Sygn. akt: KIO 1716/21

WYROK

z dnia 29 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Instytut Zrównoważonego Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku,** ul. Elewatorska 17/1, 15-620 Białystok w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Warmii i Mazur w Olsztynie** ul. Zamkowa 2, 10-074 Olsztyn

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża **Instytut Zrównoważonego Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku,** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od **Instytutu Zrównoważonego Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku** na rzecz **Muzeum Warmii i Mazur w Olsztynie** kwotę 3 976 zł 11 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt sześć złotych jedenaście groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę w kwocie 376 zł 11 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt sześć złotych jedenaście groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1716/21

U z a s a d n i e n i e

Muzeum Warmii i Mazur w Olsztynie(dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy Pzp pn. Usługi nadzoru inwestorskiego nad pracami w ramach projektu pn. „Konserwacja i restauracja XIV wiecznego zamku w Lidzbarku Warmińskim – perły architektury gotyckiej w Polsce – III etap", numer referencyjny: ZP.370.2.2021.Wartość przedmiotu zamówienia jest określona poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 30 kwietnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: 2021/BZP 00045133/01.

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia. W terminie ustawowym wykonawca Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu działanie niezgodnie z przepisami ustawy poprzez podjęcie następujących czynności w postępowaniu:

1)dokonanie zmian w treści oferty wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty, co stanowi naruszenie art. 223 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp,

2)dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

3)zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp,

4)zastosowanie art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp i unieważnienie postępowania z uwagi na to, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas, gdy przy prawidłowym procedowaniu przez Zamawiającego przesłanka ta nie występuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 223 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 poprzez dokonanie zmian w treści złożonej oferty przez nieuprawnione poprawienie w ofercie wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty błędu, niemającego charakteru oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej, lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, co może także stanowić naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy, poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp,

2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3)powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty.

Odwołujący stwierdził, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, ma bowiem interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego odwołanie dotyczy. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał

m.in., że oferta wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty (dalej również: „Wykonawca") została złożona na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. W pkt 1 ww. formularza Wykonawca podał, iż „1. Oferuję/my wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SWZ za cenę brutto: 590 400 zł w tym należny podatek VAT, netto: 480.000,00 - obliczoną zgodnie z poniższą tabelą". W tabeli zaś podał ogółem: wartość netto 410 000, stawka VAT 23%, wartość brutto 504 300. Zamawiający dokonał oceny oferty Wykonawcy według kryteriów określonych w SWZ, tj. cena (C) - 60%, personel wykonawcy (Pw) - 30%, Jakość usługi (Ju) - 10%. Do oceny w kryterium cena Zamawiający przyjął kwotę 504.300,00 PLN, co spowodowało przyznanie 53,41 pkt w tym kryterium, a łącznie 93,41 pkt (przy przyznaniu 88,95 pkt ofercie Odwołującego). W wyniku dokonanej oceny Zamawiający stwierdził, iż oferta wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty jest ofertą najkorzystniejszą. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż zaoferowana przez wykonawcę najwyżej ocenionego w postępowaniu kwota za realizację zamówienia 504.300,00 zł, przewyższa środki, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. 459.200,00, w związku z czym unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W odpowiedzi na pismo Odwołującego przekazane pocztą elektroniczną 3 czerwca 2021 r. Zamawiający stwierdził, iż w ofercie Wykonawcy wystąpiła omyłka zakwalifikowana przez Zamawiającego zgodnie z art. 223 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, jako oczywista omyłka pisarska, która polegała na błędnym przeniesieniu kwoty brutto ogółem z tabeli formularza ofertowego do pkt 1 formularza ofertowego.

