

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2020 roku w Warszawie, odwołania  
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28.07.2020 r. przez wykonawcę  
"BSP Service" Sp. z o.o. ul. Szczecińska 32, 75-137 Koszalin,  
w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Darłowo ul. J. H. Dąbrowskiego 4, 76-150  
Darłowo.

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności: wyboru  
najkorzystniejszej oferty, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje  
dokonanie poprawy treści omyłki w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp w zakresie ceny za  
wykonanie dokumentacji projektowej w zadaniu I i II oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę  
ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i  
- zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000, 00 (dziesięć tysięcy) złotych  
uiszczonych przez odwołującego "BSP Service" Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania  
- zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy)  
złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od  
dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby  
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie

Przewodniczący:

Gmina Darłowo ul. J. H. Dąbrowskiego 4, 76-150 Darłowo, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane, o wartości zamówienia poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ww. ustawy, pn. „ Realizacja procesu rewitalizacji w miejscowości Pęciszewko i Bukowo Morskie w trybie zaprojektuj i wybuduj. ” Numer postępowania ZP. 271.102.2020.

W dniu 23 lipca 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy "BSP Service" Sp. z o.o., ul. Szczecińska 32, 75-137 Koszalin, zwanego dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego się wykonawcy;

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego się wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

3) art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie tj. przez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie odwołującego pomimo, że były to omyłki rachunkowe ewentualnie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które zamawiający mógł i miał obowiązek samodzielnie poprawić, oraz

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu uwzględnienia odwołania, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i dokonania ponownej jej oceny z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy zawartych w piśmie z dnia 17 lipca 2020r.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że przedmiotem zamówienia nr ZP. 271.102.2020 było zrealizowanie w trybie zaprojektuj i wybuduj dwóch zadań, tj. utworzenie infrastruktury rekreacyjnej w miejscowości Pęciszewko (zadanie nr 1) oraz utworzenie wioski cysterskiej w miejscowości Bukowo Morskie wraz z poprawą infrastruktury towarzyszące (zadanie nr 2). Zamówienie obejmowało opracowanie kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowych dla tych zadań i wykonanie na ich podstawie robót budowlanych.

Zgodnie z pkt 9 rozdziału I SIWZ oferta musi obejmować całość zamówienia, nie dopuszcza się składania ofert częściowych. Zamawiający wskazał też w rozdziale X SIWZ - Sposób obliczenia ceny oferty, gdzie Cena brutto ( C) za realizację przedmiotu zamówienia powinna być sumą następujących elementów składowych :  $C = C1 + C2 + C3 + C4$  oraz zastrzegł, że wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji

umożliwiającej prowadzenie robót dla każdego z zadań nie może stanowić więcej niż 3 % ceny brutto za realizację całości tego zadania. Ponadto - co jest bardzo istotne - zapewnił, iż w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty pod uwagę będzie brana jedynie cena ryczałtowa niezależnie od wchodzących w jej skład elementów.

Odwołujący złożył ofertę na wykonanie zamówienia na kwotę netto 4.777.009,15 zł, tj. za cenę ofertową brutto 5.875.721,25 zł. Z jego oferty wynikało wyraźnie, że wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiającej prowadzenie robót dla każdego z zadań (nr 1 i nr 2) wynosiło łącznie 163.305,23 zł brutto (18.450,00 zł + 144.855,23 zł) co stanowiło 2,78% ceny, a więc spełniało wymagania zamawiającego. Bezpośrednio po złożeniu oferty zamawiający, powołując się na art. 87 ust 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wątpliwości wynikały stąd, iż w formularzu ofertowym wykonawca podał cenę brutto za wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania nr 2 w kwocie 144.855,23 zł co stanowiło 3,33 % łącznej ceny brutto za wykonanie tego zadania.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca, w określonym terminie, wyjaśnił, iż do formularza wkradł się oczywisty błąd rachunkowy, gdyż rozpisując cenę za wykonanie dokumentacji projektowej tj. kwotę 163.305,23 zł w pozycji „ a ” formularza (dotyczącej zadania nr 1) omyłkowo wpisał : „ cena ofertowa netto 15.000,00 zł zamiast 35 000 zł i w efekcie w pozycji „ c ” formularza (dotyczącej zadania nr 2) omyłkowo wpisał : „ cena ofertowa netto 117 768,48zł”, podczas gdy powinno być 97 768,48 zł netto. Błąd polegał więc na zaniżeniu pierwszej ceny o 20.000,00 zł i zawyżeniu o tę kwotę drugiej ceny. Jak z powyższego wynika przy redagowaniu oferty doszło do nieumyślnej, oczywistej omyłki. wykonawca nie miał przecież żadnego interesu - w szczególności ekonomicznego — aby

świadomie oferować część składową oferty niezgodnie z wymaganiami SIWZ.

W związku z tym wykonawca, powołując się na 87 ust. 2 ustawy Pzp, wniósł o dokonanie przez zamawiającego poprawki w ofercie, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a jest oczywistą omyłką rachunkową. Wskazał też treść tej poprawki:

a) cena za wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiającej prowadzenie robót budowlanych (C1) dla zadania nr 1 utworzenie dla infrastruktury rekreacyjnej w miejscowości Pęciszewko dz. Nr 316/3 (obręb Porzecze) - (teren byłego parku dworskiego) nie może być wyższa niż 3 % ceny brutto za realizację zadania 1 (C1+C2) Cena ofertowa netto : 35 000,00 zł

(Słownie : trzydzieści pięć tysięcy złotych 00/100)

Stawka pod. VAT 23%, wartość pod. VAT 8 050,00 zł Cena ofertowa brutto 43 050, 00 zł  
(Słownie : czterdzieści trzy tysiące pięćdziesiąt złotych 00/100)

c) cena za wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiającej prowadzenie robót budowlanych (C3) dla zadania nr 2

Utworzenie wioski cysterskiej w miejscowości Bukowo Morskie wraz z poprawą infrastruktury towarzyszącej dz. nr 47/40 (obręb Bukowo Morskie) nie może być wyższa niż 3% ceny brutto za realizację zadania nr 2 (C3+C4)

Cena ofertowa netto 97768,48 zł

(Słownie : dziewięćdziesiąt siedem tysięcy siedemset sześćdziesiąt osiem złotych 40/110)

Stawka pod. VAT 23%, wartość pod. VAT 22 486 ,75 zł Cena ofertowa brutto 120 255, 23 zł

(Słownie : sto dwadzieścia tysięcy dwieście pięćdziesiąt pięć 23/100 )

Takie działanie odwołującego prowadziło jedynie do usunięcia wewnętrznej sprzeczności i rozbieżności w treści oferty i (z całą pewnością) nie wytworzyło jej nowej treści. Dlatego Wykonawca zaznaczył, iż poprawienie ww. omyłki nie powoduje żadnych zmian oferty (ani istotnych ani nieistotnych), gdyż zarówno cena za wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej pozostaje bez zmian (wciąż wynosi 163.305,23 zł brutto ; 43.050, 00 zł + 120.255,23 zł ), jak również cena za wykonanie obu zadań nie zmieni się (i nadal wynosi 5.875.721,25 zł).

Pomimo to Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy przyjmując, iż poprawienie oferty „stałoby w sprzeczności z art. 87 ust. 2 pkt 3, z uwagi na fakt; iż byłaby to zmiana istotna treści oferty. Ponadto zamawiający stosując tego typu działanie uchybiłby art 81 ust.1 ustawy Pzp, który mówi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczącej złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust 1 a i 2 dokonywania jakichkolwiek zmiany w jej treści”. Podkreślił, że za bezpodstawny należy uznać argument zamawiającego, że poprawienie wskazanego błędu rachunkowego stanowiłoby uchybienie przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż byłaby to zmiana istotna treści oferty.

Wskazał na stanowisko zawarte w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2018 r. XXIII Ga 406/18 w którym sąd uznał, że zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Poza tym należy pamiętać, iż w orzecznictwie, tak Izby, jak sądów powszechnych, ukształtował się pogląd, iż odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP zamawiający może dokonać jedynie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter merytoryczny oraz niemożliwy do usunięcia. O niezgodności merytorycznej można mówić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter nieusuwalny w sytuacji, gdy nie można dokonać jej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stwierdził, że jego zdaniem zamawiający w piśmie wzywającym wykonawcę do złożenia wyjaśnień wprost powołał się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp to tym samym przyjąć należy, iż dostrzegł błąd wykonawcy i uznał go za podlegający korekcie. Biorąc zaś pod uwagę, fakt iż cena ofertowa odwołującego się nie zmieniła się, to za chybiony należy również uznać argument zamawiającego, że poprawienie błędu rachunkowego części składowych oferty byłoby (niedopuszczalną) negocjacją złożonej oferty. Odwołujący uważa, iż jego omyłkę można zakwalifikować również jako inną omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Reasumując powyższe stanowisko podał, że odrzucenie oferty odwołującego było absolutnie bezzasadne.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie w całości, gdyż podniesione zarzuty są bezpodstawne. Na wstępie podał, że ogólnikowe zarzuty odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości, a ponadto nie zostały w żaden sposób rozwinięte w odwołaniu lub w treści jego uzasadnienia. Zawiedzione oczekiwania odwołującego i brak należytej staranności z jego strony nie powinny, w ocenie zamawiającego, wpływać na postępowanie prowadzone przez zamawiającego oraz jego meritum. Zamawiający w trakcie badania treści oferty złożonej przez odwołującego dokonał sprawdzenia podanych kwot pod względem poprawności i zgodności z zapisami SIWZ. Podczas badania oferty - u zamawiającego zrodziły się wątpliwości odnośnie obliczenia ceny brutto za wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiającej prowadzenie robót budowlanych (C3) dla zadania nr 2 - Tworzenie wioski cysterskiej w miejscowości Bukowo Morskie wraz z poprawą infrastruktury towarzyszącej dz. nr 47/40 (obręb Bukowo Morskie). Odwołujący w formularzu ofertowym podał cenę brutto za wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiającej prowadzenie robót budowlanych (C3) dla zadania nr 2 Tworzenie wioski cysterskiej w miejscowości Bukowo Morskie wraz z poprawą infrastruktury towarzyszącej dz. nr 47/40 (obręb Bukowo Morskie) w wysokości 144 855,23 zł oraz cenę brutto (C4) za wykonanie robót budowlanych w wysokości 4 207 601,38 zł. Łączna cena brutto za wykonanie zadania nr 2 (C3+C4) wynosi 4352 456,61 zł. Zaoferowana przez Wykonawcę cena brutto (C3) stanowi 3,33 % łącznej ceny brutto za wykonanie zadania nr 2 (C3+C4).

Mają na uwadze powyższe, zamawiający w dniu 14.07.2020 r. wystosował do odwołującego wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), przedstawiając powyższe i wnosząc o wyjaśnienie treści oferty w powyższej podanym zakresie. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a odwołującym negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wskazał, że odwołujący nie zastosował się do zapisów rozdziału X ust. 1 SIWZ oraz formularza ofertowego, gdzie w sposób klarowny podano sposób obliczenia ceny za wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla obu przedmiotowych zadań.

Podkreślił, że odwołujący, a priori, przyjął błędnie stanowisko, że zamawiający poprawi zaproponowane przez odwołującego w formularzu ofertowym kwoty za wykonanie poszczególnych zadań, jako 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. Powyższe działanie stałoby w sprzeczności z zapisem art. 87 ust. 2 pkt 3, z uwagi na fakt, że byłaby to zmiana istotna treści oferty. Zamawiający stosując tego typu działanie, uchybiłby art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zamawiający zatem sposób enumeratywny i wyczerpujący zrealizował zapisy norm prawnych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), co implikowało skutek w postaci odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący w swoim odwołaniu podnosi zarzuty, których w żaden sposób nie rozwija w uzasadnieniu odwołania. Trudno zatem podjąć polemikę z odwołującym, który w całym odwołaniu skupia się jedynie na wykazywaniu, że jego oferta zawierała jedynie omyłkę, której w ocenie zamawiającego w sposób oczywisty nie było. Poza wskazaniem zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp i bezzasadnego odrzucenia oferty wskazują, że odwołujący podnosi, że odwołujący błędnie wskazują normy prawne art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako powiązane z tą okolicznością tudzież czynnością odrzucenia oferty, albowiem wskazana norma prawna dotyczy obowiązków informacyjnych zamawiającego. Abstrahując od powyższego, zarzut nie podlega rozwinięciu przez odwołującego, brak jest korelacji wskazanego zarzutu z prowadzonym postępowaniem przez zamawiającego oraz sytuacją faktyczną odwołującego. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku zarzucenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt Pzp.

Podniósł, że odwołujący, próbując przekonać zamawiającego do swojej racji po raz kolejny powtarza identyczną argumentację, jaką udzielił w odpowiedzi na żądanie wyjaśnień, skierowane przez zamawiającego. Odwołujący i tym razem zapomina, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jako profesjonalista powinien być ze szczególną uwagą poznawać treść dokumentacji postępowania na podstawie, której zmierza złożyć ofertę, a nadto obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie należytej staranności i postępowanie zgodnie z procedurą określoną przez zamawiającego. Podkreślił, że aby możliwe było dokonanie zmiany treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp to stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł zamawiający

dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. 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 ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Nadto podał, że zasadą poprawy omyłek jest niezmiennosc złożonej oferty, a także wystąpienie przesłanki niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia konsumuje wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przesłankę błędu w obliczeniu ceny polegającego na obliczeniu ceny niezgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (jest to po prostu niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.)

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie i ustnie w trakcie rozprawy uznała, iż odwołanie okazało się zasadne i zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert. Rozpoznanie odwołania nastąpiło w granicach podniesionych i podtrzymanych przez odwołującego zarzutów.

Osią sporu w przedmiotowym postępowaniu była kwestia, czy po pierwsze, odwołujący popełnił omyłkę w formularzu ofertowym w zakresie sposobu wyliczenia ceny, po drugie, czy jeśli uznać że omyłka została popełniona to jaka to była omyłka i czy jej poprawa powodowałaby zmianę treści oferty w sposób istotny, a nadto, czy fakt wezwania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zobowiązuje zamawiającego do dokonania poprawy treści oferty w sposób podany w wyjaśnieniach wykonawcy.

Wskazać należy, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego podał, że przekroczenie kwoty, wskazanej w formularzu ofertowym za wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania drugiego, nastąpiło w wyniku popełnienia omyłki rachunkowej, a w ostateczności innej omyłki o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Koszt dokumentacji dla zadania drugiego został omyłkowo zwiększony o 20 tys. zł, a to skutkowało zmniejszeniem o tą kwotę podanej wartości za wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pierwszego. Izba oceniając powyższą kwestię uznała, że brak jest jakichkolwiek podstaw, aby uznać, że w sprawie miała miejsce oczywista omyłka rachunkowa, gdyż zarówno w omyłce pisarskiej jak i rachunkowej, aby zamawiający mógł dokonać ich poprawy musi wystąpić element jej oczywistości. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Natomiast oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu.

Tym samym Izba uznała, że przedmiotowy zarzut odwołania może być rozpatrywany tylko w kontekście innej omyłki, o której mowa w pkt 3 ww. przepisu. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie będących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub oczywistymi omyłkami rachunkowymi, jeśli poprawa nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. Przepis, ten pomimo nieostrości zawartych w nim przesłanek oraz ocenego charakteru, zawiera jasną dyrektywę, aby wprowadzone zmiany do oferty nie powodowały jej istotnej zmiany. Zakres możliwości poprawienia omyłek w ofercie nie jest ograniczony rodzajem tych omyłek, a jedynie ich znaczeniem dla treści oferty, czyli świadczenia, do wykonania którego zobowiązuje się wykonawca składając ofertę.

W związku z powyższym podkreślenia wymaga fakt, że w sytuacji kiedy zamawiający może dokonać poprawy innej omyłki, (niekiedy nawet w zakresie nawet zbyt daleko idącym) to elementem kontrolnym tego procesu jest sam wykonawca, który musi być o dokonanej poprawie poinformowany i może na tak dokonaną poprawę nie wyrazić zgody, co skutkuje odrzuceniem jego oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Na taką czynność zamawiającego, wykonawcom przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony

prawnej, tj. wniesieniem odwołania do KIO.

Podkreślić należy także, że istotne znaczenie dla oceny przedmiotowego zarzutu miała kwestia, iż zamawiający ustalił formę ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, a więc wszelkiego rodzaju kosztorysy mają znaczenie informacyjne, a nadto jednoznacznie wskazał w SIWZ, że wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiającej prowadzenie robót dla każdego z zadań nie może stanowić więcej niż 3 % ceny brutto za realizację całości tego zadania, co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Mając na względzie powyższą sytuację i podane uwarunkowania zamawiający mógł, po pierwsze przy ryczałtowej formie wynagrodzenia za dokumentację projektową wypłacić wykonawcy tylko wynagrodzenie w kwocie nie wyższej niż 3% wartości zadania (tak ustalił w SIWZ), a gdyby ustalono wynagrodzenie kosztorysowe to kwotę nadwyżki ponad 3% - odjąć od ceny ofertowej, gdyż brak jest podstaw przy kosztorysie zwiększenie kwoty za wykonanie konkretnej roboty ujętej w kosztorysie wykonawczym. Odnosząc się do kwestii dokonania poprawy omyłki w sposób wskazany w wyjaśnieniach wykonawcy Izba uznała, iż taka poprawa jest możliwa, gdyż w przedmiotowej sytuacji nie ma ona żadnego wpływu na treść oferty, zarówno co do wynagrodzenia za dokumentację projektową jak i za wykonanie robót. Istotnym w sprawie jest także fakt, że pomimo tego, iż zamawiający podzielił zamówienie na 2 zadania, to jest to niewątpliwie podział sztuczny, gdyż oba dotyczą jednej inwestycji, finansowanej z tego samego źródła i wykonawcy mogli składać oferty tylko łącznie na oba zadania.

Podkreślić należy, że każdorazowo zamawiający zanim dokona odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), winien dokonać rozważenia instrumentów sanacyjnych przewidzianych w ustawie. W przedmiotowej sprawie pomimo braku wiedzy zamawiającego o omyłkowych przesunięciach w pozycji kosztu wykonania dokumentacji projektowej, to jednak brak było podstaw do odrzucenia oferty, gdyż zarówno element wynagrodzenia za dokumentację projektową nie doprowadził do wskazanych w formularzu ofertowym kwot, odnoszących się do całości zadania, a tym samym nie można mówić o powstaniu w tym zakresie zmian w treści oferty. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o

zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego

rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, zamiaru wykonawcy składającego ofertę. Podkreślić należy, że zarówno orzecznictwo jak i doktryna stoi na stanowisku, że wykonawca składa ofertę po to, aby uzyskać zamówienie, a nie po to aby oferta została odrzucona. Należy również zauważyć, że w sytuacji kiedy zamawiający ustala w cenie ofertowej pewne wartości brzegowe, to zamiast ustalać, iż skutkiem ich niedotrzymania będzie odrzucenie oferty, to aby nie odrzucać ofert z powodów pozamerytorycznych, zamawiający winien wskazać że pozycje niezgodności w zakresie ceny będą poprawiane do ustalonych warunków brzegowych, lub wypłata wynagrodzenia za dany element będzie następowała w dopuszczalnej wysokości ustalonej jako maksymalna, (tak jak to ma miejsce przy stawce podatku VAT). Jeśli chodzi o ewentualną zmianę treści oferty, to ustawodawca stawia warunek, aby dokonana w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze SIWZ zmiana nie miała charakteru istotnej. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty.

O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Izba uznała, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż wykonawca celowo w zadaniu drugim podwyższył wynagrodzenie w zakresie kosztu wykonania dokumentacji, a w zadaniu pierwszym dokonał obniżenia tego wynagrodzenia w sytuacji, kiedy łączna kwota za wykonanie dokumentacji i uzyskanie zezwoleń za obie części była niższa od 3% i wynosiła 2,78% ceny kosztorysowej.

Instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści SIWZ. Ratio legis tego przepisu sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzania, przeoczenia czy zwykłej omyłki, dopuścili się niezamierzonych błędów.

W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była

prawnie doniosła z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Może także polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, przy czym chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące treści oferty. Ponadto niezgodność oferty musi mieć charakter pewny i nieusuwalny.” (wyrok SO w Toruniu z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt VIII Ca 76/15). Tak więc niezgodność winna odnosić się do treści meritum przedmiotu zamówienia w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości i warunków realizacji.

Podkreślić należy, że czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24 listopada 2010 r., o sygn. akt II Ca 803/10). Wskazane regulacje wyrażają obowiązek Zamawiającego do zastosowania trybu z art 87 ust.2 pkt 3 Pzp, jeśli zajdą opisane w tym przepisie sytuacje (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2017 r., KIO 105/17).

Odnosząc się do pozostałych zarzutów a w szczególności zarzucanego zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż odwołujący uznawał, że jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień to tym samym z powyższego należy wywieść, że zamawiający dostrzegł omyłkę w ofercie i zamierza ją poprawić. Izba nie w pełni zgadza się ze stanowiskiem odwołującego. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO zamawiający, który zamierza odrzucić ofertę wykonawcy winien wystąpić do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnieni w zakresie stwierdzonych niezgodności. Jednakże brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do przyjęcia, że sam fakt wezwania wykonawcy do wyjaśnień obliguje zamawiającego do poprawy omyłki. Wyjaśnienia stanowią jeden z dokumentów oferty wskazujących na okoliczności powstania omyłki i wskazania zamawiającemu w oparciu o jakie treści SIWZ i oferty, winien dokonać poprawy omyłki.

Niezasadnym jest także zarzut naruszenia art. 7 ust 1, gdyż po pierwsze ani w odwołaniu, ani na rozprawie odwołujący nie wskazał okoliczności mających to naruszenie uzasadniać. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (por. wyrok SO w Krakowie z 8.05.2014 roku sygn. akt SO Ga 211/14) Nadto podkreślić należy, że odwołujący w zakresie art. 7 ust.1 Pzp podniósł samodzielny zarzut nie powiązany z wskazaniem konkretnego przepisu Pzp, który został przez zamawiającego naruszony. Samodzielne podnoszenie takiego zarzutu nie może wywoływać skutków prawnych. Należy mieć bowiem na względzie, że przepis art. 7 ust. 1 Pzp konstituuje jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych, tym niemniej opieranie zasadności odwołania tylko na jej podstawie jest chybione, gdyż nie powoduje konkretyzacji kwestionowanej czynności zamawiającego. Reguły udzielania zamówień publicznych znajdują, co do zasady, konkretyzację w innych przepisach Pzp i obowiązkiem odwołującego się wykonawcy jest prawidłowe zidentyfikowanie tych regulacji i powiązanie ich z odpowiednią zasadą udzielania zamówień publicznych .

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania, Izba uznała, że zamawiający dokonał przy ocenie oferty odwołującego naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z przepisem art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Izba nie znalazła także podstaw do uznania naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż dotyczy on treści przekazanego wykonawcy zawiadomienia o wyborze lub odrzuceniu oferty, a to nie było w odwołaniu kwestionowane.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr

41 poz. 238).

Przewodniczący: .....