Sygn. akt: KIO 3050/20

WYROK

z dnia 22 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Defero Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sieradzu** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Lesznie**

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Defero Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sieradzu** i
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Defero Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sieradzu** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od **Defero Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sieradzu**na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie**kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Lesznie.**

……..

Sygn. akt: KIO 3050/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Lesznie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest optymalizacja energetyczna budynków Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 listopada 2020 roku wykonawca Defero Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Sieradzu(dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1.niezgodnym z przepisami prawa i bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z uwagi na rzekomą niezgodność treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej także jako „s.i.w.z."), mimo iż omyłkę dostrzeżoną przez zamawiającego należy zakwalifikować jako możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.;

2.zaniechaniu poprawienia w treści oferty odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty tj. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co skutkowało bezzasadnym odrzuceniem oferty;

3.zaniechaniu wezwania odwołującej do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty, skoro zamawiający powziął wątpliwości co do danych wskazanych przez odwołującego w ofercie, czego konsekwencją było odrzucenie oferty odwołującego, a następnie;

4. niezgodnym z przepisami prawa i bezzasadnym unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1.art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy możliwość odrzucenia oferty na tej podstawie ograniczona jest zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, a w niniejszej sprawie obowiązkiem zamawiającego było poprawienie innej omyłki w ofercie odwołującego przy zastosowaniu trybu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy P.z.p.;

2.art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, a w konsekwencji bezzasadne odrzucenie oferty;

3.art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie dokonania poprawienia innej omyłki polegającej na skorygowaniu wartości wskazanej w pkt 2.1 oferty z 3,46% na 3% zgodnie z oświadczeniem odwołującego, co doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty,

4.art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, mimo iż zamawiający powziął wątpliwość co do określonych danych w ofercie, co wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty, co w konsekwencji doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty;

5.art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zastosowanie tego przepisu i w efekcie unieważnienie ww. postępowania, podczas

gdy w przypadku prawidłowego zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ewentualnie 87 ust. 1 ustawy P.z.p., nie zachodziłyby przesłanki unieważnienia postępowania przewidziane tym przepisem;

6.art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, a następnie nakazanie zamawiającemu poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., wezwania odwołującego do wyrażenia zgody na dokonaną poprawkę jego oferty, a następnie do ponownej oceny ofert i wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

3.ewentualnie, w przypadku gdyby Izba uznała, że w niniejszej sprawie zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, a następnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy P.z.p., a następnie do ponownej oceny ofert i wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

4.obciążenie zamawiającego kosztami postępowania,

5.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - Pani A. W., pracownika odwołującego, na wykazanie faktu wypełniania przez pracownika formularza ofertowego w całości, popełnienia niezamierzonego błędu w wypełnianiu formularza polegającego na nieprawidłowym wskazaniu kwoty w punkcie 2.1. formularza skutkującej nieznacznym przekroczeniem 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II, istnienia innej drobnej omyłki w ofercie odwołującego polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący podniósł, że wskazane uchybienia mogły lub miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie z tym przepisem, odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Zamawiający niezgodnie z ustawą odrzucił ofertę odwołującego. Oferta odwołującego w przedmiotowym postępowaniu była ofertą z najniższą ceną ofertową brutto (41 559 449,91 zł), jedyną nieprzewyższającą kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (41 910 738,39 zł). Na skutek niezgodnego z prawem zachowania zamawiającego, odwołujący utracił możliwość wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej, uzyskania zamówienia objętego postępowaniem i zawarcia stosownej umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że w zawiadomieniu z dnia 10 listopada 2020r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. wskazując, że złożono ofertę niezgodną z wymaganiami zawartymi w s.i.w.z. Jak wskazał zamawiający, zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 19.1 do s.i.w.z. w punkcie A-2.1 „Oferowane Warunki" wymagano dla zakresu „Wykonanie zakresu projektowego dla części II": „cena nie może przekroczyć 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II". Dalej zamawiający wskazał, że w złożonej przez odwołującego ofercie cena za wykonanie zakresu projektowego dla części II wynosi 87 857,14 zł brutto, natomiast cena za Roboty budowlane dla zakresu II wynosi 2 536 962,86 zł. W konsekwencji zamawiający ustalił, że cena za wykonanie zakresu projektowego wynosi 3,46% wartości robót budowlanych dla zakresu części II, tj. przekracza 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II. Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 19.1 do s.i.w.z. w punkcie A-2.1 „Oferowane Warunki" wymagano dla zakresu „Wykonanie zakresu projektowego dla części II": „cena nie może przekroczyć 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II". Na podstawie powyższego, zamawiający, uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odrzucił ofertę odwołującego.