W ocenie Odwołującego błąd, jaki pojawił się w ofercie Wykonawcy nie podlega poprawie. Samodzielne obniżenie przez Zamawiającego ceny oferty w formularzu ofertowym, w sytuacji, gdy nie jest wiadome, która cena jest prawidłowa, narusza art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Występowanie dwóch różnych kwot brutto w formularzu ofertowym oznacza, że oferta jest obarczona błędem, który powoduje niemożliwość rozstrzygnięcia bez konsultacji z Wykonawcą, która z podanych w jego ofercie cen jest właściwa, co powoduje konieczność jej odrzucenia. Pozostawiona została możliwość wyboru ceny na etapie oceny ofert, co jest niedopuszczalne. Nie można również uznać powyższej omyłki za oczywistą omyłkę pisarską. Oczywista omyłka pisarska musi mieć charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Zdaniem Odwołującego omyłka w ofercie Wykonawcy nie ma charakteru błędu oczywistego, ponieważ nie sposób z treści oferty wywnioskować, która kwota została rzeczywiście zaoferowana przez Wykonawcę, a wybór jednej z nich będzie stanowił ingerencję w złożone w ofercie oświadczenie woli Wykonawcy. Ponadto, treść oświadczenia woli zawarta w pkt 1 formularza ofertowego sugeruje, iż to właśnie kwota 590 400 PLN jest kwotą proponowaną przez Wykonawcę. Wartość ujęta w tabeli poniżej stanowi jedynie uszczegółowienie kosztów oferty, przedstawienie wartości poszczególnych jej elementów. Całkowicie nieuprawnione jest zatem jednostronne przyznanie przez Zamawiającego, waloru prawidłowości wartości wynikającej wyłącznie z uszczegółowienia kosztów oferty, a nigdzie niewystępującej jako bezpośrednia treść oświadczenia woli. W ocenie Odwołującego w wyniku poprawy przez Zamawiającego w treści oferty doszło do jej nieuprawnionej zmiany.

Powołując się m.in. na orzecznictwo Odwołujący stwierdził, że oczywista omyłka to widoczne, niezgodne z zamierzonym, niewłaściwe użycie wyrazu, widoczna mylna pisownia czy też opuszczenie jakiegoś wyrazu. Wszystkie wymienione wyżej wady charakteryzuje cecha „oczywistości" (gdzie „oczywista" znaczy „bezsporna, nie budząca żadnych wątpliwości). Oznacza to, że są to błędy widoczne na pierwszy rzut oka, bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek dodatkowych badań czy ustaleń (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 grudnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 2255/04). Przykładowo, można wskazać, iż nie jest dopuszczalne poprawienie zwrotu „do dnia wystawienia faktury" na zwrot „do dnia otrzymania faktury", gdyż spowodowałoby to niedopuszczalną zmianę oświadczenia woli. Dopuszczalna jest natomiast korekta omyłki wynikłej z nieprawidłowego użycia klawiatury komputera, polegająca na pisaniu znak „0" zamiast „)" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0 – 2280/04). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 czerwca 2015 roku (KIO 1195/15) uznała, że zamawiający nie mógł potraktować zamieszczenia w ofercie dwóch wartości cen jednostkowych, jako oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż ta omyłka nie jest tego typu omyłką, że widać ją niejako na pierwszy rzut oka, a zamawiający wie jak taką omyłkę poprawić. Ww. sytuacja ma też miejsce w niniejszej sprawie – omyłka, którą sprostował Zamawiający nie jest omyłką tego typu, że widać ją na pierwszy rzut oka i nie jest oczywisty sposób jej poprawienia. Nie jest bowiem oczywiste, że należało cenę wyższą w treści oferty zastąpić niższą z tabeli, a nie odwrotnie. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli (tak w wyroku KIO z 17.1.2008 r., KIO/UZP 77/07). Co więcej dalej z przytoczonego wyroku wynika, że „(…) oczywista omyłka jest pewnym rodzajem niedokładności, przypadkowym przeoczeniem czy też oczywistym błędem pisarskim, który polega na mylnym użyciu wyrazu, jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu." Trudno więc przyjąć, iż wybór przez Zamawiającego ceny oferty spośród dwóch umieszczonych w niej przez wykonawcę jest oczywistą omyłką pisarską, zwłaszcza że skutkuje zmianą treści oferty, a właściwie złożonego w niej oświadczenia woli. Oczywistej omyłki pisarskiej nie należy bowiem utożsamiać z błędami w zakresie składania oświadczeń woli.

Następnie Odwołujący podniósł, że nieuprawnione uznanie przez Zamawiającego kwoty 504 300 PLN, jako prawidłowej w ofercie Wykonawcy spowodowało istotne dla Odwołującego konsekwencje. Przyjęcie kwoty 504 300 PLN jako prawidłowej spowodowało przyznanie Wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty 53,41 pkt. w kryterium cena, a łącznie 93,41 pkt. Konsekwencją tego było uznanie oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą, a w związku z tym, iż cena oferty przekraczała możliwości finansowe Zamawiającego, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W sytuacji odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a tym samym wybrana do realizacji zamówienia. Podobna sytuacja miałaby miejsce w sytuacji uznania przez Zamawiającego kwoty 590 400 PLN jako prawidłowej w ofercie. Wówczas oferta Wykonawcy uzyskałaby 45,63 pkt. w kryterium cena, a łącznie 85,63 pkt. Oferta Odwołującego otrzymała łącznie 88,95 pkt., w związku z czym również w tej sytuacji zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W związku z tym, że wartość oferty Odwołującego (448.950 PLN), mieściła się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (459.200 PLN), nie doszłoby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 225 ust. 3 ustawy Pzp.

Do odwołania zostało załączone pismo Zamawiającego z 4 czerwca 2021 r.

Pismem z 26 lipca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że w ofercie nr 1 złożonej przez L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty wystąpiła omyłka polegająca na przeniesieniu z błędem kwoty brutto ogółem z tabeli formularza ofertowego do pkt 1 formularza ofertowego. Po analizie zapisów treści Specyfikacji Warunków Zamówienia

(dalej SWZ) wraz z załącznikami zakwalifikował wyżej wymienioną omyłkę jako omyłkę pisarską zgodnie z art. 223 ust.2 pkt I ustawy Pzp. Przy kwalifikacji wskazanej omyłki Zamawiający posługiwał się ugruntowanym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych, który to przepis stanowi analogię art. 222 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie poprawiania oczywistych omyłek pisarskich.

Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia są usługi nadzoru inwestorskiego nad pracami w ramach projektu pn. „Konserwacja i restauracja XIV-wiecznego zamku w Lidzbarku Warmińskim - perły architektury gotyckiej w Polsce - III etap przez okres min. 32 miesiące. Oznacza, to iż spełnienie świadczenia przez Wykonawcę w sposób jednorazowy jest niemożliwe, a następuje okresowo po wykonaniu określonych czynności. Zamawiający jako samorządowa jednostka kultury zobowiązany jest do przestrzegania zasad przewidzianych w art.44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021.305). Mając przedmiotowe zasady na względzie opracował zapisy SWZ w sposób umożliwiający określenie wartości poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia, jak też sposób dokonywania zapłaty wynagrodzenia za wykonanie tych czynności. Zamawiający sporządził SWZ wraz z załącznikami w taki sposób, że każdy wykonawca zobowiązany był wycenić poszczególne pozycje tabeli formularza ofertowego, celem określenia należnego wynagrodzenia za poszczególne czynności, a ich suma miała stanowić cenę oferty. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego, iż to wskazana w pkt 1 formularza ofertowego jest prawidłowa, bez analizy, co wynika z treści tabeli, w wyniku której miała być ona obliczona, powodowałoby to niemożność rozliczenia umowy w sposób przewidziany jej zapisami. Zamawiający w sposobie obliczenia ceny ofert nie wskazał także, iż cena oferty musi być większa od „0", dopuszczając tym samym możliwości wyceny pozycji tabeli na poziome 0,00 zł. (por. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2019 r. sygn. akt KIO/KU 5/19).

W ocenie Zamawiającego zamiarem wykonawcy było prawidłowe złożenie oferty, o czym świadczy prawidłowe wycenienie tabeli formularza ofertowego. Poprawienie omyłki nie zmienia także oświadczenia woli wskazanego w ofercie, gdyż z treści punktu 1 wynika wprost, iż podania w nim kwota musiała być obliczona zgodnie z tabelą. Z SWZ, w tym formularza ofertowego oraz postanowień umownych wynika jasno, iż sumę oferty stanowią koszty wskazane w tabeli obliczeniowej formularza ofertowego. Z uwagi na to, że suma w tabeli formularza ofertowego została prawidłowo obliczona, Zamawiający nie mógł zakwalifikować tej omyłki jako omyłki rachunkowej, czy też innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, gdyż tabela formularza ofertowego była obliczona w sposób prawidłowy oraz nie zawierała omyłek rachunkowych. Powyższe oznacza, iż błędne przepisanie kwoty z tabeli formularza oferty do jego pkt 1 należało zaliczyć jako omyłkę pisarską.

Powołując się na przywołane orzecznictwo Zamawiający stwierdził, że w ramach poprawiania może dojść do zmiany ceny oferty czy sposobu wykonania zamówienia. Może być zmieniony termin wykonania czy warunki płatności. Praktycznie tylko przedmiot oferty w zasadniczej swej treści nie może ulec zmianie. Często konsekwencją dokonania poprawek będzie zmiana ceny oferty. Jest to istotny element każdej oferty, ale przepis nie zabrania zmieniania istotnych elementów oferty, tylko zakazuje wprowadzania istotnych zmian w ofercie. Skoro można poprawiać istotne elementy kosztorysu ofertowego, to tym bardziej można poprawiać omyłkę polegającą na błędnym przeniesieniu podsumowania tabeli (swojego rodzaju kosztorysu zamówienia) do pkt 1 tego formularza, w szczególności, iż wynika to z opisu sposobu obliczenia ceny. Przywołane przez Odwołującego orzecznictwo KIO wyr. ZA z 30.12.2004 r., UZP/ZO/O-2280/04 w przedmiotowej sytuacji nie znajduje w ogóle żadnego odzwierciedlania, gdyż odnosi się do zmiany oświadczenia wykonawcy w treści oferty, a w przedmiotowym przypadku taka zmiana treści oświadczenia woli nie następuje.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że w świetle obowiązujących przepisów oraz ugruntowanego orzecznictwa miał pełne prawo do dokonania poprawienia przedmiotowej omyłki. Natomiast zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10, art. 239 ust. 1 oraz art. 255 pkt. 3 ustawy Pzp wobec hipotezy i dyspozycji norm odnoszących się do poprawiania omyłek, a skutkiem tego unieważnienia postępowania, są nieuzasadnione.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do par XV. ust. 2 i 3 SWZ, zawierającego sposób obliczenia ceny:

2. *Wykonawca oblicza wartość oferowanego zamówienia w oparciu o informacje zawarte w SWZ, wzorze umowy wraz z załącznikami oraz wypełniając tabelę i wpisując całkowitą cenę realizacji zamówienia w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu oferty.*

3. *Wykonawca określi w ofercie cenę ryczałtową oferty netto i brutto za poszczególne elementy wymienione w tabeli formularza ofertowego oraz sumę, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację usług w ramach pełnego miesiąca realizacji przedmiotu umowy.*

Stosownie do pkt 1 Formularza ofertowego umowy stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ i § 5 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, z zastrzeżeniem, że w tym załączniku tabela w poz. 1 nie zawiera już sformułowania: „zgodnie z załącznikiem 5 do SWZ":

1. Za wykonanie przedmiotu Umowy Zamawiający zapłaci Inspektorowi Nadzoru Inwestorskiego maksymalne wynagrodzenie, określone na podstawie Oferty Wykonawcy, stanowiącej Załącznik nr 1 do Umowy, do kwoty:

   netto …….. zł (słownie: ……..zł),

podatek VAT ……. zł (słownie:……..zł),

brutto ……. zł (słownie: …….zł),

zgodnie z poniższą tabelą:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Wartość netto	Stawka VAT	Wartość brutto
1	2	3	4	5
1	Kompleksowe usługi nadzoru inwestorskiego zgodnie z załącznikiem 5 do SWZ (od rozpoczęcia do odbioru końcowego robót budowlanych)		23%	
2	przeprowadzenie przeglądu zrealizowanych robót objętych zadaniem (gwarancyjny) w 6-tym miesiącu okresu rękojmi i gwarancji na roboty budowlane		23%	
3	przeprowadzenie przeglądu zrealizowanych robót objętych zadaniem (gwarancyjny) w 12-tym miesiącu rękojmi i gwarancji na roboty budowlane		23%	
	OGÓŁEM		23%	

5.Wynagrodzenie. o którym mowa w ust. 1 niniejszej umowy rozliczane będzie w następujący sposób:

1)5 % wynagrodzenia, o którym mowa w Lp. 1 tabeli, tj.....zł brutto po wykonaniu czynności, o których mowa w 54 ust. 5 pkt 1-3 oraz przekazaniu placu budowy Wykonawcy Robót budowlanych,

2)80 % wynagrodzenia, o którym mowa o którym mowa w Lp. I tabeli, . zł brutto w okresie realizacji robót przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, w podziale na równe miesięczne transze tj. po . zł brutto miesięcznie za miesiące od dnia przekazania placu budowy do zakończenia robót budowlanych, tj..... włącznie z uwzględnieniem harmonogramu płatności, o którym mowa w 3 ust. 7 niniejszej umowy. Obligatoryjnym załącznikiem comiesięcznej faktury/rachunku jest sporządzony przez Koordynatora i zatwierdzony przez Zamawiającego, raport miesięczny, o którym mowa w $4 ust. 13 pkt 1.

3)15 % wynagrodzenia, o którym mowa w Lp. I tabeli, tj.....zł brutto po przeprowadzeniu odbioru końcowego i przedstawieniu przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego rozliczenia robót objętych przedmiotem zamówienia oraz jego zaakceptowaniu przez Zamawiającego,

4)wynagrodzenie, o którym mowa w Lp. 2 tabeli po wykonaniu przeglądu gwarancyjnego,

5)wynagrodzenie, o którym mowa w Lp. 3 tabeli po wykonaniu przeglądu gwarancyjnego,

W § 11 ust. 2 pkt 48 lit. b wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SWZZamawiający przewidział ograniczenie zakresu zamówienia bez skutków finansowych i prawnych d niego w przypadku rezygnacji wykonania przeglądów gwarancyjnych w szóstym i/lub dwunastym miesiącu rękojmi i gwarancji na roboty budowlane, o których mowa w § ust. 1 tabela Lp. 2 i 3 przez Zamawiającego z uwagi na brak środków finansowych lub stwierdzenia braku konieczności wykonania przeglądów gwarancyjnych lub nieotrzymania dofinansowania na sfinansowanie tych przeglądów.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Oferta nr 1 złożona przez wykonawcę: L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty (w treści: „Wykonawca") i Oferta nr 2 złożona przez wykonawcę Instytut Zrównoważonego Rozwoju Sp. z o.o. (w treści: „Odwołujący")

Wykonawca w formularzu ofertowym w pkt 1 wpisał:

„1. Oferuję/my "konanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SWZ za cenę brutto: 590 400 zł w tym należny podatek VA T, netto: 480.000,00 - obliczoną zgodnie z poniższą tabelą:" W tabeli w poz. 1 sporządzonej zgodnie z formularzem określonym w SWZ, Wykonawca podał następujące wartości: 410 000 jako wartość netto i 504 300 jako wartość brutto, w poz. 2 i 3 w odniesieniu do wartości netto i brutto podał 0, zaś w poz. OGÓŁEM podał wielkości z poz. 1, w każdej kolumnie utrzymując stawkę VAT 23%.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawny Pzp w zakresie poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie wykonawcy L. N. - Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Projekty

Stosownie do art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. 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 z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści

oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z powyższego przepisu wynika, że w sytuacji, gdy zostanie stwierdzone przez zamawiającego, że oferta zawiera oczywistą omyłkę, o której w nim mowa, jest on zobowiązany do poprawienia takiej omyłki.

Zauważenia wymaga, iż przez omyłkę pisarską uznaje się niezamierzoną niedokładność nasuwającą się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń, np. błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym (por. wyr. SO w Gdańsku z 27.6.2008 r., , Legalis). Za oczywistą uznaje się omyłkę, która jest wyraźnie zauważalna, nie budzi wątpliwości i jest możliwa do poprawy w jeden sposób, bez potrzeby dokonywania przez zamawiającego dodatkowych ustaleń, czy pozyskiwania wyjaśnień od wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska dotyczy zatem takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a oczywistość omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się każdemu, a przez dokonanie poprawy tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Poprawa omyłki polega na wprowadzeniu zmian skutkujących przywróceniem zamierzonego brzmienia, w miejsce omyłkowego, nie może przy tym prowadzić do doprowadzenia do zaoferowania innego przedmiotu zamówienia, do zmiany oświadczenia woli wykonawcy.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający stwierdził, że oferta Wykonawcy zawiera oczywistą omyłkę pisarską, polegającą na błędnym przepisaniu wartości netto i brutto z tabeli, zgodnie z którą miała być sporządzona wycena oferty, zaznaczając, że nie zakazywał wyceny poszczególnych usług na 0. Nadto, jak stwierdził na rozprawie, z uwagi na to że nie ma wiedzy co do tego, czy pozycje 2 i 3 z tabeli będą stanowić dla niego koszty kwalifikowane, we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ w par. 11 ust. 2 pkt 48 lit. b przewidział ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia zgodnie z Pzp. W związku z tym okoliczność, iż Wykonawca wycenił te pozycje na 0 nie budziła jego wątpliwości.

W okolicznościach sprawy zauważenia wymaga, że Formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SWZ został wypełniony przez Wykonawcę w ten sposób, że w pkt 1 zawierał sformułowanie: „1. Oferuję/my wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SWZ za cenę brutto: 590 400 zł w tym należny podatek VA T, netto: 480.000,00 - obliczoną zgodnie z poniższą tabelą:" Tymczasem w tabeli w poz. 1 i poz. Ogółem podał, jako wartość netto, kwotę 410 000, stawkę VAT 23% i kwotę 504 300, jako wartość brutto. Natomiast w poz. 2 i 3 jako wartość netto i brutto podał 0.

Oznacza to, że jest oczywiste że oferta zawiera omyłkę, przy czym nie chodzi o omyłkę rachunkową. Działania matematyczne w tabeli są prawidłowe tj. wielkość podana w poz. ogółem odpowiada sumie wartości podanych w tabeli. Doszło zatem do omyłki pisarskiej, polegającej na wpisaniu nad tabelą kwoty niezgodnej z tabelą, pomimo, iż zgodnie z SWZ wykonawca był zobowiązany, i takie stwierdzenie zawiera jego oświadczenie nad tabelą. Z przytoczonej powyżej treści SWZ wynika, że w pierwszej kolejności wykonawcy powinni wypełnić tabelę, a następnie przenieść kwotę z poz. Ogółem, stanowiącą podsumowanie kwot z poszczególnych pozycji, do oświadczenia o oferowanej kwocie, która miała stanowić wynagrodzenie ryczałtowe za realizację usług podanych w tabeli. Wskazują na to wprost postanowienia § XV., zawierające opis sposobu obliczenia ceny, stanowiąc, iż wykonawca jest zobowiązany do obliczenia wartości oferowanego zamówienia w oparciu o informacje zawarte w SWZ, wzorze umowy wraz z załącznikami oraz wypełniając tabelę i wpisując całkowitą cenę realizacji zamówienia w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu oferty. Wykonawca powinien określić w ofercie cenę ryczałtową oferty netto i brutto za poszczególne elementy wymienione w tabeli formularza ofertowego oraz sumę, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację usług w ramach pełnego miesiąca realizacji przedmiotu umowy. Oznacza to, że suma z tabeli stanowi wynagrodzenie za realizację usług, a zatem nie budzi wątpliwości, że to ta kwota powinna zostać przeniesiona do oświadczenia składanego nad tabelą. Zauważenia przy tym wymaga, że Odwołujący w odwołaniu wskazał, że wartość ujęta w tabeli stanowi uszczegółowienie kosztów oferty, przedstawienie wartości poszczególnych jej elementów, co oznacza, że przyznał, iż jej treść zawiera ceny składające się na cenę oferty. Wprawdzie temu stwierdzeniu Odwołującego towarzyszy określenie: „jedynie”, jednak pozostaje ono w sprzeczności z treścią formularza ofertowego złożonego przez Wykonawcę, w którym wypełniona jest również pozycja „OGÓŁEM” i to kwoty z tej pozycji stanowią sumę kwot odpowiadających wycenionym elementom ceny oferty.

Zauważenia ponadto wymaga, że treść oświadczenia Wykonawcy nad tabelą wskazuje nie tylko na to, że oferowana cena jest określona zgodnie z tabelą, ale też, że wykonawca oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SWZ, a te zgodnie z ww. § 5 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SWZ, do której to umowy jest odesłanie także w poz. 1 tabeli Formularza ofertowego, określone zostały z uwzględnieniem treści wypełnionej przez wykonawcę tabeli. Także zatem w tym zakresie kluczowe znaczenie ma treść tabeli, i także w tym aspekcie oświadczenie woli nad tabelą odnosi się do treści tabeli.

Powyższe w ocenie Izby wskazuje, że w ofercie Wykonawcy wystąpiła oczywista omyłka pisarska. Wykonawca składając oświadczenie woli w ofercie zgodnie z Formularzem oferty, sporządzonym przez Zamawiającego, oświadczył, że określił kwotę oferty zgodnie z tabelą i warunkami płatności, a wpisał inne wielkości, niż w pozycji Ogółem tabeli. Zamawiający był zatem zobowiązany do poprawienia tej omyłki. Dokonana przez Zamawiającego poprawa nie zmienia oświadczenia woli Wykonawcy, lecz przywraca zgodność brzmienia treści oferty z jego zamiarem wyrażonym w tabeli i pozostałej treści oświadczenia zawartego powyżej tej tabeli.

W związku z tym omawiany zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. W konsekwencji nie potwierdziły się pozostałe zrzuty odwołania.

Jak zostało powyżej ustalone, w ofercie Wykonawcy wystąpiła oczywista omyłka pisarska polegająca na wpisaniu nad tabelą, z powołaniem się na tę tabelę, kwoty, która w niej nie występuje, co oznacza, że wbrew stanowisku Odwołującego, nie wystąpiła przesłanka do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. W związku z tym Zamawiający, uwzględniając kryteria oceny ofert określone w SWZ, które nie są kwestionowane w odwołaniu, zasadnie uznał ofertę Wykonawcy za najkorzystniejszą.

W sytuacji, gdy cena oferty Wykonawcy wynosi 504 300,00 zł i nie jest sporne, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia 459 200 zł, to oznacza, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę

przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Skoro Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny tej oferty, zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty*.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie zostało wykazane, że nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonej faktury oraz koszt dojazdu na posiedzenie i rozprawę. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz także kosztów opłaty skarbowej z uwagi na brak przedłożenia dowodu jej uiszczenia przed zamknięciem rozprawy (do uzupełnienia tego dowodu Zamawiający zobowiązał się w terminie trzech dni).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……..