

WYROK

z dnia 27 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 grudnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez odwołującego: Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Pl. Gen. Władysława Sikorskiego 3/8, 31-115 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24 W-9/pok. 110, 31-155 Kraków

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego po uprzednim poprawieniu innej omyłki w ofercie odwołującego powodującej niezgodność oferty z Pkt 20 Opis Sposobu Obliczenia Ceny SWZ, na podstawie art. 223 ust.2 pkt 3) ustawy Pzp

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24 W-9/pok. 110, 31-155 Kraków
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: Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Pl. Gen. Władysława Sikorskiego 3/8, 31-115 Kraków tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24 W-9/pok. 110, 31-155 Kraków kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz odwołującego Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Pl. Gen. Władysława Sikorskiego 3/8, 31-115 Kraków stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (j.t. 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:

Uzasadnienie

Odwolujący: Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, Pl. Gen. Władysława Sikorskiego 3/8, 31-115 Kraków, KRS: 0000183655, NIP: 6761016874, REGON: 350801312 reprezentowana przez Prezesa Zarządu Wojciecha Feliksa, tel. 12 421 24 41, e-mail:

Zamawiający: Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki, ul. Warszawska 24 W-9/pok. 110, 31-155 Kraków, NIP: 675-000-62-57, krajowy numer identyfikacyjny: REGON 000001560, tel. 12 628-26-48, 628-26-47, 628-22-20, 628-26-61, e-mail:

Przedmiot zamówienia: "Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej zamiennej oraz kosztorysowej dla zadania: Budowa budynku Centrum Pro-Ekologicznych technologii energetycznych (CePTE) wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi przy al. Jana Pawła II w Krakowie na działkach nr 21/169, 21/274, 21/275, 21/277 obr. 6 Nowa Huta wraz z niezbędnymi uzgodnieniami, pozwoleniami, odstępstwem w ramach zadania inwestycyjnego pn. centrum Proekologicznych Technologii energetycznych (CePTE) al. Jana Pawła II, Kraków" .

Ogłoszenie o zamówieniu: Biuletyn Zamówień Publicznych - ogłoszenie nr 2021/BZP

00197385/01 z dnia 30.09.2021 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu spółki Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” sp. z o.o. (dalej jako: Odwołujący), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności:

1. oceny ofert, a następnie wyboru przez Zamawiającego w dniu 24.11.2021 r. znak sprawy: KA-2/084/2021 oferty BAUREN sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rybniku, ul. Świerkłańska 12, 44-200 Rybnik jako oferty najkorzystniejszej z zaoferowaną ceną 589.170,00 zł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji - Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej

zamiennej oraz kosztorysowej dla zadania: Budowa budynku Centrum Pro-Ekologicznych technologii energetycznych (CePTE) wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi przy al. Jana Pawła II w Krakowie na działkach nr 21/169, 21/274, 21/275, 21/277 obr. 6 Nowa Huta wraz z niezbędnymi uzgodnieniami, pozwoleniami, odstępstwem w ramach zadania inwestycyjnego pn. centrum Proekologicznych Technologii energetycznych (CePTE) al. Jana Pawła II, Kraków", o którym ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenie nr 2021/BZP 00197385/01 z

dnia 30.09.2021 r.

2. odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego we wskazanym w pkt 1 powyżej postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. w zakresie czynności z pkt 1: art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie oceny ofert i wybór oferty BAUREN sp. z o.o. sp. k. jako oferty najkorzystniejszej, przedstawiającej najkorzystniejszą ofertę, pomimo faktu, iż przeprowadzona ocena była niepełna z uwagi na nieuwzględnienie w jej ramach oferty Odwołującego, a co za tym idzie ocena ta nie mogła stanowić podstawy dla czynności wyboru powyższej oferty,
2. w zakresie czynności z pkt 2: art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 w związku z art. 223 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku ku temu jakichkolwiek podstaw.

Odwołujący uzasadnia swój interes prawny w złożeniu odwołania wskazując, iż był w omawianym zamówieniu publicznym jednym z oferentów (którego oferta opiewała na kwotę 546.120,00 zł), wskazał cenę stosując wymaganą stawkę podatku od towarów i usług oraz nie spowodował naruszenia jakichkolwiek norm prawa, w tym podatkowego w całym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne, a zarazem jego oferta w istocie była najkorzystniejsza. Druga z odrzuconych ofert, choć przedstawiała cenę niższą, podlegałaby w rzeczywistości odrzuceniu z uwagi na zawartą w niej rażąco niską, składową cenę w zakresie nadzoru autorskiego. Należy jedynie zasygnalizować, iż średnia cena za nadzór pozostałych złożonych ofert opiewała na kwotę 1.681 zł podczas gdy oferta Lodrom sp. z o.o. zawierała kwotę 100,00 zł brutto, tj. 81,30 zł netto. Kwota ta powinna pokryć wynagrodzenie projektanta pełniącego nadzór, koszty ogólne firmy oraz dać choć minimalny zysk. W załączeniu do niniejszego odwołania Odwołujący przedkłada powszechnie stosowane opracowanie: „Cennik prac projektowych - Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych - 2016”. Według tego cennika nadzór autorski miejscowy należy wycenić według wzoru (s. 98):

$16 \text{ jnp (jednostka nakładu pracy)} \times 1,9 \text{ (współczynnik wg cennika)} \times 22,35 \text{ zł (stawka projektowa ogłoszona na 2022 r.)} = 679,44 \text{ zł netto.}$

Jednocześnie w ustaleniach dodatkowych na s. 98-99 stwierdzono, iż jednorazowy pobyt projektanta na budowie uwzględnia przygotowanie materiałów do pełnienia nadzoru, czas

przejazdu z siedziby jednostki projektowania, czas pobytu na budowie w jednym dniu, załatwienie spraw związanych z nadzorem po powrocie. Za jednorazowy pobyt uważa się pobyt każdego projektanta na terenie budowy w jednym dniu, niezależnie od czasu jego trwania. Stawki za nadzory autorskie przyjęto przy następujących założeniach:

1) nadzór miejscowy - czas trwania 4 godz.

Biorąc pod uwagę kwotę netto za nadzór, jaka pozostaje po odliczeniu podatku VAT, pomijając przytoczoną powyżej wycenę, można jednoznacznie stwierdzić, iż kwota ta nie pokrywa nawet kosztów dojazdu komunikacją miejską w Krakowie i minimalnego wynagrodzenia za 4 godziny pracy, zgodnie z projektem rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 roku:

Koszt przejazdu komunikacją miejską na budowę: $4,40 \text{ zł} \times 2 = 8,80 \text{ zł}$ Wynagrodzenia na podstawie umowy cywilnoprawnej: $19,70 \text{ zł} \times 4 \text{ h} = 78,80 \text{ zł}$

Razem: 87,20 zł.

Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż inwestycja będzie realizowana od roku 2023 co najmniej przez dwa lata, a nadzór autorski będą pełnili wysoko wykwalifikowani projektanci, posiadający stosowne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie. Biorąc pod uwagę dodatkowe koszty ogólne firmy oraz zysk kwota podana za pełnienie nadzoru autorskiego jest całkowicie nierealna i powinna być uznana za rażąco niską cenę.

Dowód: wyciąg z cennika - „Cennik prac projektowych - Środowiskowe Zasady Wycen Prac projektowych - 2016”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego - oceny ofert oraz wyboru oferty BAUREN sp. z o.o. sp. k., jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego,
4. nakazanie powtórzenia oceny ofert przez Zamawiającego z uwzględnieniem w jej ramach oferty Odwołującego,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie odwołania

Zamawiający powiadomił Odwołującego, pismem datowanym na dzień 24.11.2021 r.

zamieszczonym na platformie przetargowej w dniu 25.11.2021 r. o wyborze

najkorzystniejszej oferty złożonej przez BAUREN sp. z o.o. sp. k., a zarazem o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący podnosi, iż czynność Zamawiającego polegająca na wyborze przedmiotowej oferty jest wadliwa, a co za tym idzie nie może się ostać w obrocie prawnym z uwagi na fakt, iż poprzedzona została bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, a w związku z tym niepełną i wadliwą oceną ofert.

