

Sygn. akt: KIO 185/22

WYROK

z dnia 8 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022 r. przez wykonawcę S.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Voltex S. K. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Miasta Łodzi z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Voltex S. K. w Łodzi i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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 185/22

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wolbrom prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Wykonanie usługi polegającej na bieżącym utrzymaniu zalicznikowych instalacji i urządzeń niskiego napięcia zlokalizowanych w rejonie obiektów inżynierskich na terenie miasta Łodzi” (nr ref. DSR-ZP-VII.271.34.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00308199. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 24 stycznia 2022 r. wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Voltex S. K. w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności poprawienia ceny oferty Odwołującego i odrzucenia jego oferty z uwagi na brak udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 1-3 ustawy Pzp polegające na wadliwym uznaniu przez Zamawiającego, iż w ofercie Odwołującego zaistniał oczywisty błąd rachunkowy i poprawienie tego błędu poprzez arbitralne obniżenie ceny całkowitej oferty Odwołującego;

2. art. 224 ust. 1-6 ustawy Pzp polegające na tym, iż mimo że oferta Odwołującego, po jego wyjaśnieniach, nie powinna budzić wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia takich wyjaśnień, po bezpodstawnym przyjęciu, iż ich nie otrzymał, z tego powodu wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu sprostowania oczywistej omyłki oferty Odwołującego w zakresie ceny jednostkowej za 1 miesiąc utrzymania z kwoty 14 000,00 zł brutto na kwotę 17 220,00 zł brutto, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na poprawieniu oferty Odwołującego w zakresie ceny całkowitej na kwotę 168 000,00 zł brutto i w to miejsce przyjęcie, iż całkowita cena z oferty Odwołującego wynosi 206 604,00 zł brutto, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności ponownego badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, iż Zamawiający poprawiając omyłkę rachunkową na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp powinien wyznaczyć wykonawcy zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy Pzp termin na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie spełnił warunków poprawienia omyłki rachunkowej, gdyż nie wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, a ponadto Odwołujący w piśmie z dnia 24 grudnia 2021 r. dał wyraz temu, iż nie akceptuje zmiany oferty w sposób, w jaki dokonał tego Zamawiający, wyjaśniając jednocześnie, że cena usługi jest podana prawidłowo i wynosi 206.640 zł. A dodatkowo wyjaśnił, że omyłka wyniknęła z niewłaściwego podania ceny dotyczącej poszczególnego miesiąca za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający w ogóle nie uwzględnił w tym zakresie oświadczeń Odwołującego, czym dodatkowo naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie, przy czym dotyczy to wyłącznie oczywistych obliczeń rachunkowych i matematycznych. Istotne jest, iż aby to zrobić Zamawiający musi mieć pewność w jaki sposób poprawić oczywistą omyłkę rachunkową. W omawianej sprawie Zamawiający takiej pewności nie mógł mieć, gdyż charakter omawianej omyłki nie miał przymiotu oczywistości. W rezultacie Zamawiający z zachowaniem należytej staranności powinien dokonać oceny czy dysponuje on wszystkimi niezbędnymi informacjami do poprawienia omyłki Odwołującego, a jeżeli informacjami tymi nie dysponował lub z okoliczności wynikało, że mógł mieć wątpliwości powinien zażądać informacji od Odwołującego w tym zakresie. Zamawiający nie tylko nie podjął jakiegokolwiek inicjatywy, aby wyjaśnić wątpliwości odnośnie potencjalnej omyłki rachunkowej, ale wręcz zignorował takie wyjaśnienia, które złożył mu Odwołujący.

Dalej Odwołujący podniósł, iż w SWZ Zamawiający nie wskazał jakimi zasadami/algoritmem będzie się kierował przy stwierdzeniu omyłek w treści złożonych ofert. W pkt. 23 SWZ Zamawiający określił jedynie, iż cena oferty jest ryczałtowa i powinna być wyliczona zgodnie z pkt. 5 Formularza Oferty. W rezultacie Zamawiający całkowicie arbitralny i dowolny uznał, nie mając ku temu podstaw w SWZ, uznał że omawiany błąd stanowi omyłkę rachunkową Odwołującego. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt KIO 433/11. Wskazał również, że z pkt 23 SWZ nie wynika w sposób jasny i jednoznaczny, że cenę za realizację całości zamówienia należało obliczyć jako sumę cen ryczałtowych za poszczególne miesiące realizacji usługi. Z punktu tego wynika, wyłącznie, iż cena ofertowa ma mieć charakter ryczałtowy brutto (z VAT) i ma być wskazana w pkt 5 Formularza ofertowego. W konsekwencji z postanowienia tego wyniku, iż Zamawiający powinien brać pod uwagę - nie ceny jednostkowe - ale wyłącznie całkowitą cenę brutto Zamówienia. Zamawiający był więc związany ostateczną ceną brutto, a nie cenami jednostkowymi, nie powinien więc ceny tej dowolnie zmieniać, uzasadniając to rzekomym błędem rachunkowym. Zamiast bowiem poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej doszło w ten sposób do dokonania istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. Wskazał, iż w ww. wyroku Izba zanegowała praktykę, polegającą na arbitralnym dokonaniu „korekty” ceny oferty, zobowiązując jednocześnie Odwołującego do wykazania, że po dokonaniu, w ten sposób, znaczącym obniżeniu ceny, nie ma ona znamion ceny rażąco niskiej. W takim przypadku, jeśli Zamawiający miałby jakiegokolwiek wątpliwości zakresie ceny mógł skorzystać z dodatkowych wyjaśnień odnośnie sposobu wyliczenia ceny. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie tylko zaniechał z własnej inicjatywy żądania tych wyjaśnień, ale mając takie wyjaśnienia od Odwołującego nadal podtrzymywał samodzielnie skorygowaną cenę ofertową Odwołującego. Odwołujący powołał się w tym zakresie także na opinię UZP dotyczącą omyłek i błędów w ofertach wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż w omawianym przypadku gdyby przyjąć, że zaszła omyłka

rachunkowa, Zamawiający nie był uprawniony do jej arbitralnego poprawienia, uwzględniając stanowisko Odwołującego odnośnie braku zgody na jej zmianę i dodatkowe wyjaśnienia z pisma Odwołującego z dnia 24 grudnia 2021 r. Gdyby natomiast przyjąć, iż błąd Odwołującego stanowi oczywistą omyłkę, inną niż rachunkowa, omyłka ta również powinna być sprostowana przez Zamawiającego, w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego z tego samego pisma. W jednej i drugiej sytuacji Zamawiający postąpił wadliwie nie korygując tej pomyłki adekwatnie do wyjaśnień Odwołującego czym naruszył art. 223 ust. 1, ust. 2 pkt. 1 i 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje swoje wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 24 grudnia 2021 r. wskazując, iż nie wyraża zgody na poprawkę omawianej omyłki w ten sposób, aby w pkt. 5 Formularza Oferty, zmienić cenę całkowitą zamówienia, z kwoty 206.640,00 zł brutto, na kwotę 168.000,00 zł brutto. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił, iż w Formularzu omyłkowo wskazał w lp. 2 kwotę jednomiesięcznego utrzymania w wysokości 14.000 zł brutto, gdy tymczasem prawidłowa jednomiesięczna kwota powinna wynieść 17.220,00 zł brutto. Odwołujący załączył do odwołania wypełniony Formularz Oferty, ze wskazaniem właściwej wartości pozycji odnoszącej się do jednomiesięcznego utrzymania oraz właściwej ceny całości oferty.

Odwołujący podniósł ponadto, iż Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na to, iż nie złożył wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Wskazał, iż bezpodstawne było żądanie złożenia wyjaśnień, odnośnie rażąco niskiej ceny, w sytuacji, jeżeli cenę tą Zamawiający samodzielnie obniżył do poziomu potencjalnie rażąco niskiej, mimo nie budzących wątpliwości wyjaśnień Odwołującego, z których wynikało, iż cena ta nie powinna być obniżona. W tej sytuacji samo w sobie obniżenie tej ceny przez Zamawiającego było niedozwoloną ingerencją w ofertę Odwołującego, którą Zamawiający był związany. Nadto, zdaniem Odwołującego, nie do pogodzenia z logiką postępowania jest żądanie wyjaśniania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, która pierwotnie była ceną wskazaną przez wykonawcę, ale została obniżona przez Zamawiającego. W jaki sposób Zamawiający oczekiwałby, że wykonawca będzie merytorycznie bronił tak „skorygowanej” ceny. Istota wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny opiera się bowiem na założeniu, że to wykonawca, jako autor oferty, jest w stanie merytorycznie jej bronić, uwzględniając założenia, które sam mógł przyjąć. Wykonawca nie ma natomiast możliwości obrony rażąco niskiej ceny, której nie jest autorem, a która została wskazana przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego błąd Zamawiającego polegał na tym, iż mimo uzyskanego jednoznacznego stanowiska Odwołującego, odnoszącego się do wyjaśnienia ceny oferty, Zamawiający nie uwzględnił tych wyjaśnień (podtrzymując poprawność własnej korekty omyłki rachunkowej) i niejako automatycznie przeszedł do zobligowania Odwołującego do żądania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W konsekwencji błąd Zamawiającego na jednym etapie postępowania (etapie poprawienia omyłki), spowodował kolejny błąd na dalszym etapie tj. niezasadne żądanie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Mając na względzie powyższe nie można przyjąć, iż Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, z uwagi na nie złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący adekwatnie do sytuacji odniósł się bowiem do takiego żądania Zamawiającego, tzn. nie zlekceważył go, odpowiedział na takie żądanie, z tym iż wyraźnie i logicznie wskazał, że wyjaśnienia, w zakresie rażąco niskiej ceny, są bezcelowe skoro nie zaistniała okoliczność ujawnienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przyjmując bowiem pierwotną cenę Odwołującego nie była ona o co najmniej 30% niższa od przyjętej wartości zamówienia i nie spełniała kryteriów z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Z tych względów Zamawiający naruszył art. 224 ust. 6 ustawy Pzp bezpodstawnie przyjmując, iż Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, czego skutkiem było odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający w dniu 3 lutego 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający podniósł w szczególności, iż formułowanie zarzutów co do sposobu poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego jest na tym etapie postępowania spóźnione, ponieważ Odwołujący dowiedział się o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie w dniu 21 grudnia 2021 r. Odwołujący nie skorzystał wówczas ze środków ochrony prawnej, a złożył tylko w dniu 3 stycznia 2022 r. wniosek o anulowanie czynności poprawienia omyłki rachunkowej, do którego uwzględnienia Zamawiający nie był zobowiązany. Czynność poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego nie została zatem skutecznie zakwestionowana. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Izby. Zdaniem Zamawiającego złożone przez Odwołującego w dniu 24 grudnia 2022 r. pismo ograniczające się do stwierdzenia, że cena brutto wynosi 206 640 zł, a Odwołujący popełnił błąd przy wpisaniu ceny brutto za jeden miesiąc świadczenia usługi, nie może zostać uznane za zawierające wystarczające wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, iż dokonał poprawienia oferty Odwołującego w sposób prawidłowy. Podniósł, iż pkt 23 SWZ „Sposób obliczenia ceny” referuje do punktu 5

Formularza ofertowego, w którym określono sposób obliczenia ceny - zgodnie z opisem kol. 3 „Cena brutto świadczenia usługi za 12 m-cy (kol. 1 x kol. 2) winna być obliczona zgodnie z logiką matematyczną, tj. kol. 1 „Ilość miesięcy świadczenia usługi” przemnożona przez kol. 2

„Cena brutto za 1 miesiąc utrzymania.” Zamawiający zatem dokładnie określił sposób obliczenia ceny w kolumnie 3 wskazując, że w tym celu należy pomnożyć wartość kolumny 1 i 2. Dokonując poprawy oczywistej omyłki rachunkowej Zamawiający wykonał dokładnie taką operację, jaka została określona w opisie kolumny 3 Formularza ofertowego, tj. pomnożył liczbę 12 miesięcy z kol. 1 przez wskazaną przez Odwołującego w kol. 2 cenę za 1 miesiąc utrzymania 14 000 zł brutto, a uzyskany wynik (168 000 zł) przyjął jako prawidłową wartość, która powinna znaleźć się w kol.3. Zamawiający przywołał także w piśmie orzecznictwo Izby odnoszące się do oczywistej omyłki rachunkowej. Podkreślił, że w przedmiotowej sprawie dla ustalenia wystąpienia omyłki rachunkowej wystarczającym było sprawdzenie prostych obliczeń polegających na przemnożeniu dwóch wartości liczbowych i nie budziła jego wątpliwości oczywistość tej omyłki. Dodał, że był to jedyny sposób poprawienia oferty Odwołującego samodzielnie, bez wyjaśnień ze strony Odwołującego. SWZ zawierała jasne wytyczne dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty, odsyłając do formularza ofertowego. Również formularz ofertowy był opisany w sposób przejrzysty i zrozumiały.

Zamawiający wskazał także, iż sugerowanemu przez Odwołującego sposobowi poprawienia omyłki w jego ofercie sprzeciwia się treść art. 223 ust. 1 ustawy Pzp interpretowana przez pryzmat zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie dysponował żadnymi danymi pozwalającymi na stwierdzenie, że podana przez Odwołującego cena brutto 1 miesiąca świadczenia usługi została wpisana tam błędnie. Odwołujący nie wyjaśnił, z jakiego powodu Zamawiający miałby dokonywać obliczeń w inny sposób, niż określony przez niego w SWZ sposób obliczenia ceny. Dopuszczenie do takiego sposobu poprawienia omyłki mogłoby pozwolić Odwołującemu na korzystne ukształtowanie ceny za 1 miesiąc świadczenia usługi po otwarciu ofert, a więc w sytuacji, w której już zapoznał się z cenami proponowanymi przez innych oferentów. Zamawiający, powołując się na § 6 projektu umowy, wskazał także, że cena jednostkowa brutto za jeden miesiąc ma istotne znaczenie dla wartości całej oferty, ponieważ stanowi podstawę rozliczenia Zamawiającego z wykonawcą. Poprawienie tego elementu wynagrodzenia Wykonawcy mogłoby zatem mieć miejsce wyłącznie wówczas, gdyby jego oferta dawała ku temu wyraźne podstawy. W przedmiotowym przypadku takich podstaw nie było.

Zamawiający zauważył ponadto, iż nawet gdyby Zamawiający uznał, że omyłka w ofercie Odwołującego jest omyłką z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to sposób jej poprawienia mógłby być wyłącznie taki sam, jak dokonany przez Zamawiającego. Powołując się na poglądy doktryny, Zamawiający wskazał, iż nie dysponował żadnymi wynikającymi z oferty informacjami, które mogłyby wskazywać na popełnienie przez wykonawcę błędu w wypełnieniu kolumny 2 Formularza ofertowego. Co więcej, nawet w odwołaniu nie zostały określone te elementy oferty, które miałyby, przynajmniej w ocenie Odwołującego, wskazywać na tego typu błąd. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie sprowadza się wyłącznie do przedstawiania własnego stanowiska w tym względzie, które jednak w żaden sposób nie wynika z treści oferty. Zamawiający poprawiłby zatem omyłkę w taki sam sposób, sposób obliczenia ceny został bowiem określony w formularzu ofertowym. Z treści odwołania wprost wynika, że Odwołujący nie wyraża zgody na tak ustaloną cenę całkowitą, a wobec braku zgody oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał też, że do wystosowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zobowiązywały go przepisy (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny oferty, nie przedstawił także żadnych dowodów, na których podstawie Zamawiający mógłby powziąć informację, iż de facto omyłka faktycznie wystąpiła i jest działaniem niezamierzonym a nie podjętą próbą negocjacji ceny, która to czynność zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest niedozwolona. Odwołujący nie uwiarygodnił także w żaden sposób swojego oświadczenia o pomyłce. Zamawiający podkreślił, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wobec stanowiska Zamawiającego co do poprawności jego czynności polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej i jednoczesnego braku jakichkolwiek wyjaśnień Odwołującego co do rażąco niskiej ceny, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowiło obowiązek Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego, pismo Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2021 r. o poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego i wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pisma Odwołującego z dnia 24 grudnia 2021 r. oraz 3 stycznia 2022 r., pismo Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2022 r., informację z dnia 18 stycznia 2022 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi polegającej na bieżącym utrzymaniu zlicznikowych instalacji i urządzeń niskiego napięcia zlokalizowanych w rejonie obiektów inżynierskich na terenie miasta Łodzi.

Zgodnie z pkt 21.12.1 SWZ na ofertę składał się m.in. Formularz ofertowy przygotowany według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ. W pkt 23 SWZ określono sposób obliczenia ceny, wskazując m.in., iż ceną ofertową wymienioną w Formularzu ofertowym jest wyrażona w złotych polskich (PLN) ryczałtowa cena oferty brutto (VAT) za wykonanie przedmiotu zamówienia, wskazana w pkt 5 Formularza ofertowego (pkt 23.1 SWZ). Zgodnie z pkt 23.2 SWZ cena ofertowa winna zostać obliczona zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego Formularzem ofertowym - załącznik nr 2 do SWZ. W pkt 5.3 formularza ofertowego zawarta została tabela, w której wskazano w kolumnie 1 ilość miesięcy świadczenia usługi określoną w poz. 1 tabeli na 12 miesięcy. Wykonawcy mieli uzupełnić tabelę wpisując w poz. 1 w kolumnie 2 „cenę brutto (PLN) za 1 miesiąc utrzymania” a w kolumnie 3 „cenę brutto świadczenia usługi za 12 m-cy (PLN) (kol. 1 x kol. 2)”.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty. Odwołujący w formularzu ofertowym w pkt 5.3 wskazał w kol. 2 cenę brutto (PLN) za 1 miesiąc utrzymania - 14 000,00, a w kol. 3 cenę brutto świadczenia usługi za 12 m-cy (PLN) (kol. 1 x kol. 2) - 206 640,00.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2021 r. powiadomił Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki rachunkowej. Zamawiający wskazał, iż poprawił w ofercie Odwołującego oczywistą omyłkę rachunkową z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki, polegającą na nieprawidłowym wyliczeniu końcowej ceny brutto w formularzu ofertowym w pkt 5.3, poprawiając w kolumnie 3 kwotę 206 640,00 zł brutto na 168 000 zł brutto.

Jednocześnie w dniu 21 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż odbiega ona o 35,96% od wartości zamówienia i o 31,6% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a zatem wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Zamawiający poinformował, że wyjaśnienia wykonawcy, aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter wyczerpujący, konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, wskazujący na okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny. Załączone na poparcie wyjaśnień dowody winny potwierdzać realność wykonania, zgodnie z SWZ przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zamawiający wskazał, iż dokonując oceny przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień, będzie miał na względzie, czy zaoferowana przez wykonawcę cena brutto oferty nie została ustalona na zaniżonym poziomie, co powodowałoby, że zamówienie nie jest możliwe do wykonania za oferowaną cenę, bez ryzyka poniesienia straty przez wykonawcę, a także czy zaproponowana w Formularzu

ofertowym cena jest realna oraz czy znajduje oparcie w danych warunkach gospodarczych i daje możliwość wykonania przez Wykonawcę zamówienia. Poinformował także wykonawcę o treści art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Odwołujący w piśmie z dnia 24 grudnia 2021 r. wskazał, iż cena brutto świadczenia usługi za 12 miesięcy podana jest prawidłowo i wynosi 206 640 zł. Natomiast cena brutto za jeden miesiąc utrzymania została omyłkowo wskazana na kwotę 14 000 zł (kwota netto), podczas gdy prawidłowo powinno być 17 220 zł brutto. W związku z powstałą oczywistą omyłką Odwołujący wskazał, iż zamiast 14 000 zł w rubryce „Cena brutto (PLN) za 1 miesiąc utrzymania” powinna być kwota 17 220 zł i że nieaktualne staje się złożenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący w piśmie z dnia 3 stycznia 2022 r. wniósł o anulowanie czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 21.12.2021 r., uznanie wyjaśnień wykonawcy w zakresie bezprzedmiotowości wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie

obliczenia ceny oferty i zastosowanie art 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie dokonania

poprawienia innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści złożonej oferty. Odwołujący wskazał, iż stwierdzenie przez Zamawiającego, że oferta zawiera oczywistą omyłkę rachunkową jest naruszeniem zasady określonej w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie, które wynikają z dokonania błędnych obliczeń rachunkowych, matematycznych. Ważne jest jednak to, że Zamawiający musi mieć pewność w jaki sposób poprawić oczywistą omyłkę rachunkową. W rozpatrywanym przypadku, Zamawiający takiej pewności nie miał, gdyż charakter tej omyłki nie ma przymiotu oczywistości. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien najpierw dokonać oceny czy dysponuje on wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłki bez ingerencji wykonawcy, a jeśli takimi danymi nie dysponował lub miał wątpliwości co do zakresu tej omyłki zobowiązany był do zastosowania instytucji określonej art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca podniósł ponadto, iż w treści SWZ Zamawiający nie wskazał jakimi zasadami/algoritmem będzie się kierował po stwierdzeniu omyłek w treściach złożonych ofert. Zamawiający określił jedynie w pkt 23 SWZ, że cena oferty jest ceną ryczałtową i winna być określona w pkt 5 Formularza oferty. Zamawiający przy ocenie złożonej oferty winien uwzględnić art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Istotną innej omyłki określonej w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest obowiązek jest poprawienia i jej charakter czyli przypadkowy, niezamierzony błąd i że nie jest on spowodowany świadomym i celowym działaniem. Dlatego zdaniem wykonawcy działanie Zamawiającego polegające na stwierdzeniu oczywistej omyłki rachunkowej i dokonaniu jej poprawienia było przedwczesne. Obowiązkiem Zamawiającego było najpierw stwierdzenie charakteru zaistniałej omyłki a później dokonanie jej poprawienia zgodnie z zasadami określonymi w SWZ a jeśli ich nie ma z zasadami logiki. Instytucja „innej omyłki” znalazła się w przepisach Pzp właśnie dlatego by uniknąć przypadków odrzucania ofert z powodu takich pomyłek dopuszcza poprawienie błahych omyłek, niedopatrzeń czy też błędów niezamierzonych - jak w rozpatrywanym przypadku. Odnosząc się do nieistotności stwierdzonej omyłki wykonawca wskazał, że nawet dokonanie przez Zamawiającego czynności poprawienia innej omyłki, nie zmienia „rankingu złożonych ofert”. Nie ulega także wątpliwości, że złożona oferta odpowiada zakresem wymaganiom określonym w SWZ. Ten fakt powoduje, że Zamawiający powinien dokonać ustaleń w zakresie charakteru stwierdzonej omyłki i dopiero po tym uzyskaniu wyjaśnień, ocenić jaki przepis zastosować. Tym bardziej, że składając wyjaśnienia w zakresie „rzekomo rażąco niskiej ceny” Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu jaki charakter ma moja omyłka i że nie jest to omyłka rachunkowa. Niezamierzonym i przypadkowym błędem było określenie ceny jednostkowej bez VAT. Jednakże cena ofert określona w kolumnie 3 w pkt 5.3 Formularza oferty ją zawiera. Działając zgodnie z zapisami pkt 23 SWZ wykonawca wskazał prawidłową cenę za wykonanie całości zamówienia i jest ona określona w kwocie 206 640 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 13 stycznia 2022 r. odpowiedział na ww. wniosek wykonawcy, wskazując ponownie sposób, w jaki poprawił ofertę Odwołującego (jak w piśmie z dnia 21 grudnia 2021 r.). Wskazał, iż zgodnie z informacją zawartą w formularzu ofertowym, w kolumnie 3 winno być pomnożone kolumna 1 i kolumna 2. Zamawiający zwrócił uwagę, iż cena jednostkowa oferty brutto ma istotne znaczenie dla wartości całej oferty ponieważ umowa rozliczana jest co miesiąc za wykonane zadania. Zamawiający wskazał także, że nie może na wniosek wykonawcy zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż poprawiona omyłka jest oczywistą omyłką rachunkową wynikającą z obliczeń matematycznych. Zamawiający w jasny i precyzyjny sposób określił w formularzu cenowym sposób wyliczenia ceny oferty.

Zamawiający w dniu 18 stycznia 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na nie udzielenie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny w ofercie, co skutkuje jej odrzuceniem. Zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wyznaczonym przez

Zamawiającego terminie wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień. Udzielił jedynie informacji o pomylce w ofercie.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W odwołaniu wskazano dwa zarzuty - po pierwsze zarzucono naruszenie przez Zamawiającego art. 223 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie przez Zamawiającego, iż w ofercie Odwołującego zaistniał oczywisty błąd rachunkowy i poprawienie tego błędu przez arbitralne obniżenie ceny całkowitej oferty Odwołującego, a po drugie naruszenie art. 224 ust. 1-6 ustawy Pzp polegające na tym, iż mimo że oferta Odwołującego, po jego wyjaśnieniach, nie powinna budzić wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia takich wyjaśnień, po bezpodstawnym przyjęciu, iż ich nie otrzymał, z tego powodu wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego.

Izba stwierdziła, że zasadnicza część tych zarzutów została wniesiona z uchybieniem ustawowego terminu, co miało kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia. Dotyczy to w całości zarzutu pierwszego, tj. zarzutu dotyczącego poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, jak i zarzutu drugiego w części, w jakiej Odwołujący wskazuje na niezasadne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje m.in. na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. W przeciwieństwie do stanu prawnego obowiązującego na gruncie ustawy Pzp z 2004 r., kiedy to dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne określono zamknięty katalog przypadków, w których wykonawca był uprawniony do wniesienia odwołania, aktualnie w tego rodzaju postępowaniach odwołanie przysługuje co do zasady na każdą niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego i na każde zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Jedynym z warunków formalnych, od których uzależnione jest merytoryczne rozpoznanie odwołania przez Izbę, jest wniesienie go w określonym w ustawie Pzp terminie. Zgodnie z wyrażoną w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zasadą dla postępowań o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, niepodlegającym przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej. W świetle omawianej regulacji, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia przekazania wykonawcy informacji o czynności zamawiającego, która stanowi podstawę zaskarżenia. Należy w tym miejscu także zauważyć, że ustawodawca w art. 223 ust. 2 in fine ustawy Pzp nałożył na zamawiających obowiązek niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy o poprawieniu jego oferty. Wspomniany obowiązek informacyjny służy temu, aby zachowana została transparentność postępowania, a więc również temu, by wykonawca miał wiedzę o podejmowanych przez zamawiającego czynnościach i mógł wnieść wobec nich środki ochrony prawnej, aby poddać weryfikacji przez Izbę zgodność działania zamawiającego z prawem.

Nie było okolicznością sporną, że Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego w dniu 21 grudnia 2021 r. Odwołujący zatem już w dniu 21 grudnia 2021 r. powziął wiedzę o tym, że Zamawiający uznał błąd w pkt 5.3 formularza ofertowego Odwołującego za oczywistą omyłkę rachunkową, jak i dowiedział się o sposobie poprawienia przez Zamawiającego tej omyłki, tj. o zmianie wysokości łącznej ceny brutto wskazanej w kol. 3 tabeli, a nie o zmianie ceny brutto za 1 miesiąc świadczenia usługi. Również w tym samym dniu Odwołujący powziął wiedzę o kolejnej objętej odwołaniem czynności Zamawiającego - tj. o wezwaniu go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro więc informacja o obu tych czynnościach została Odwołującemu przekazana drogą elektroniczną w dniu 21 grudnia 2021 r., to termin na ich zaskarżenie zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp upływał 27 grudnia 2021 r. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z czynnościami Zamawiającego i uważał je za dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, to powinien zaskarżyć je w ww. terminie, czego jednak nie uczynił, porzestając

na przekazaniu Zamawiającemu pisma z wyjaśnieniem, że omyłka miała miejsce w cenie jednostkowej za miesiąc świadczenia usług.

Nie usprawiedliwia w tym zakresie Odwołującego podnoszony podczas rozprawy fakt, iż zarzuty nie są spóźnione, ponieważ Odwołujący odpowiedział na wezwania Zamawiającego, nie zgadzając się z dokonaną korektą ceny i liczył, że Zamawiający po udzielonych przez niego wyjaśnieniach zmieni swoje stanowisko. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, wobec którego wymaga się należytej staranności w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, a miernik tej należytej staranności jest w świetle art. 355 § 2 k.c. określany z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności, jest to więc miernik podwyższony. Ustawa Pzp w sposób jednoznaczny określa terminy na wniesienie odwołania, które w tym przypadku należało liczyć od przekazania Odwołującemu informacji o czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego i wezwaniu go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący licząc na zmianę stanowiska przez Zamawiającego i decydując się nie wnieść odwołania w zakreślonym w ustawie terminie, działał na własne ryzyko. Co więcej, Odwołujący nie zdecydował się wnieść odwołania nawet w sytuacji, gdy w odpowiedzi na jego wniosek z dnia 3 stycznia 2022 r. otrzymał od Zamawiającego kolejne pismo, podtrzymujące dotychczasowe stanowisko Zamawiającego.

Nie jest także zasadna argumentacja Odwołującego, iż Zamawiający powinien był wyznaczyć Odwołującemu termin na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Zauważyć należy, że art. 223 ust. 3 ustawy Pzp nakładający na Zamawiającego taki obowiązek odnosi się w swojej treści wyłącznie do przypadku, o którym mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego oczywistą omyłkę rachunkową działając na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem przepis art. 223 ust. 3 ustawy Pzp nie miał tu zastosowania.

Mając powyższe na względzie zarzuty odwołania w ww. zakresie nie mogły podlegać rozpoznaniu przez Izbę, prowadziłyby to bowiem do obejścia przepisów określających zawity termin na wniesienie odwołania. Ocenie Izby nie podlegała zatem kwestia prawidłowości czynności Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2021 r. polegających na poprawieniu omyłki w ofercie Odwołującego i wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji ocenie Izby mogła podlegać wyłącznie czynność Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2022 r. polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezłożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W przedmiotowej sprawie bezsporna była okoliczność, że Odwołujący nie złożył żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, co wyczerpywało dyspozycję ww. przepisu. Przyczyny niezłożenia wyjaśnień leżały w przyjęciu przez Odwołującego założenia, że skierowane przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było nieprawidłowe, co było z kolei konsekwencją nieprawidłowego (w ocenie Odwołującego) sposobu poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego przez Zamawiającego. Odwołujący jednak - jak wskazano powyżej - żadnej z tych czynności nie zaskarżył w terminie wynikającym z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, co powodowało, że stały się one wiążące. Trudno w takiej sytuacji przypisać Zamawiającemu wadliwość w działaniu polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, skoro Odwołujący nie wniósł odwołania na czynność poprawienia jego oferty ani na czynność wezwania go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, licząc, że Zamawiający przyzna mu rację i sam skoryguje swoje działania. Rozpoznawanie na obecnym etapie przez Izbę zasadności zwrócenia się przez Zamawiającego do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a siłą rzeczy w tym przypadku również prawidłowości poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, prowadziłyby do nieuprawnionej oceny zarzutów postawionych z uchybieniem ustawowego terminu na wniesienie odwołania.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 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).

Przewodniczący: