zmiany treści oferty. Odwołujący nie miał wiedzy co do dalszego sposobu procedowania Zamawiającego. Odwołującemu nie były zatem znane dalsze ewentualne czynności Zamawiającego.

Zatem w chwili powzięcia informacji o poprawieniu omyłki rachunkowej, Odwołujący nie miał wiedzy co do dalszego procedowania Zamawiającego, w tym co do ewentualnego poprawienia innych omyłek.

Czynność Zamawiającego dokonana w dniu 05 listopada 2020 roku dotyczyła poprawienia omyłek rachunkowych w

ofercie Odwołującego. W tym terminie Odwołujący otrzymał informację, która nie stanowiła podstawy do wniesienia odwołania. Odwołujący nie był zainteresowany wniesieniem odwołania na czynność dokonania poprawienia omyłek rachunkowych w jego ofercie. W chwili dokonania czynności Zamawiającego, Odwołujący nie ponosił żadnej szkody (a zatem nie miał interesu do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych). Nie mógł też przewidzieć wystąpienia szkody. Szkada Odwołującego powstała dopiero w chwili, gdy dowiedział się o odrzuceniu jego oferty. Przesłanka do wniesienia odwołania zmaterializowała się zatem w chwili, gdy Odwołujący powziął wiedzę o dokonaniu przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty. Dopiero wtedy Odwołujący mógł kwestionować określoną czynność Zamawiającego. Z tą chwilą dopiero Odwołujący dowiedział się również o wszystkich czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego i dopiero wtedy zmaterializowała się szkoda Odwołującego. Od chwili zatem odrzucenia oferty Odwołującego rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania w zakresie czynności zaniechania poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego. Z tego względu Izba oddaliła wnioski Zamawiającego i Przystępującego o niekierowanie do rozpoznania zarzutu podniesionego przez Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 87 ust.2 pkt. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego omyłek w ofercie Odwołującego w poz. 1, 2, 3 i 71 Załącznika 1a.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu należało stwierdzić, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy zastosowanie miał artykuł 87 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. A zatem zanim Zamawiający dokona czynności odrzucenia oferty wykonawcy, dokonuje oceny, czy nie zachodzi podstawa do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie: (1) oczywiste omyłki pisarskie, (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, (3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie zatem z artykułem 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym: „Ustawodawca nie wprowadził jasnych reguł opisujących przesłanki, które musi spełniać dane uchybienie, aby mogło być uznane za inną omyłkę i na tej podstawie skorygowane przez zamawiającego. Jedynym warunkiem sformułowanym wprost, jest zakaz wprowadzania, w wyniku poprawiania przez zamawiającego innej omyłki, istotnych zmian w treści oferty. Inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie musi mieć zatem charakteru oczywistego. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, pod warunkiem, że poprawienie innej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Każdorazowo o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nie, należy rozstrzygać, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Jedynym więc ograniczeniem zakresu poprawiania omyłki, jest skutek w postaci zmiany treści oferty – poprawienie omyłki przez zamawiającego nie powinno spowodować istotnych zmian w treści oferty.

W odróżnieniu od omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, „inna omyłka” nie musi mieć charakteru „oczywistego”. Istotna jest natomiast waga zmian w treści oferty, jakie nastąpią w związku z jej poprawieniem:

Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym i z tego względu powinno być zawsze oceniane przez pryzmat konkretnego stanu faktycznego, z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, biorąc pod uwagę zarówno następstwa i konsekwencje zmian dla treści oferty, jak również sam rodzaj i charakter poprawianych niezgodności oraz sposób ich przeprowadzenia”.

W niniejszym postępowaniu istotne znaczenie ma okoliczność, że Zamawiający dokonał (w dniu 5 listopada 2020 roku) poprawiania omyłek w treści oferty Odwołującego z uwagi na omyłki w treści kosztorysu. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dokonuje poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał poprawiania części kosztowej formularza stanowiącego załącznik nr 1a, to powinien uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek.

Istotne znaczenia ma tutaj fakt, że w treści oferty Odwołującego pozycja 1, 2, 3 stanowiły 0,1% sumy pozycji 68 i 83 formularza, zaś pozycja 71 stanowiła 0,01% wartości pozycji 68. Okoliczność ta była wręcz widoczna „gołym okiem”. Tym bardziej nietrudno było ustalić kierunek i wolę Odwołującego. Treść jego oferty wskazywała, że zamiarem Odwołującego było zaoferowanie w pozycji 1, 2, 3 wartości stanowiącej 0,1% sumy pozycji 68 i 83 formularza, zaś w pozycji 71 - 0,01% pozycji 68 formularza. Skoro tak, Zamawiający winien uwzględnić konsekwencje dokonanych poprawek rachunkowych (z 5 listopada 2020r.) i dokonać dalszego poprawiania oferty Odwołującego w sytuacji, gdy sposób kalkulacji tego Wykonawcy był oczywisty. Co więcej, Odwołujący potwierdził taki zamiar skalkulowania spornych pozycji w trakcie rozprawy.

Na uwagę zasługuje także okoliczność że w piśmie z dnia 5 listopada 2020 roku Zamawiający wskazał, że dokonuje w treści oferty Odwołującego poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem w konsekwencji dokonanych zmian, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Jest to działalnie Zamawiającego sprzeczne z wyrażoną deklaracją, że dokonane poprawienia omyłek nie spowodują istotnych zmian w treści oferty. Dokonana zmiana, skoro prowadziła do odrzucenia oferty Odwołującego, była zmianą istotną, a dokonanie poprawiania omyłek wprowadziło istotne zmiany w treści oferty.

Wbrew twierdzeniu Przystępującego, wyrażonemu w trakcie rozprawy, omyłka w treści oferty Odwołującego istniała od początku, nie zaistniała dopiero po poprawieniu przez Zamawiającego omyłek w kosztorysie (w dniu 5 listopada 2020 roku). Należy wskazać, że gdyby Odwołujący nie pomylił się (na etapie kalkulacji) w treści kosztorysu, nie wystąpiłyby omyłki w pozycjach spornych (1, 2, 3, 71). Jak wskazano powyżej, Odwołujący w trakcie rozprawy potwierdził, że wypełniał formularz załącznika nr 1a w taki sposób, aby suma pozycji 1, 2, 3 wynosiła 0,1 % wartości sumy pozycji 68 i 83, zaś pozycja 71 wynosiła 0,01% pozycji 68 tego formularza.

Nie jest także uprawnione stanowisko Przystępującego, jakoby Odwołujący miał zostać potraktowany w sposób uprzywilejowany. Przede wszystkim Zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy oferty Wykonawcy i zastosowania art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli zaistniały przesłanki. Dodatkowo, oferta Odwołującego

od początku zawierała najniższą cenę. Po dokonaniu jej poprawienia na tym etapie, jej wartość zwiększyłaby się jedynie o 85 złotych i nadal stanowiłaby ofertę z ceną najniższą.

Warto podkreślić, że usunięcie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), jej wartość bowiem zwiększy się niewiele ponad 85 złotych.

Ponadto artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony właśnie w celu uniknięcia licznych przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych omyłek. Dopuszcza on poprawienie takich niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, drobnych, niewielkich niezgodności, opuszczeń, czy drobnych różnic, aby nie dopuścić do odrzucenia oferty z najniższą ceną. Oczywistym i wielokrotnie powtarzanym argumentem jest to, że Wykonawca składa ofertę w tym celu, aby uzyskać zamówienie. Jego zamiarem jest zaoferowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zatem jeśli zdarzają się drobne uchybienia, Zamawiający winien dokonać ich poprawienia.

W niniejszym postępowaniu, biorąc pod uwagę całokształt wyżej wskazanych okoliczności, należało dojść do wniosku, że artykuł 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien znaleźć zastosowanie.

Jak wskazano powyżej, nietrudno było ustalić, że pozycje 1, 2, 3, stanowią 0,1% sumy pozycji 68 i 83, natomiast pozycja 71 stanowi 0,01% pozycji 68 i w ten sposób powinna zostać poprawiona oferta Odwołującego. W sytuacji, gdy powyższe zmiany będą powodowały konieczność dokonania dodatkowych poprawek, Zamawiający powinien ich dokonać.

W konsekwencji powyższych ustaleń należało uznać, że oferta Odwołującego nie podlegała także odrzuceniu. Zgodnie z zacytowanym powyżej art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy, jednakże z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro zatem zaistniały przesłanki do poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, Zamawiający mógł ich dokonać. Oferta Odwołującego nie podlega zatem odrzuceniu.

Dodatkowo jedynie należy wskazać, że kwota wpisana przez Odwołującego w pozycji 1, 2, 3 oraz pozycji 71 załącznika 1a, skoro przekraczała wymaganą przez Zamawiającego wartość (nawet o 0,00019, czy 0,00021%), nie mogła zostać uznana za spełniającą wymagania Zamawiającego. W okolicznościach niniejszej sprawy istotne znaczenia ma okoliczność (o czym powyżej), że zamiarem Odwołującego (także wyrażonym w treści załącznika 1a) było, aby kwota z pozycji 1, 2, 3 formularza wynosiła 0,1% sumy pozycji 68 i 83, a kwota z pozycji 71 wynosiła 0,01% pozycji 68 załącznika 1a.

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, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....