Odwołujący pismem z dnia 20.10.2021 r. poinformował Zamawiającego, iż złożona przez niego w dniu 14.10.2021 r. oferta zawiera oczywistą omyłkę, wymagającą jej sprostowania (odpis pisma Odwołującego w załączeniu). W przedłożonej ofercie w sposób błędny wskazał bowiem podział procentowy kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia na etapy (wymóg SWZ pkt. 20 Opis sposobu obliczania ceny). Wbrew wymaganiom na skutek omyłki podział kwoty określono w ten sposób, iż etap I obejmie 40% ceny, etap II a - 40%, etap II b - 20%, podczas gdy zgodnie z wymogami SWZ stosunek procentowy winien zostać przedstawiony w stosunku: etap I - 30%, etap II a - 40%, etap II b - 30%.

Przedmiotowe uchybienie w zakresie podziału procentowego kwoty nie wpływało jednakże na cenę zamówienia przedstawioną w ofercie, tj. kwotę 546.120,00 zł. Powyższa oczywista omyłka, z uwagi na brak jej wpływu na kwotę całkowitą przedstawioną w ofercie, uznana winna zostać za błąd niemający istotnego znaczenia dla treści oferty, w tym niepowodujący istotnych zmian w jej treści.

Zamawiający jednakże nie ustosunkował się do ww. pisma w jakikolwiek sposób, odrzucając arbitralnie jednocześnie ofertę Odwołującego.

W treści zawiadomienia z dnia 24.11.2021 r. Zamawiający wskazał, iż podstawą odrzucenia oferty była jej niezgodność z warunkami zamówienia. Zamawiający powołał się na brak posiadania przez niego wiedzy, w jaki sposób należałoby ww. omyłkę sprostować, pomimo, tego, iż Odwołujący niezwłocznie po dostrzeżeniu uchybienia poinformował go, w jaki sposób dokonał podziału prac na poszczególne etapy i w jakim zakresie przedmiotowa pomyłka powinna zostać skorygowana. Znamienne znaczenie ma okoliczność, iż wadliwe określenie w tym zakresie, nie wpływało na całłościowy zakres i wartość prac.

Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w doktrynie: „Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy” (tak J. Jarnicka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021, komentarz do art. 223). Na gruncie niniejszej sprawy niewątpliwie poprawienie treści oferty nie prowadziło do istotnej zmiany treści oferty,

skoro nie ulegała modyfikacji wartość oferty.

Jednocześnie należy mieć na względzie fakt, iż wykonawca jest uprawniony, a zarazem zobowiązany do poinformowania Zamawiającego o dostrzeżonych oczywistych uchybieniach w treści przedłożonej oferty. Tym bardziej więc Odwołujący umocowany był do poinformowania Zamawiającego o wystąpieniu przedmiotowej, oczywistej omyłki w treści oferty, polegającej jedynie na wadliwym procentowym określeniu wartości poszczególnych etapów prac.

Jednocześnie należy zauważyć, że w żadnym z przepisów ustawy nie został wyartykułowany zakaz samodzielnego informowania Zamawiającego o dostrzeżonych omyłkach przez wykonawcę. W wyroku KIO z dnia 15 czerwca 2011 r. (KIO 1169/11), odnoszącym się do w istocie podobnego rodzaju sytuacji, wskazano, iż Zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu".

Nie bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest fakt, iż możliwość wystąpienia przez wykonawcę z dodatkowymi informacjami po złożeniu oferty dopuszczona została również w doktrynie. Należy w tym miejscu przytoczyć pogląd, zgodnie z którym: „Wyjaśnienia treści oferty prowadzone są z inicjatywy zamawiającego, bowiem to powzięte przez niego wątpliwości są podstawą wezwania. Ustawa nie przewiduje możliwości samodzielnego wyjaśnienia przez wykonawcę elementów oferty bez uprzedniego wezwania przez zamawiającego. Jednocześnie z uwagi na ekonomikę postępowania oraz fakt, że formalizm postępowania nie stanowi celu samego w sobie, możliwe jest wzięcie pod uwagę przekazanych w ten sposób informacji” (tak J. Jarnicka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021, komentarz do art. 223).

Z powyższego wynika, iż skoro dopuszczalne jest wystąpienie przez wykonawcę z wyjaśnieniami elementów oferty, to tym bardziej za możliwe należy uznać wystąpienie z informacją o dostrzeżonych w treści oferty omyłkach. Jak wskazano wyżej, formalizm nie stanowi istoty przedmiotowego postępowania, a przekazane w ten sposób z odpowiednim wyprzedzeniem informacje winny być wzięte przez Zamawiającego pod uwagę przy rozpatrywaniu treści przedłożonej oferty.

Na gruncie niniejszej sprawy Zamawiający jednakże nie ustosunkował się do treści pisma Odwołujący, ograniczając się jedynie do poinformowania go na etapie rozstrzygnięcia, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, bez jakiegokolwiek odniesienia się do treści pisma z

dnia 20.10.2021 r.

Znamienne znaczenie na gruncie niniejszej sprawy ma orzeczenie Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 30.05.2011 r. sygn. akt KIO 1066/11: „Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl2004 [uw. aut. - obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3], pojęcie "innej omyłki" nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z SIWZ [uw. aut. - obecnie SWZ]. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Za omyłki nienadające się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl2004 [uw. aut. - obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3], uznawane są przykładowo: brak pozycji kosztorysowej, brak podania ceny jednostkowej, zaoferowanie czy taka zmiana opisu, która dla ustalenia omyłki wymaga złożenia nowego oświadczenia woli składającego ofertę". Obrazuje ono bowiem rozróżnienie - na uchybienia istotne (nieusuwalne) oraz takie, które nie mają istotnego wpływu na treść oferty. Ten drugi przypadek ma miejsce na gruncie przedmiotowej sprawy.

Co znajduje potwierdzenie w doktrynie, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5)

ustawy Prawo zamówień publicznych powinno być krokiem ostatecznym, w przypadku, gdy brak jest możliwości usunięcia nieprawidłowości w ofercie: „Niezgoda treści oferty z warunkami zamówienia może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy stwierdzona niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. W przypadku stwierdzenia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, zamawiający ma obowiązek ich poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, jeśli nie spowoduje to

istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 pozwala na poprawienie innych omyłek w ofertach, jeśli tylko w konsekwencji dokonania tej czynności nie zmieni się zasadniczo treść zobowiązania wykonawcy (por. wyr. KIO z 18.2.2020 r., KIO 222/20, Legalis). Zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie komentowanego przepisu, ma również obowiązek poprawienia oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 PZP, pod warunkiem że wystąpiły przesłanki pozwalające na dokonanie takich poprawek” (tak M. Jaworska [w:]

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021, komentarz do art. 226). Tym samym, wobec możliwości usunięcia omyłki z uwagi na jej nieistotność brak było podstaw dla niejako automatycznego odrzucenia oferty Zamawiającego bez względu na okoliczności sprawy i

charakter omyłki.

Tym bardziej bezpodstawny jest argument Zamawiającego, jakoby brak było możliwości

ustalenia wartości oferty, z uwagi na rzekomą rozbieżność pomiędzy wartością poszczególnych etapów, a wartością całościową zamówienia. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie jest nielogiczne, błędne, a co za tym idzie niezasadne i jako takie nie może stanowić uzasadnionej podstawy dla odrzucenia oferty. Wartość poszczególnych etapów po ich zsumowaniu daje bowiem kwotę całkowitą, co wynika w sposób jednoznaczny z treści złożonej przez Odwołującego oferty (oraz pisma z dnia 20.10.2021 r.) i nie powinno zostać kwestionowane na tym etapie. Zsumowanie wskazanych wyżej pozycji stanowi proste działanie matematyczne, stąd tym bardziej chybnym jest stanowisko zarzucające niejasność oferty w tym zakresie. Należy zarazem wskazać, iż skoro Zamawiający dostrzegł niejasność co do treści oferty w zakresie ceny, to powinien on wystąpić w stosunku do oferenta z żądaniem złożenia wyjaśnień w tej kwestii. Tym bardziej bezpodstawnym było odrzucenie oferty przez Zamawiającego z powołaniem się na treść art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych - z uwagi na rzekome błędy w obliczeniu ceny. Raz jeszcze należy podkreślić, iż uchybienie w zakresie podziału procentowego kwoty na poszczególne etapy nie wpływało na cenę całkowitą zamówienia przedstawioną w ofercie, tj. kwotę 546.120,00 zł.