Dalej, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. zamawiający unieważnił postępowanie. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu cena oferty z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu wynosi 48 892 500,00 zł brutto i jednocześnie przewyższa o 6 981 761,61 zł możliwości finansowe zamawiającego, który zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 41 910 738,39 zł.

W ocenie odwołującego, jego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji nie powinien także znaleźć zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. pozwalający na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że jego celem i zamiarem było wskazanie w ofercie kwoty w wysokości określonej na 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II tj. kwoty 61 877,14 zł plus 23% VAT 76 108 88 zł brutto. Odwołujący działał w oczywistym zamiarze nieprzekroczenia progu ustalonego w pkt 2.1 formularza zamówienia. Niestety, w wyniku omyłki osoby wypełniającej formularz wartość w pkt 2.1 formularza ofertowego wskazano na 71 428,57 zł netto (87 857,14 zł brutto). W konsekwencji doszło do omyłki i niezgodnego z zamiarem odwołującego nieznacznego przekroczenia ceny wykonania zakresu projektowego ponad 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II. W efekcie wskazanej omyłki, cena za wykonanie zakresu projektowego przekroczyła o 0,46% wartość ustaloną przez zamawiającego na 3% robót budowlanych dla zakresu części II, tj. o 9 551,43 zł netto. tj. 11 748,26 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że z treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacją ustawy Prawa zamówień publicznych, która miała miejsce w 2008 r. Celem tej regulacji — jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy oraz intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań.

Odwołujący wskazał, że do zastosowania trybu z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy P.z.p. w niniejszej sprawie zamawiający

powinien ustalić czy ma do czynienia z inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z s.i.w.z. oraz czy jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty odwołującego. Zamawiający zaniechał dokonania tego ustalenia, wobec czego bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego i unieważnił postepowanie. W związku z powyższym, stanowisko zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. należy uznać za błędne. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., niezgodność oferty z s.i.w.z. nie powoduje zawsze bezwzględnego nakazu odrzucenia oferty. Wręcz przeciwnie, jak wynika wprost z treści przepisu, odrzucenie takie jest możliwe dopiero po ustaleniu, iż niezgodności nie da się usunąć w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, nie sposób uznać, by oferta odwołującego nie zapewnia realizacji celu opisanego w s.i.w.z. z uwagi na drobną omyłkę polegającą na przekroczeniu o 0,46% ceny jednego ze wskaźników określonych w tabeli formularza oferty. Analizując zaistniały w przedmiotowej sprawie stan faktyczny należy wskazać, że zostały spełnione przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. i zamawiający miał obowiązek poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 grudnia 2020 roku zamawiający wniósł o:

1)oddalenie odwołania z uwagi na fakt zaniechania naruszenia przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym obowiązujących przepisów, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 p, art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.;

2)zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający podniósł, że treść oferty odwołującego wprost wskazuje, że w pkt. 2.1. formularza ofertowego wpisana została wartość 71.428,57 netto, tj. 87.857,14 zł brutto. Tym samym, cena wykonania zakresu projektowego stanowi 3,46% wartości robot budowlanych dla zakresu części II, a zatem treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści oferty odwołującej nie wynika, że odwołująca działała w oczywistym zamiarze nieprzekroczenia progu ustalonego w pkt. 2.1 formularza ofertowego. Co więcej, nawet jeśli wartość ta została wpisana omyłkowo, to wpis ten na formularzu oferty wywołał skutek w postaci podania ceny (wartości) wykonania zakresu projektowego, a wartość ta jest niezgodna z s.i.w.z. Z tych względów, zamawiający zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania poprawienia treści oferty, zamawiający podkreślił, że w przypadku dokonania poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający musi mieć wiedzę, w jaki sposób poprawić omyłkę. Wiedza ta musi wynikać z zapisów s.i.w.z. oraz z treści oferty wykonawcy. Oprócz tego, wprowadzona poprawka nie może powodować istotnych zmian w treści oferty, a samej korekcje podlegają tylko omyłki oczywiste. Oznacza to, że poprawienie oferty jest możliwe tylko wtedy, kiedy istnieje jeden, możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób jej poprawienia. W pozostałych przypadkach oferta nie może zostać poprawiona przez zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami s.i.w.z. oraz formularzem ofertowym (pkt 2.1.), cena wykonania zakresu projektowego dla części II nie mogła przekroczyć 3% wartości robót budowlanych dla tej części zakresu, a zatem potencjalna cena mieści się w przedziale od 0% do 3%. Zamawiający nie miał wiedzy, jaką wartość z tego przedziału wpisałby odwołujący, gdyby — jak twierdzi — omyłkowo nie wpisał wartości 87.857,14 zł brutto. Zamawiający nie miał zatem wiedzy, w jaki sposób poprawić omyłkę. Ponadto, jeśliby założyć na przykład, że wartość za wykonanie projektu jest prawidłowa i wynosi np. 3% wartości robót budowlanych, to może wartość robót budowlanych jest błędna i powinna wynosić 2.928.571,33 zł? Poza tym, poprawienie tej omyłki przez zamawiającego powodowałoby konieczność korekty w innym miejscu formularza ofertowego, aby zachować końcową cenę oferty. Ww. okoliczności wyłączają możliwość poprawienia w treści oferty odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., będącej w istocie błędem treści oferty. Ponadto, takie poprawienie treści oferty, spowodowałoby jej istotną, niedopuszczalną zmianę.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty, zamawiający podkreślił, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a odwołującym negocjacji dotyczących złożonej oferty. Etap weryfikacji ofert nie jest czasem na negocjacje, w tym badanie, które rozbieżności są jedynie omyłką wynikającą z „roztargnienia Wykonawcy", wobec warunków stawianych w s.i.w.z., a które wadą, uniemożliwiającą zaakceptowanie przez zamawiającego oferty. Byłoby to niezgodne zarówno z wymogiem zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zapewnienia przejrzystości postępowania. To właśnie bowiem określenie wymagań w s.i.w.z. — a potem ścisłe ich przestrzeganie — jest prawną gwarancją zapewnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, zaś przyjęty mechanizm oceny ofert ma chronić zarówno zamawiającego (aby dostał świadczenie w 100% zgodne z wymaganiami), jak i wykonawców (zarówno tego, którego oferta jest badana, jak i konkurującego z nim). Za niedozwolone negocjacje treści oferty należałoby uznać tylko ustalenia, co w ofercie zmienić, ale także ustalenie, co pozostawić bez zmian i zaakceptować jako dopuszczalne, pomimo że jest niezgodne ze specyfikacją (wyrok KIO z 1 września 2015 r., KIO 1769/15).

Zamawiający stwierdził, że w związku z odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. był zobligowany do unieważnienia postępowania wskazując, że w przedmiotowym postępowaniu cena oferty z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu przewyższała kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3 s.i.w.z., przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu prowadzonym pod nr DZ-751-40/20 jest wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj zadania pn. „Optymalizacja energetyczna budynków Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Lesznie". Głównym przedmiotem zamówienia było wykonanie robót budowlanych.

Zgodnie z pkt 12.1 s.i.w.z. „Podana cena jest ceną ryczałtową zgodnie z art. 632 Kodeksu Cywilnego". W dalszej części pkt 12 s.i.w.z. wskazano opis sposobu obliczenia ceny:

1.Cena oferty musi być wyrażona w polskich złotych (PLN).

2.Ceny muszą być: podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia — poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).

3.Cena oferty powinna być wyliczona w następujący sposób.

3.1.Wykonawca określi wartości netto na formularzu ofertowym dla każdej części oraz zakresu zamówienia;

3.2.Wykonawca poda stawkę VAT;

3.3.Wykonawca obliczy wartość brutto poszczególnych pozycji przez dodanie do wartości netto należnej kwoty VAT;

3.4.Wykonawca zsumuje wartości brutto poszczególnych pozycji;

3.5.Cena (wartość) brutto oferty stanowi cenę oferty.

4.Zamawiający poprawi w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty — niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z pkt 6.1 w zw. z 6.1.1 s.i.w.z., do oferty każdy wykonawca musi załączyć wypełniony „Formularz ofertowy" z wykorzystaniem wzoru stanowiącym Załącznik nr 18.1 do s.i.w.z.

Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 19.1 do s.i.w.z., w punkcie A-2.1 „Oferowane Warunki" wymagano dla zakresu „Wykonanie zakresu projektowego dla części II": „cena nie może przekroczyć 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II".

W związku z powyższym, najważniejszym kryterium oceny ofert miała być cena ofertowa brutto.

Zamawiający wymagał podania w tabeli formularza ofertowego 2.1 wykonania zakresu projektowego dla części II z zaznaczeniem, że cena nie może przekroczyć 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II.

Odwołujący zaoferował ryczałtową cenę ofertową brutto w wysokości 41 559 449,91 zł.

W pkt 2.1 formularza ofertowego wskazał kwotę 71 428,57 zł netto (87 857,14 zł brutto). Cena za wykonanie zakresu projektowego przekracza o 0,46% wartość ustaloną przez zamawiającego na 3% robót budowlanych dla zakresu części II tj. o 9 551,43 zł netto, tj. 11 748,26 zł brutto.

W piśmie z dnia 10 listopada 2020r. zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, że złożono ofertę niezgodną z wymaganiami zawartymi w s.i.w.z. Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 19.1 do SIW w punkcie A-2.1 „Oferowane Warunki" wymagano dla zakresu „Wykonanie zakresu projektowego dla części II": „cena nie może przekroczyć 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II". Zamawiający wskazał, że w złożonej przez odwołującego ofercie cena za wykonanie zakresu projektowego dla części II wynosi 87 857,14 zł brutto, natomiast cena za Roboty budowlane dla zakresu II wynosi 2 536 962,86 zł.

W konsekwencji zamawiający ustalił, że cena za wykonanie zakresu projektowego wynosi 3,46% wartości robót budowlanych dla zakresu części II, tj. przekracza 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II. Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 19.1 do SIW w punkcie A-2.1 „Oferowane Warunki" wymagano dla zakresu „Wykonanie zakresu projektowego dla części II": „cena nie może przekroczyć 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II". Na podstawie powyższego, zamawiający uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odrzucił ofertę odwołującego.

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. zamawiający unieważnił postępowanie. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu cena oferty z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu wynosi 48 892 500,00 zł brutto i jednocześnie przewyższa o 6 981 761,61 zł możliwości finansowe zamawiającego, który zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 41 910 738,39 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu ar. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie co do tego, czy zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. oraz czy był obowiązany poprawić ofertę odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Bezsporny pomiędzy stronami był zarówno wymóg wykonania zakresu projektowego dla części II za cenę nieprzekraczającą 3% wartości robót budowlanych dla zakresu części II, jak i okoliczność, że w ofercie odwołującego zaoferowano cenę za wykonanie zakresu projektowego o 0,46% wyższą od wyznaczonego limitu procentowego wartości robót budowlanych dla części II. Ponadto, z zeznań świadka, Pani A. W., którym Izba dała wiarę, wynikało, że nieprawidłowość w ofercie odwołującego, była wynikiem niezamierzonej omyłki. Niemniej jednak poprawienie tej omyłki wykracza poza granice dopuszczone dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w s.i.w.z., a

następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w s.i.w.z. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w s.i.w.z. oczekiwania.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (*vide*: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty zakreśla przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p.). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, *aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza tu musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty."* Takie stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 17 października 2019 roku sygn. akt: KIO 1964/19.

W rozpoznawanej sprawie wskazane wyżej warunki umożliwiające poprawienie oferty odwołującego nie zaistniały. Wskazać należy, że cena za wykonanie prac projektowych w ofercie odwołującego była o 9 551,43 zł netto, tj. 11 748,26 zł brutto wyższa niż byłaby w sytuacji, gdyby odwołujący wyliczył ją zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (nie więcej niż 3% całkowitego wynagrodzenia brutto). Jednakże ewentualne poprawienie oferty odwołującego nie mogłoby polegać wyłącznie na prostym odjęciu wskazanej kwoty od ceny prac projektowych, ponieważ taka operacja doprowadziłaby do obniżenia ceny oferty, co byłoby zmianą w zakresie elementu przedmiotowo istotnego oferty *(essentialia negotii).* Podkreślić przy tym należy, że wartość prac projektowych nie miała stanowić dokładnie 3% wartości robót budowlanych dla części II, ale miała nie przekraczać 3%. Oznacza to, że mogła to być kwota z zakresu 0-3%, a zatem zamawiający – aby przeprowadzić taką operację, musiałby uzyskać informacje od odwołującego co do konkretnej wartości procentowej, na podstawie której miałby dokonać takiej zmiany. Kwoty tej nie można również przysunąć do innej pozycji, ponieważ zamawiający nie był uprawniony do samodzielnej decyzji co do wyboru pozycji, do której należy przesunąć wskazaną kwotę. W ofercie odwołującego ani w postanowieniach s.i.w.z. nie ma informacji, które pozwalałyby zamawiającemu na ustalenie, którą pozycję tabeli należy powiększyć o wskazaną kwotę. Z kolei przesunięcie wskazanej kwoty do innej pozycji tabeli oznaczałoby konieczność przeprowadzenia odpowiednich obliczeń matematycznych z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Tego rodzaju operacja byłaby niemożliwa do przeprowadzenia przez zamawiającego, bez uzyskania wyjaśnień od odwołującego co do szczegółów jej dokonania. Uzyskanie zaś tego rodzaju wyjaśnień wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy P.z.p., zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Poprawienie oferty odwołującego po uprzednim złożeniu wyjaśnień przez odwołującego doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający, nie dokonując poprawy oferty odwołującego i odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p., nie naruszył przepisów ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70^1 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non,* realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem przepisów ustawy P.z.p. oraz warunkami, jakie sam ustalił w s.i.w.z. Tym samym zarzuty odwołania należy uznać za nieuzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....