W tym miejscu przytoczenia wymaga treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.06.2019 r. sygn. akt KIO 1050/19, zgodnie z którym: „Warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmiennność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sytuacja taka ma miejsce na gruncie niniejszej sprawy, bowiem nie doszło do modyfikacji ceny całkowitej, określonej uprzednio w ofercie.

Z powyższego wynika, iż opisana oczywista omyłka, z uwagi na brak jej wpływu na kwotę całkowitą przedstawioną w ofercie, uznana winna zostać za błąd niemający istotnego znaczenia dla treści oferty, w tym niepowodujący istotnych zmian w jej treści. Nie może ona również zostać uznana za takiego rodzaju „błąd w obliczeniu ceny”, który skutkowałby obowiązkiem odrzucenia oferty.

Podsumowując, na gruncie niniejszej sprawy brak było podstaw dla odrzucenia oferty, a co za tym idzie powinna ona podlegać ocenie. Tym samym należy uznać, iż przeprowadzona przez Zamawiającego ocena była niepełna, a będący jej następstwem wybór oferty uznany musi zostać za wadliwym.

Prawidłowa ocena ofert powinna mieć charakter kompleksowy, a zatem obejmować oferty wszystkich wykonawców spełniających wymagania niezbędne dla udziału w postępowaniu. Na gruncie niniejszej sprawy ocenie nie podlegała oferta Odwołującego z uwagi na jej uprzednie odrzucenie. Oferta ta jednakowoż spełniała wymogi udziału w postępowaniu. Jednocześnie treść oferty, w tym zaoferowana cena przemawiała za tym, iż uwzględnienie jej w ocenie miało by bez wątpienia wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego, z uwagi na naruszenie art. 239 ust. 1 oraz 2 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 w związku z art. 223 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnienia wymaga czynność oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarazem odrzucenia oferty

Odwołującego. Następstwem powyższego powinna być powtórna ocena ofert, w tym oferty Odwołującego. Mając na względzie wskazane wyżej okoliczności wnoszę jak we wstępie.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

Zamawiający dnia 10 grudnia 2021 r.

Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków NIP: 6750006257, REGON: 000001560 e-mail: , tel. 12 628 26 48, 12 628 26

47, 12 628 22 20, 12 628 26 61 reprezentowana przez radcę prawnego Annę Biernat - Batko

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt. 2) ustawy PZP na: Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej zamiennej oraz kosztorysowej dla zadania: "Budowa budynku Centrum Pro-Ekologicznych technologii energetycznych(CePTE) wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi przy al. Jana Pawła II w Krakowie na działkach nr 21/169, 21/274, 21/275, 21/277 Obr. 6 Nowa Huta" wraz z niezbędnymi uzgodnieniami, pozwoleniami, odstępstwem w ramach zadania inwestycyjnego pn. "Centrum Proekologicznych Technologii energetycznych (CePTE) al. Jana Pawła II, Kraków": ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 30 września 2021 pod numerem 2021/BZP00f97385/Of, numer postępowania nadany przez Zamawiającego KA-2/084/2021 (dalej „Postępowanie”);

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie i w granicach udzielonego mi pełnomocnictwa, które przedstawiam w załączeniu, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 t. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”), wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. KIO 3495/21 w dniu 29 listopada 2021 roku przez Wykonawcę: Pracownia Konserwacji Zabytków „ARKONA” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „Odwołującym”, na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt. 2) ustawy PZP na: „Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej zamiennej oraz kosztorysowej dla zadania:

"Budowa budynku Centrum Pro-Ekologicznych technologii energetycznych(CePTE) wraz z

towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi przy al. Jana Pawła II w Krakowie na działkach nr 21/169, 21/274, 21/275, 21/277 Obr. 6 Nowa Huta " wraz z niezbędnymi uzgodnieniami, pozwoleniami, odstępstwem w ramach zadania inwestycyjnego pn. "Centrum Proekologicznych Technologii Energetycznych (CePTE) al. Jana Pawła II, Kraków"; ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 30 września 2021 pod numerem 2021/BZP00197385/01, numer postępowania nadany przez Zamawiającego KA-2/084/2021 (dalej „Postępowanie”);

Po zapoznaniu się z treścią odwołania, zarzutami sformułowanymi przez Odwołującego oraz uzasadnieniem tych zarzutów a także żądaniami określonymi w odwołaniu Zamawiający

wnosi o:

- 1) odrzucenie odwołania, w tym w szczególności na posiedzeniu niejawnym;
- 2) ewentualnie, w przypadku braku odrzucenia odwołania, wnosi o oddalenie odwołania w całości;
- 3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania wedle przedłożonych rachunków.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na wyborze oferty BAUEREN Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu KA-2-084/2021 oraz na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający dokonał analizy i oceny zarzutów odwoławczych

W ocenie Zamawiającego odwołanie jest bezzasadne i z uwagi na powyższe winno zostać oddalone.

Odpowiedź Zamawiającego na poszczególne zarzuty została przedstawiona poniżej.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych zarzutów odwoławczych wskazać należy, co następuje:

I. W przedmiocie wniosku o odrzucenie odwołania.

W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi zarzut braku legitymacji czynnej po stronie Odwołującego, wynikający z braku po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania.

Zamawiający niniejszym wskazuje, iż w Postępowaniu KA-2/084/2021, zostały złożone następujące oferty:

1. Lodrom Sp. z o.o., ul. Długa 56/1, 31-146 Kraków z zaoferowaną kwotą brutto

289 000 zł, która została odrzucona (oferta nr 1);

2. Haskoning DHV Polska Sp z o. o., ul. Dzielna 60, 01-029 Warszawa z zaoferowaną kwotą brutto 690 768 zł, która uzyskała 61,18 pkt (oferta nr 2);

3. Pracownia Konserwacji Zabytków „Arkona” Sp. z o.o., Pl. Gen. Sikorskiego 3/8, 31-115 Kraków, z zaoferowaną kwotą brutto 546.120 zł, która została odrzucona (oferta nr 3);

4 BAUREN Sp. z o.o. Spółka komandytowa, ul. Świerkłańska 12, 44-200 Rybnik z

zaoferowaną kwotą brutto 589.170 zł, która uzyskała 100 pkt (oferta nr 4).

Dowód: oferty Wykonawców złożone w Postępowaniu KA-2/084/2021, znajdujące się w dokumentacji postępowania, do okazania na rozprawie.

Jak wynika z wskazanego powyżej rankingu ofert złożonych w Postępowaniu KA2/084/2021, oferta Odwołującego zajmuje dopiero 2 miejsce w rankingu.

W tym miejscu wskazać należy, iż pierwsza w rankingu oferta Wykonawcy Lodrom Sp. z o.o. została odrzucona przez Zamawiającego z tych samych powodów, co oferta Odwołującego. Tym samym zauważyć należy, iż ewentualne uwzględnienie niniejszego odwołania Odwołującego, spowoduje konieczność unieważnienia przez Zamawiającego również czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Lodrom Sp. z o.o., która wówczas również będzie podlegała ponownej ocenie. W konsekwencji oferta Odwołującego nadal pozostanie drugą w rankingu. W związku z powyższym Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia albowiem nie ma gwarancji, że przedmiotowe zamówienie uzyska (będzie

Wykonawca stara się wykazać swój interes prawny we wniesieniu odwołania, zarzucając ofercie Lodrom Sp. z o.o. rażąco niską cenę z tytułu wynagrodzenia za nadzory autorskie.

Podkreślić należy, iż kwestia ewentualnej rażąco niskiej ceny Wykonawcy Lodrom Sp. z o.o. nie jest przedmiotem niniejszego odwołania. Jednakże Zamawiający wskazuje w tym miejscu, iż nie można w tym momencie a priori założyć, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Lodrom Sp. z o.o. jest rażąco niska. Wykonawca Lodrom Sp. z o.o. nie był w tym zakresie wzywany do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień i nie przedstawił sposobu wyliczenia swojej ceny ofertowej ani poczynionych przez niego założeń. Ponadto ostrożności procesowej Zamawiający wskazuje, iż nie ma jednej powszechnie obowiązującej metodologii wyceny prac projektowych ani nadzorów autorskich, ani powszechnie obowiązujących w tym zakresie regulacji i w tym momencie nie wiadomo, jaką metodologię wyceny przyjął Wykonawca Lodrom Sp z o.o. Nie daje to jednak podstaw do twierdzenia na tym etapie, że jego cena jest rażąco niska. Każdy z wykonawców ma prawo do zaoferowania

ceny według własnego uznania. Ewentualne mogące pojawić się wątpliwości, co do ceny zaferowanej przez wykonawcę są wyjaśniane w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, iż oferta Lodrom Sp. z o.o. nie była badana pod tym kątem. W związku z powyższym, ani Odwołujący, ani Zamawiający nie ma w tym momencie podstaw do twierdzenia, że cena Wykonawcy jest rażąco niska, a tym samym, wszelkie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są nieuzasadnione. W konsekwencji bezpodstawne jest także założenie na tym etapie, że oferta Lodrom Sp. z o.o. będzie podlegała odrzuceniu. Wręcz przeciwnie — należy zakładać, że w przypadku ewentualnego pozytywnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu, oferta Lodrom Sp. z o.o. będzie poddana ponownej ocenie i zyskuje szansę na uzyskanie zamówienia albowiem jest pierwsza w rankingu. W związku z powyższym Odwołujący nie ma podstaw, aby zakładać w tym momencie, że ma szansę w uzyskaniu zamówienia a tym samym, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na fakt, iż skoro oferta Odwołującego jest dopiero druga w rankingu to nawet w przypadku, gdyby Izba przychyliła się do żądania wskazanego w odwołaniu i nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę ofert to trudno uznać, iż Odwołujący poniósłby szkodę rozumianą jako utratę możliwości uzyskania zamówienia albowiem przed nim jest jeszcze oferta wykonawcy Lodrom Sp. z o.o.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 505 ustawy Pzp, środki ochrony przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak wskazano w wyroku KIO z 18 marca 2021 r. (KIO 727/21), krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej wyznacza przepis art. 505 ustawy Pzp, zaliczając do niego wykonawcę, uczestnika konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z powyższym tylko podmioty wskazane w tym przepisie mogą zostać uznane za uprawnione do wniesienia odwołania,

Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, odwołanie jest środkiem skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu (wyrok KIO z dnia 22 maja 2017 roku, sygn. Akt KIO 921/17). Z uwagi na opisane powyżej okoliczności dotyczące Postępowania KA-2/084/2021, w tym konkretnym stanie faktycznym, ewentualne uwzględnienie odwołania nie daje Odwołującemu gwarancji uzyskania zamówienia, tj. nie daje gwarancji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu KA-2/084/2021. Tym samym nie sposób uznać, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Mając powyższe na uwadze — w ocenie Zamawiającego - odwołanie winno zostać odrzucone.

II. W przedmiocie wniosku o oddalenie odwołania i bezzasadności zarzutów formułowanych w odwołaniu.

Bezspornym jest, że oferta Odwołującego zawiera błędy i jest niezgodna z dokumentami zamówienia.

W tym miejscu wskazać należy iż w pkt 20 SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” — Zamawiający wskazał iż „Wykonawca określi osobno cenę ryczałtową za wykonanie dokumentacji projektowej — kosztorysowej i cenę ryczałtową za jeden nadzór autorski. Cenę oferty stanowić będzie suma brutto za wykonanie dokumentacji projektowej — kosztorysowej i ceny za jeden nadzór autorski Uwaga: Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu I (30% wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu umowy). Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu II a — (40 % wynagrodzenia za wykonanie Przedmiotu umowy). Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu II b (30% wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu umowy).”

Ponadto w pkt 17 SWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” Zamawiający przewidział, że „Oferta powinna być sporządzoną przez Wykonawcę według treści postanowień niniejszej

SWZ oraz według treści formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej SWZ, w szczególności oferta winna zawierać;

a) Wypełniony formularz ofertowy (...)"

W formularzu oferty Zamawiający zamieścił tabelę, którą wszyscy wykonawcy, składający oferty w Postępowaniu, zobowiązani byli wypełnić:

Nazwa elementu Cena brutto

Dokumentacja projektowa Etapu I zł słownie:.....

Dokumentacja projektowa Etapu II a zł słownie:.....

Dokumentacja projektowa Etapu II b zł słownie:.....

Nadzór autorski (1 szt.) zł słownie:.....

RAZEM

Ponadto w projekcie umowy na „Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej zamiennej oraz kosztorysowej dla zadania: "Budowa budynku Centrum Pro-Ekologicznych technologii energetycznych (CePTE) wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi przy al. Jana Pawła II w Krakowie Zamawiający przewidział, następujące postanowienia umowne:

§ 8. Wynagrodzenie. Płatności

1. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu umowy wynosi.....zł brutto (słownie.....) w tym należny podatek od towarów i usług VAT.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust 1 zostanie wypłacone wykonawcy w trzech częściach:

1) Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu I — w

wysokości..... złotych brutto słownie..... (30 % wynagrodzenia o którym

mowa w ust. 1) zostanie wypłacone Wykonawcy na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę na podstawie protokołu odbioru zdawczo - odbiorczego Dokumentacji Projektowej Etapu I, o którym mowa w § 7 ust. 6 niniejszej umowy, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT

2) Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu II a w wysokości.....

złotych brutto (40 % wynagrodzenia o którym mowa w ust. 1) zostanie wypłacone Wykonawcy na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę na podstawie protokołu zdawczo - odbiorczego Dokumentacji Projektowej Etapu II a , o którym mowa w §

7a ust. 6 niniejszej umowy, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany w

fakturze w terminie 14 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT

3) Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu II b w wysokości złotych brutto (30 % wynagrodzenia o którym mowa w ust. 1) zostanie wypłacone Wykonawcy na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę na podstawie protokołu zdawczo - odbiorczego Dokumentacji Projektowej Etapu II b, o którym mowa w § 7b ust. 6

niniejszej umowy; przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany w fakturze w terminie 14 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury

VAT.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący zobowiązany był wypełnić tabelę znajdującą się w formularzu oferty w taki sposób, aby:

wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu I stanowiło 30% wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie całej Dokumentacji Projektowej (pozycja 1 w tabeli);

wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu IIa stanowiło 40 % wynagrodzenia za wykonanie całej Dokumentacji Projektowej (pozycja 2 w tabeli);

wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji projektowej Etapu IIb stanowiło 30% wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie całej Dokumentacji Projektowej (pozycja 3 w tabeli).

Podkreślić w tym miejscu należy, że Odwołujący jest profesjonalistą, od którego wymaga się, aby złożona przez niego oferta została sporządzona zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Należyta staranność profesjonalisty nakłada, bowiem na Wykonawcę (Odwołującego) obowiązek dokonywania w postępowaniu czynności w sposób zgodny z obowiązującymi w tym zakresie postanowieniami dokumentów zamówienia.

Tymczasem Odwołujący wypełnił formularz ofertowy i znajdującą się w nim tabelę w taki sposób, że zamieszczone przez Odwołującego ceny w tabeli (w pozycjach 1,2,3) nie odpowiadały wymaganiom, jakie postawił Zamawiający w dokumentach zamówienia. Skoro bowiem Zamawiający wymagał, aby w pozycji 1 (Dokumentacja projektowa Etapu I) było 30% wynagrodzenia za całość Dokumentacji projektowej, a w pozycji 2 (Dokumentacja projektowa Etapu IIa) było 40% wynagrodzenia za całość Dokumentacji projektowej to automatycznie te kwoty powinny być od siebie różne. Natomiast kwota w pozycji nr 1 powinna być taka sama jak w pozycji nr 3 Tymczasem w ofercie Odwołującego tak nie było takie same były kwoty w pozycji nr 1 i w pozycji nr 2, co już świadczyło o tym, że tabela w formularzu oferty została wypełniona przez Odwołującego w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego,

Fakt, że oferta Odwołującego zawierała błąd jest bezsporny.

Fakt, że błąd w ofercie Odwołującego powoduje, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia jest również bezsporny.

Fakt, że błąd w ofercie Odwołującego dotyczy błędów w obliczeniu ceny jest również bezsporny.

W związku z powyższym, stan faktyczny ustalony przez Zamawiającego na etapie oceny ofert spełniał hipotezę zawartą w art. 226 ust 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a także w sytuacji, kiedy oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W związku z powyższym w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający postąpił prawidłowo uznając, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp i w sposób prawidłowy ten przepis zastosował.

Tymczasem w odwołaniu Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż dopuścił się on naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu wskazać należy, iż Odwołujący, co prawda przywołuje w zarzutach art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak nigdzie nie precyzuje, w jaki sposób - jego zdaniem Zamawiający naruszył ten przepis i jak Zamawiający miałby ten przepis prawidłowo zastosować. Brak

skonkretyzowania zarzutu w odniesieniu do art. 223 ust. 2 ustawy PZP przejawia się również w żądaniu odwołania albowiem Odwołujący nie precyzuje, w jaki sposób Zamawiający powinien ten przepis zastosować, tj. nie wskazuje w żaden sposób, jakiej konkretnie czynności Odwołujący oczekuje od Zamawiającego w wyniku prawidłowego zastosowania art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego powyższe stanowi wadę odwołania i choćby z tego względu odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W treści odwołania Odwołujący podnosi jedynie (przyznając jednocześnie, że błąd w jego ofercie wystąpił) iż „oczywista omyłka” w jego ofercie winna zostać uznana za błąd niemający istotnego znaczenia dla treści oferty, w tym za błąd niepowodujący istotnych zmian w jej treści i nie powinna zostać uznana za błąd w obliczeniu ceny.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający de facto nie wie, na czym miałyby polegać zarzucane mu przez Odwołującego naruszenie art. 232 ust 2 ustawy Pzp.

Odwołujący pomijał bowiem fakt, że przepis ten jest precyzyjny i szczegółowo określa sytuacje, w których Zamawiający może go zastosować.

Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie precyzuje jak jego zdaniem Zamawiający powinien zastosować przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp — odniesienie się przez Zamawiającego do

tego zarzutu jest mocno utrudnione.

Art. 223 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że 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.

Zacytowany powyżej przepis określa trzy kategorie omyłek: oczywistą omyłkę pisarską, oczywistą omyłkę rachunkową i inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Przedmiotowy przepis nie posługuje się pojęciem „oczywistej omyłki”, którym posługuje się Odwołujący.

Jak wyżej wskazano, błąd w ofercie Odwołującego polegał na tym, że w sposób niezgodny z dokumentami zamówienia określił on ceny za poszczególne etapy dokumentacji projektowej.

Powyższy błąd na pewno nie mógł zostać zakwalifikowany jako oczywista omyłka pisarska. Wprawdzie ustawodawca nie precyzuje, co należy rozumieć przez „oczywistą omyłkę pisarską” to jednak określenie tego pojęcia i jego zakresu nastąpiło w orzecznictwie. Za błąd pisarski uważa się więc niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych, a nawet opuszczenie wyrazów lub liter gdy okoliczność ta wynika z brzmienia treści zdania. Oczywista omyłka pisarska jest pewnym rodzajem niedokładności, przypadkowym przeoczeniem czy też oczywistym błędem pisarskim, który polega na mylnym użyciu wyrazu, jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu (KIO/UZP 77/07 LEX 393525). Powyżej przedstawiona wykładnia pojęcia „oczywista omyłka pisarska” potwierdza, iż błąd, którego dopuścił się Odwołujący w swojej ofercie nie mógł zostać w ten sposób zakwalifikowany. Tym samym Zamawiający słusznie nie zastosował art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP i nie dopuścił się w tym zakresie żadnego naruszenia.

Art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP odnosi się do „oczywistej omyłki rachunkowej”. Za „oczywistą omyłkę rachunkową” należy uznać błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób. Mając na uwadze to, na czym polegał błąd w ofercie Odwołującego, w ocenie Zamawiającego, tego błędu nie można uznać za „oczywistą omyłkę rachunkową” albowiem - biorąc pod uwagę wartości wskazane przez Odwołującego w ofercie - błąd Odwołującego nie było, co do zasady błędów w obliczeniach matematycznych. Błąd polegał na tym, że wartości (kwoty) przyjęte przez

Odwolującego w ofercie były niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Tym samym Zamawiający słusznie nie zastosował art. 223 ust.

2 pkt 2 ustawy Pzp i nie dopuścił się w tym zakresie żadnego naruszenia.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wskazany powyżej przepis nakazuje Zamawiającemu poprawienie w ofercie innych omyłek, niebędących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub niebędących oczywistymi omyłkami rachunkowymi, lecz polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Aby jednak Zamawiający mógł dokonać poprawek w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt

3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- 1) omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy,
- 2) wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia,
- 3) a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,
- 4) Zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć oparcie w treści oferty.

Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty.

Stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Poprawa omyłek nie może wprowadzić do oferty istotnych zmian. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Ten element winien być kwestią oceny dokonanych zmian w ofercie przez pryzmat skutków, jakie niesie ze sobą dokonana zmiana w ramach danej oferty. Jednakże najpierw badana jest dopuszczalność poprawy, a w drugiej kolejności wpływ ewentualnej poprawy na treść oferty. Kwalifikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. (zob. Gawrońska Baran Andrzel i in., Prawo zamówień publicznych komentarz aktualizowany; opublikowano LEX 2021)

Co istotne, aby dokonać poprawy oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający winien dysponować wystarczającym zasobem informacji zawartym w ofercie, na którego podstawie dokonał poprawy innej omyłki a ponadto poprawa ta nie może spowodować istotnej zmiany treści oferty, a w szczególności nie może spowodować zmiany ceny oferty, co zresztą nie jest niezbędnym warunkiem do uznania, że poprawa nie powoduje istotnej zmiany oferty. (zob. Gawrońska — Baran Andrzel i in., Prawo zamówień publicznych komentarz aktualizowany; opublikowano LEX 2021)

Tymczasem w przypadku oferty Odwołującego nie zostały spełnione wszystkie przesłanki, które dałyby Zamawiającemu możliwość poprawienia jego oferty na podstawie art. 232 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, to Zamawiający nie wiedział, w jaki sposób błąd w ofercie Wykonawcy powinien zostać poprawiony. Po drugie, w zależności od przyjętego sposobu poprawienia oferty Wykonawcy mógł on spowodować istotne zmiany w treści oferty. Po trzecie Zamawiający nie był w stanie samodzielnie dokonać poprawy zaistniałego błędu, bez konieczności udziału Odwołującego w tej czynności. Powyższe w ocenie Zamawiającego — wykluczało to możliwość zastosowania art. 223 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż na gruncie wszystkich wskazanych powyżej przypadków określonych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp jest oczywiste, że poprawienie omyłek w ofercie, na którejkolwiek podstawie przewidzianej w tym przepisie, nie może być uznane za możliwość wprowadzenia jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na treści oświadczenia woli. Ponadto oczywistość omyłki polega nie tylko na łatwości jej dostrzeżenia, ale również na braku wątpliwości, jak powinna ona zostać poprawiona. Stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Tymczasem analiza oferty Odwołującego wykazała, że wartości zamieszczone przez Wykonawcę w tabeli nie zgadzały się z progami procentowymi podanymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia (kwota w pozycji I tabeli i kwota w pozycji drugiej w przypadku oferty Odwołującego jest taka sama a powinna być inna, jeśli tabela zostałaby uzupełniona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego; ponadto w przypadku zgodności z dokumentami zamówienia kwota w pozycji 3 powinna być taka sama kwota jak w pozycji nr 1 a tymczasem w tabeli zawartej w ofercie Odwołującego kwoty w pozycji 1 i 3 różnią się od siebie). Nie wiadomo było jednak, skąd ta różnica wynika i które wartości podane przez Odwołującego w ofercie są tymi właściwymi (wyjściowymi). Wykonawca mógł, bowiem — na przykład - prawidłowo wpisać, że kwota w pozycji 1 tabeli (217 710 zł) odpowiada 30% ceny za całą dokumentację projektową, jaką Wykonawca chciał zaoferować a tym samym błąd mógł polegać na błędnym uzupełnieniu pozostałych części tabeli, a w konsekwencji na błędnym określeniu ceny całkowitej oferty. Równie dobrze Wykonawca mógł prawidłowo wskazać cenę całkowitą i cenę za wykonanie całości dokumentacji projektowej, a jedynie pomylić się w podaniu ceny za poszczególne etapy.

W tym miejscu wskazać należy, iż dla wyliczenia wartości poszczególnych etapów dokumentacji potrzebna jest wartość ceny za dokumentację projektową. Jednocześnie wartość ceny za całość dokumentacji projektowej winna stanowić sumę poszczególnych etapów. W efekcie zarówno ustalenie wartości poszczególnych etapów jak i wartości całkowitej ceny za całość dokumentacji jest wzajemnie od siebie zależne i nie można jednoznacznie stwierdzić, która wartość stanowi punkt odniesienia do dalszych ustaleń.

Tym samym w oparciu o informacje zawarte w ofercie Wykonawcy, Zamawiający powyższych wątpliwości nie mógł jednoznacznie rozstrzygnąć. Powyższe pokazuje, że Zamawiający nie był w stanie sam ustalić, ani na czym polega błąd w ofercie Wykonawcy, ani w jaki sposób (jeden oczywisty) można go naprawić. Tym samym błąd w ofercie Odwołującego nie jest wcale „oczywisty” i nie istnieje tylko jeden sposób, w jaki można by było go naprawić.

Poniżej Zamawiający przedstawia możliwe warianty poprawienia oferty Odwołującego celem wykazania, że nie istniał jeden sposób jej poprawy.

Przykładowe warianty poprawy:

Tabela 1 — wariant 1

Nazwa elementu Cena brutto (po dokonaniu ewentualnej poprawy oferty Odwołującego przy

założeniu, że prawidłowa była kwota podana przez Odwołującego w poz. nr 1 tabeli zawartej w ofercie złożonej przez Odwołującego. Progi procentowe zgodnie z dokumentami zamówienia

Dokumentacja projektowa etapu I 247 710 30%

Dokumentacja projektowa etapu IIa 290 280 40%

Dokumentacja projektowa etapu IIb 217 710 30%

Cena za dokumentację ogółem (po ewentualnym dokonaniu poprawy przy założeniu, że prawidłowa była kwota podana przez Odwołującego w poz. nr 1 tabeli zawartej w ofercie złożonej przez Odwołującego. 725 700

*kwota odpowiadająca kwocie wskazanej przez Odwołującego w ofercie w poz 1 tabeli

Tabela 2 — wariant 2

Nazwa elementu Cena brutto (po dokonaniu ewentualnej poprawy oferty Odwołującego przy założeniu, że prawidłowa była kwota podana przez Odwołującego w poz. nr 2 tabeli zawartej w ofercie złożonej przez Odwołującego. Progi procentowe zgodnie z dokumentami zamówienia

Dokumentacja projektowa etapu I 163 282, 50 30%

Dokumentacja projektowa etapu IIa 217 710 40%

Dokumentacja projektowa etapu IIb 163 282,50 30%

Cena za dokumentację ogółem (po ewentualnym dokonaniu poprawy przy założeniu, że prawidłowa była kwota podana przez Odwołującego w poz. nr 2 tabeli zawartej w ofercie złożonej przez Odwołującego. 544 275

*kwota odpowiadająca kwocie wskazanej przez Odwołującego w ofercie w poz 2 tabeli

Tabela 3— wariant 3

Nazwa elementu. Cena brutto (po dokonaniu ewentualnej poprawy oferty Odwołującego przy założeniu, że prawidłowa była kwota podana przez Odwołującego w poz. nr 3 tabeli zawartej w ofercie złożonej przez Odwołującego.

Dokumentacja projektowa etapu I 108 855 30%

Dokumentacja projektowa etapu IIa 145 140 40%

Dokumentacja projektowa etapu IIb 408 855*

Cena za dokumentację ogółem (po ewentualnym dokonaniu poprawy przy założeniu, że prawidłowa była kwota podana przez Odwołującego w poz. nr 3 tabeli zawartej w ofercie złożonej przez Odwołującego. 362 850

*kwota odpowiadająca kwocie wskazanej przez Odwołującego w ofercie w poz. 3 tabeli

Powyżej zamieszczone tabele wykazują, że nie istnieje jeden możliwy sposób doprowadzenia treści oferty do zgodności z SWZ Uwzględniając, bowiem wzajemne zależności między wartościami etapów a wartością całkowitą ceny za całość dokumentacji projektowej, nie było i nie jest jasne, które z wyżej wskazanych wartości były intencją Odwołującego.

Podkreślić należy, iż we wskazanych powyżej przykładowych wariantach poprawy, tj. w wariantach 1 i w wariantach 3 mamy do czynienia ze zmianą wartości całkowitej ceny za całość dokumentacji projektowej, a w konsekwencji zmianie ulegałaby ogólna cena ofertowa wskazana przez Wykonawcę w ofercie.

Dodatkowo podkreślić należy, iż z treści SWZ i z treści oferty Wykonawcy nie da się wywieść, co było zamysłem Wykonawcy. Czy zamysłem Wykonawcy było ustalenie najpierw ceny za całość dokumentacji projektowej i następnie podzielenie jej na 3 ceny składowe z wykorzystaniem procentów wskazanych przez Zamawiającego w dokumentach postępowania czy też to któraś z kwot wskazanych przez Odwołującego w tabeli, odpowiadająca procentom wskazanym przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, była prawidłowa, a błędne były pozostałe i błędna była cena całkowita za dokumentację projektową, która powinna być tak naprawdę mniejsza lub większa niż ta, która została wpisana przez Odwołującego w ofercie.

Powyższe obrazuje, iż na etapie oceny ofert, Zamawiający nie był w stanie ustalić, na czym dokładnie polega istota błędu w ofercie Odwołującego, którą wartość podaną przez Odwołującego w ofercie ma przyjąć, jako prawidłową i jak w jeden właściwy sposób można było ofertę Odwołującego poprawić w taki sposób, aby doprowadzić ją do zgodności z SWZ

Biorąc, zatem przesłanki umożliwiające dokonanie poprawy oferty w oparciu o art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp oraz wyżej wskazane ustalenia dokonane przez Zamawiającego, stwierdzić należy, iż poprawienie oferty Odwołującego w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie było możliwe. Jak już wyżej wskazano Zamawiający nie wiedział, w jaki sposób błąd w ofercie Wykonawcy powinien zostać poprawiony. Ponadto, w zależności od przyjętego sposobu poprawienia oferty Wykonawcy mógł on spowodować istotne zmiany w treści oferty. Dodatkowo podkreślić należy, iż Zamawiający nie mógł dokonać samodzielnie, bez udziału

wykonawcy w tej czynności, poprawy stwierdzonych niezgodności. Powyższe - w ocenie Zamawiającego — wykluczało możliwość zastosowania art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający słusznie nie zastosował tego przepisu i nie dopuścił się w tym zakresie żadnego naruszenia.

Ponadto należy dodać, iż możliwość poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy PZP stanowi wyjątek od zasady, zgodnie, z którą treść oferty od początku powinna być zgodna z SWZ Aby poprawić ofertę niezbędna jest wiedza Zamawiającego, w jaki sposób można omyłkę poprawić. Wiedza ta musi wynikać z zapisów SWZ oraz treści złożonej oferty, bez konieczności występowania w tym zakresie do Wykonawcy. Ponadto musi istnieć jeden możliwy do ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia danej omyłki.

Jak wykazano powyżej, w przypadku oferty Odwołującego, taka sytuacja nie miała miejsca tzn. nie istniał jeden możliwy sposób poprawienia omyłki możliwy do ustalenia przez Zamawiającego w oparciu o zapisy SWZ i treść oferty Wykonawcy. A skoro tak to Zamawiający słusznie nie zastosował art. 223 ust. 2 nie dopuszczając się w tym zakresie żadnego naruszenia.

W konsekwencji Zamawiający prawidłowo przyjął, że oferta Odwołującego zawiera błąd, którego nie można poprawić w żadnym z trzech trybów przewidzianych w art. 232 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym, jako niezgodna z warunkami zamówienia i jako oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 i

pkt 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego kwestii związanej ze złożonym przez Wykonawcę pismem z dnia 20 października 2021 roku, wskazać należy, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - „ W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofen 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 art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści'

Przepis ten wskazując jedyny dopuszczalny sposób komunikowania się Zamawiającego z Wykonawcą w zakresie wyjaśniania treści oferty, uniemożliwia tym samym przyjęcie jakichkolwiek wyjaśnień treści ofert, które nie były żądane przez Zamawiającego, złożonych z własnej inicjatywy przez Wykonawcę.(zob. Dzierżanowski Włodzimierz i in. , Prawo zamówień publicznych, Komentarz. Opublikowano WKP 202 f)

Ponadto, biorąc pod uwagę mnogość możliwych wariantów poprawy oferty Odwołującego i brak możliwości jednoznacznego ustalenia, która z wartości (kwot) podanych przez Odwołującego jest tą właściwą, która ma decydujący wpływ na pozostałe, jakakolwiek próba uzyskania przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego, co do treści złożonej przez niego oferty stanowiłaby negocjacje dotyczące złożonej przez Odwołującego oferty, co jest niedopuszczalne

Należy dodatkowo wskazać, iż Odwołujący złożył pismo z dnia 20 października 2021 już po opublikowaniu przez Zamawiającego informacji z otwarcia ofert, która to informacja została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 15 października 2021 roku. Tym samym

Odwołujący złożył pismo z dnia 20 października 2021 roku, posiadając już wiedzę, jakie ceny zaoferowali pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu KA-2/084/2021.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego (oraz ofertę Lodrom Sp. z o.o.) i słusznie dokonał wyboru oferty BAUEREN Sp. z o.o. jako

najkorzystniejszej w postępowaniu KA-2-084/2021.

Tym samym Zamawiający prawidłowo zastosował art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a wszelkie stawiane przez Odwołującego zarzuty w tym zakresie uznać należy za nieuzasadnione.

III. Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe, w szczególności fakt, iż wszystkie zarzuty formułowane w

odwołaniu są nieuzasadnione, a tym samym Zamawiający nie dopuścił się żadnego z zarzucanych mu naruszeń, Zamawiający wnosi o oddalenie w całości odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba na podstawie przeprowadzonego w sprawie postępowania wyjaśniającego oraz dowodowego w związku z przekazaną dokumentacją przez zamawiającego i wskazanymi przez strony w pismach, na posiedzeniu oraz rozprawie dokumentów z akt zamawiającego, włączonych do sprawy oraz złożonych pism w sprawie, jak i wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych do protokołu na posiedzeniu i rozprawie, uwzględniła odwołanie i podzieliła argumentację formalną i prawną odwołania.

Izba nie podzieliła wniosku zamawiającego co do odrzucenia odwołania, ponieważ w ocenie Izby nie potwierdziły się żadne z przesłanek ustawowych nakazujących odrzucenie odwołania, określonych w art. 528 Pzp w tym co do odwołującego jako podmiotu nieuprawnionego, jako przesłanki wskazywanej przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jak i na posiedzeniu. Odwołujący złożył w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę i zaskarżył czynność zamawiającego odrzucenia jego oferty, w ustawowym terminie (dnia 24 listopada 2021r. decyzja zamawiającego co do odrzucenia oferty odwołującego, doręczona w dniu 25 listopada 2021r. i odwołanie złożone w dniu 29 listopada 2021 roku).

Izba nie uwzględniając wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na posiedzeniu wskazała (protokół posiedzenia/rozprawy z dnia 13 grudnia 2021r. - akta sprawy), że co najwyżej argumentacja zamawiającego może być rozpatrywana, w zakresie braku interesu w uzyskaniu zamówienia, a co przekłada się na badanie przez Izbę w myśl art. 505 ust.1 Pzp prawa do wniesienia odwołania. Zamawiający podnosił, że brak interesu w uzyskaniu zamówienia wynika z faktu, że oferta odwołującego, w przypadku unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zajmie pierwszej pozycji w rankingu ofert, ponieważ z tych samych powodów co ofertę odwołującego, odrzucono ofertę spółki Lodrom sp. z o.o. z s. w Krakowie, a ona jest korzystniejsza cenowo od oferty odwołującego. Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom zamawiającego, powołując się na punktację, jaką uzyska w przypadku przywrócenia jego oferty do procedury przetargowej, w zakresie doświadczenia zawodowego twierdząc, że jego oferta będzie najkorzystniejsza, również w stosunku do oferty spółki Lodrom sp. z o.o. z s. w Krakowie. Izba przy rozstrzyganiu wniosku zamawiającego co do braku prawa wniesienia odwołania, wzięła pod uwagę okoliczność, że obydwie oferty to jest odwołującego i spółki Lodrom sp. z o.o. w s. w Krakowie zostały odrzucone, czyli nie podlegały ocenie przez zamawiającego w zakresie przyznania punktacji zgodnie z SWZ. Ponadto Izba wzięła pod uwagę przy ocenie, czy odwołujący posiada skuteczne prawo wniesienia odwołania fakt, że spółka Lodrom sp. z o.o. z s. w Krakowie nie zaskarżyła w ustawowym terminie czynności odrzucenia jej oferty, jak to uczynił odwołujący, a co wskazuje na brak zainteresowania kontynuowaniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Reasumując wniosek zamawiającego o braku interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego ma charakter hipotetyczny to jest nie rzeczywisty, ponieważ zamawiający w zakresie przyznawania punktacji czy to ofercie odwołującego, czy to ofercie spółki Lodrom sp. z o.o. z s. w Krakowie, nie wykonywał czynności oceny tych ofert. Ponadto jak dodatkowo podnosił odwołujący mogłaby być przez niego oferta spółki Lodrom sp. z o.o. z s. w Krakowie zaskarżona z powodu rażąco niskiej ceny, a co wykazywał już w odwołaniu w zakresie wyceny jednorazowego wykonania nadzoru autorskiego dokumentacji projektowej (odwołanie - wstępna część niniejszego uzasadnienia).

W zaistniałych okolicznościach w sprawie, a opisanych powyżej Izba nie odmawia odwołującemu prawa do wniesienia odwołania w rozumieniu art.505 Pzp.

Izba odnosząc się do zarzutów odwołania i wniosku o jego uwzględnienie, podzieliła argumentację odwołującego, przede wszystkim z powodu faktu, że zgodnie z Pkt 20 SWZ

wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej ma charakter ryczałtu, a nie wynagrodzenia kosztorysowego. W tej sytuacji podział wynagrodzenia na trzy części, związany z trzema etapami odbioru dokumentacji i płatności za te części ma charakter porządkowy, formalny i został narzucony przez zamawiającego, bez względu na rozłożenie kosztów po stronie wykonawcy za wyodrębnione trzy części odbioru dokumentacji i wykonywane czynności z tym związane. Zamawiający co do zasady słusznie w praktyce określają podział wynagrodzenia ryczałtowego za poszczególne części dokumentacji projektowej, przydzielając im udział ściśle określony procentowo, w stosunku do całości wynagrodzenia ryczałtowego, według rozeznania zamawiającego co do ponoszonych w praktyce kosztów. Dzięki takiej praktyce zamawiający przede wszystkim unikają zapłaty wynagrodzenia z góry, to jest bez względu na koszty i wynagrodzenie poniesione przez wykonawcę na poszczególne etapy projektowania, a co w praktyce może sprowadzać się do zaliczkowania wynagrodzenia, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, a nie wynagrodzeniu kosztorysowym. Narzucony podział wypłaty wynagrodzenia ryczałtowego może być przy wynagrodzeniu ryczałtowym, co ma miejsce w niniejszej rozpatrywanej sprawie. Charakter ceny jako ryczałtowej został potwierdzony w postanowieniach Pkt 20 Opis Sposobu Obliczenia Ceny SWZ (cena ryczałtowa za wykonanie dokumentacji). W związku z powyższym Izba uznaje za bezprzedmiotowe argumenty odpowiedzi na odwołanie co do teoretycznych możliwości podziału kwoty całkowitego wynagrodzenia, uznając podział kwoty całkowitej jako wtórny to jest narzucony z góry postanowieniami SWZ i mający charakter formalny, a nie merytoryczny (faktycznie poniesione koszty), za czym przemawia charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Obowiązek zamawiającego w tej sytuacji kwalifikuje się do innej omyłki powodującej niezgodność oferty z warunkami zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. O treści oferty stanowi przedmiot zamówienia i wynagrodzenie. W zaistniałej sytuacji przedmiot zamówienia nie ulega zmianie, jak i nie ulega zmianie wynagrodzenie określone jako ryczałt. Obowiązek zamawiającego poprawienia podziału kwoty ryczałtu w ofercie odwołującego znajduje swoje uzasadnienie i źródło w postanowieniach narzuconych przez zamawiającego w pkt 20 SWZ i sprowadza się do zastosowania art.223 ust.2 pkt 3 Pzp.

Izba nie podzieliła również argumentacji wskazywanej w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie przez zamawiającego co do niedookreślenia zarzutów, jak i żądań, w ocenie Izby sformułowanych jednoznacznie i wyczerpująco. Odwołujący domaga się unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, przywrócenia oferty odwołującego do postępowania przez poprawienie oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust.2 Pzp, doprowadzając do zgodności co do podziału ryczałtu na trzy części zgodnie z Pkt 20 SWZ.

Przywołując zaskarżone czynności zamawiającego, zarzuty i żądania odwołania, przedstawione we wstępnej części uzasadnienia, Izba ponownie przedstawia je jak poniżej.

„Działając w imieniu spółki Pracownie Konserwacji Zabytków „Arkona” sp. z o.o. (dalej jako: Odwołujący), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności:

1. oceny ofert, a następnie wyboru przez Zamawiającego w dniu 24.11.2021 r. znak sprawy: KA-2/084/2021 oferty BAUREN sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Rybniku, ul. Świerkłańska 12, 44-200 Rybnik jako oferty najkorzystniejszej z zaoferowaną ceną 589.170,00 zł w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji - Opracowanie wielobranżowej dokumentacji

projektowej zamiennej oraz kosztorysowej dla zadania: Budowa budynku Centrum

Pro-Ekologicznych technologii energetycznych(CePTE) wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi przy al. Jana Pawła II w Krakowie na działkach nr 21/169, 21/274, 21/275,21/277 obr. 6 Nowa Huta wraz z niezbędnymi uzgodnieniami, pozwoleniami, odstępstwem w

ramach zadania inwestycyjnego pn. centrum Proekologicznych Technologii

energetycznych (CePTE) al. Jana Pawła II, Kraków”, o którym ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych - ogłoszenie nr 2021/BZP 00197385/01 z dnia 30.09.2021 r.

2. odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego we wskazanym w pkt 1 powyżej postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. w zakresie czynności z pkt 1: art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie oceny ofert i wybór oferty BAUREN sp. z o.o. sp. k. jako

oferty najkorzystniejszej, przedstawiającej najkorzystniejszą ofertę, pomimo faktu, iż przeprowadzona ocena była niepełna z uwagi na nieuwzględnienie w jej ramach oferty Odwołującego, a co za tym idzie ocena ta nie mogła stanowić podstawy dla czynności wyboru powyższej oferty,

2. w zakresie czynności z pkt 2: art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 w związku z art. 223 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,

pomimo braku ku temu jakichkolwiek podstaw.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego - oceny ofert oraz wyboru oferty BAUREN sp. z o.o. sp. k., jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego,
4. nakazanie powtórzenia oceny ofert przez Zamawiającego z uwzględnieniem w jej ramach oferty Odwołującego,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W samym wstępie uzasadnienia odwołania wskazano jak poniżej.

Zamawiający powiadomił Odwołującego, pismem datowanym na dzień 24.11.2021 r.

zamieszczonym na platformie przetargowej w dniu 25.11.2021 r. o wyborze

najkorzystniejszej oferty złożonej przez BAUREN sp. z o.o. sp. k., a zarazem o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący podnosi, iż czynność Zamawiającego polegająca na wyborze przedmiotowej oferty jest wadliwa, a co za tym idzie nie może się ostać w obrocie prawnym z uwagi na fakt, iż poprzedzona została bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, a w związku z tym niepełną i wadliwą oceną ofert.

Odwołujący pismem z dnia 20.10.2021 r. poinformował Zamawiającego, iż złożona przez niego w dniu 14.10.2021 r. oferta zawiera oczywistą omyłkę, wymagającą jej sprostowania (odpis pisma Odwołującego w załączeniu). W przedłożonej ofercie w sposób błędny wskazał bowiem podział procentowy kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia na etapy (wymóg SWZ pkt. 20 Opis sposobu obliczania ceny). Wbrew wymaganiom na skutek omyłki podział kwoty określono w ten sposób, iż etap I obejmie 40% ceny, etap II a - 40%, etap II b - 20%, podczas gdy zgodnie z wymogami SWZ stosunek procentowy winien zostać przedstawiony w stosunku: etap I - 30%, etap II a - 40%, etap II b - 30%.

Przedmiotowe uchybienie w zakresie podziału procentowego kwoty nie wpływało jednakże na cenę zamówienia przedstawioną w ofercie, tj. kwotę 546.120,00 zł. Powyższa oczywista omyłka, z uwagi na brak jej wpływu na kwotę całkowitą przedstawioną w ofercie, uznana winna zostać za błąd niemający istotnego znaczenia dla treści oferty, w tym niepowodujący istotnych zmian w jej treści.

Zamawiający jednakże nie ustosunkował się do ww. pisma w jakikolwiek sposób, odrzucając arbitralnie jednocześnie ofertę Odwołującego.

W treści zawiadomienia z dnia 24.11.2021 r. Zamawiający wskazał, iż podstawą odrzucenia oferty była jej niezgodność z warunkami zamówienia. Zamawiający powołał się na brak posiadania przez niego wiedzy, w jaki sposób należałoby ww.

omyłkę sprostować, pomimo, tego, iż Odwołujący niezwłocznie po dostrzeżeniu uchybienia poinformował go, w jaki sposób dokonał podziału prac na poszczególne etapy i w jakim zakresie przedmiotowa pomyłka powinna zostać skorygowana.

Znamienne znaczenie ma okoliczność, iż wadliwe określenie w tym zakresie, nie wpływało na całłościowy zakres i wartość prac.

Co do zarzutu zamawiającego niedoprecyzowania zarzutu przez fakt powołania się na art.223 ust.2 bez wskazania pkt 3 Pzp nie niweczy prawidłowości postawionego zarzutu ani żądania zwłaszcza w kontekście przywołania i opisanie w uzasadnieniu odwołania przesłanki obligującej zamawiającego do działań opisanych w art.223 ust.2

pkt 3 Pzp.

Podsumowując rozpatrywany przypadek, należy mieć na względzie, że to zamawiający narzucił sposób podziału wynagrodzenia ryczałtowego na trzy części (30,40,30,%) w dokumencie SWZ. Stąd źródłem wiedzy dla zamawiającego, jak sanować podział kwoty wynagrodzenia ryczałtowego w ofercie odwołującego, są postanowienia zawarte w Pkt 20 SWZ, czy też przywoływany i cytowany przez zamawiającego § 8 Wynagrodzenie. Płatności. postanowień wzorca umowy. Na marginesie, również przywoływana argumentacja, przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, co do możliwego błędu w obliczeniu ceny nie znajduje

usprawiedliwienia wobec hipotetycznego charakteru tak postawionego zarzutu

zamawiającego, to jest nie opartego o jakiegokolwiek uzasadnienie faktyczne i prawne.

Wobec powyższego odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego, narusza wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania, w myśl art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 7.500,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz koszty w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 złotych.

Przewodniczący: