

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIBEP S.A., Introl Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bielsku Podlaskim

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy "Element" Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki w treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIBEP S.A., Introl Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bielsku Podlaskim, polegającej na obniżeniu wynagrodzenia określonego w Załączniku nr 9 do Umowy Serwisowej;

2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie:

dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu

od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot

kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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 772/22

UZASADNIENIE

PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa bloku gazowego w oparciu

o turbinę gazową z wodnym kotłem odzysknicowym w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach oraz umowa serwisowa dla Turbiny Gazowej”; nr postępowania: POST/PEC/PEC/UZS/00721/2021 (dalej jako „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 188-490106.

W dniu 21 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIBEP S.A., Introl Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bielsku Podlaskim, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu a polegających na:

1. uznaniu, iż w treści oferty odwołującego doszło do omyłki w zakresie zaoferowanego wynagrodzenia za wykonanie Umowy Serwisowej;

co w konsekwencji doprowadziło do:

2. nieuzasadnionego poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego w sposób, który polega na pomniejszeniu wynagrodzenia za wykonanie Prac Planowych wynikających z Umowy Serwisowej o 30%;

alternatywnie, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż powyższe czynności nie stanowią naruszenia przepisów Pzp:

3. zaniechania poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego w sposób, który polegałby na podwyższeniu wartości wynagrodzenia odwołującego z tytułu Wynagrodzenia netto za Umowę Serwisową (określonego w Formularzu oferty w pozycji 37 i 38) o 30%;

ewentualnie;

4. zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie ustalenia prawidłowego sposobu poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w stosunku do oferty odwołującego (Załącznika nr 9 do Umowy Serwisowej - Harmonogram kosztów serwisu, „Załącznik nr 9”), podczas gdy odwołujący wypełnił Załącznik nr 9 zgodnie w wymogami przedstawionymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), tj. przedstawił w

Załączniku nr 9 wartość wynagrodzenia za Prace Planowe zgodnie z ust. 4.2 Wzoru Umowy i tą samą wartość wynagrodzenia za wykonanie Umowy Serwisowej przedstawił w Formularzu Oferty w pozycji 37 i 38, co zostało błędnie odczytane przez zamawiającego jako wycena wszystkich trzech składników wynagrodzenia Umowy Serwisowej, podczas gdy z treści dokumentacji SWZ nie wynika, aby w treści Formularza Oferty (a ponad wszelką wątpliwość - w treści Załącznika nr 9) wskazywać należało wynagrodzenie za trzy elementy Umowy Serwisowej (a więc, poza Pracami Planowymi, również za Naprawy Nieplanowane oraz Prace Dodatkowe);

alternatywnie:

2. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie poprawy innej omyłki w treści oferty

odwołującego w sposób polegający na obniżeniu wartości wynagrodzenia netto (w ramach Umowy Serwisowej) za Prace Planowe określonego w Załączniku nr 9, podczas gdy wynagrodzenie to, zostało skalkulowane zgodnie z wymogami postawionymi w SWZ, opiera się na kalkulacjach odwołującego (oraz ofercie podwykonawcy), a zatem jest prawidłowe i przedstawia wynagrodzenie jedynie za wykonanie Prac Planowych,

a więc nie istniały jakiegokolwiek podstawy do uznania, że dokument ten zawiera omyłkę podlegającą poprawie, co w rezultacie doprowadziło do nieuzasadnionej ingerencji zamawiającego w treść oferty odwołującego i wypaczenia intencji odwołującego wyrażonych w złożonym oświadczeniu poprzez obniżenie ceny zaoferowanej za wykonanie Prac Planowych;

ewentualnie:

3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wartości wynagrodzenia netto za wykonanie Umowy

Serwisowej określonego w Załączniku nr 9 oraz w Formularzu Oferty w pozycjach nr 37 i 38, co doprowadziło do sprzecznej z treścią oferty i rzeczywistym oświadczeniem woli odwołującego poprawy omyłki w postaci obniżenia wynagrodzenia odwołującego za Prace Planowe;

a w konsekwencji:

4. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki polegającej na obniżeniu wynagrodzenia określonego w Załączniku nr 9 do Umowy Serwisowej odwołującego; alternatywnie, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż w Formularzu oferty w pozycji nr 37 i 38 należało wskazać kwotę Wynagrodzenia Umowy Serwisowej za trzy składniki tego wynagrodzenia: poprawienie oczywistej omyłki w ofercie odwołującego w ten sposób, że zamawiający podwyższy wynagrodzenie określone w Formularzu Oferty w pozycji 37 i 38 o 30% wartości wynagrodzenia za Prace Planowe (określone w Załączniku nr 9); lub nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty poprzez wyjaśnienie co wchodzi w zakres wynagrodzenia wskazanego w Formularzu Oferty w pozycji nr 37 i 38.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 524 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: "Elemonit" Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej „przystępujący”).

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Czynność dokonana przez zamawiającego, polegająca na obniżeniu wynagrodzenia odwołującego za Prace Planowe pozostaje niezgodna z postanowieniami SWZ, jak też powoduje obniżenie ceny jego oferty w stosunku do rzeczywistej wyceny prac, której dokonał odwołujący. Odwołujący nie zgadza się na poprawienie przez zamawiającego omyłki w sposób, który powoduje zmianę zaoferowanej przez niego ceny, gdyż w przypadku zawarcia umowy na tych warunkach, po stronie odwołującego istnieje znaczne ryzyko kontraktowe, w postaci braku możliwości wykonania prac objętych przedmiotem postępowania. Z kolei brak zgody odwołującego na poprawienie omyłki, spowodować może sankcję w postaci odrzucenia jego oferty. Interes odwołującego zatem przejawia się w tym, że zamierza ubiegać się o to zamówienie i wykonać je na zasadach określonych przez niego w ofercie, a w konsekwencji osiągnąć zysk z jego realizacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 4 SWZ jest: (1) budowa bloku gazowego w oparciu o turbinę gazową z wodnym kotłem odzysknicowym w PGE EC

S.A. Oddział Elektrociepłownia w Kielcach oraz (2) Umowa Serwisowa dla Turbiny Gazowej. Zamawiający przewidział, że z wybranym wykonawcą zostaną zawarte dwie umowy, których projekty załączył do SWZ: załącznik nr 2 - Projekt Umowy dotyczący zakresu wskazanego pod punktem (1) powyżej oraz załącznik nr 2A - Projekt Umowy serwisowej - dla zakresu wskazanego w punkcie (2). Zgodnie z §4 Umowy Serwisowej wynagrodzenie za jej wykonanie składa się z następujących składników: (4.1.1) Wynagrodzenie za wykonanie Prac Planowych (dalej zwane „Wynagrodzeniem za Prace Planowe”); (4.1.2) Wynagrodzenie za wykonanie Napraw Nieplanowanych, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności; (4.1.3) Wynagrodzenie za Prace Dodatkowe, w tym związane z Ulepszeniami Turbiny.

Z kolei w pkt 20 SWZ, zawierającym sposób przygotowania ofert, zamawiający wskazał, że wykonawca ma obowiązek złożyć, wypełniony w Systemie Zakupowym GK PGE, Formularz ofertowy w postaci elektronicznej, opatrzony kwalifikowanym Podpisem elektronicznym. Dalej zaznaczył, że wraz z ofertą należy złożyć szereg dokumentów, w tym między innymi uzupełniony przez wykonawcę Załącznik nr 9 do Umowy Serwisowej - Harmonogram kosztów serwisu. Z kolei w pkt 23 SWZ opisany został sposób obliczenia ceny oferty. Zamawiający przewidział, że cena Oferty musi być podana w polskich złotych. Całość rozliczeń między zamawiającym a wykonawcą będzie prowadzona w złotych polskich. Dalej wskazał, że cena oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z umów w sprawie zamówienia, których projektem stanowią Załączniki nr 2 i 2A do SWZ. Dalej przewidział, że wykonawca określi cenę realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto zamówienia. Wyliczenia ceny brutto oferty należy dokonać w elektronicznym Formularzu Oferty w Systemie Zakupowym GK PGE. Do porównania ofert brana będzie pod uwagę cena całkowita brutto za wykonanie zamówienia.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający w pkt 24 przewidział, że przy dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty stosować będzie kryterium ekonomiczne. Opisując to kryterium wskazał także zasady według których dokonywana będzie ocena ofert w następujący sposób: dla obliczenia wartości kryterium oceny ekonomicznej brane będą pod uwagę następujące parametry: (1) Cena ofertowa netto za zakres podstawowy i opcjonalny za realizację Zadania w formule EPC ($P_{tsCAPEX(i)}$) [mln PLN] (dokładność: 0,00000001 [mln PLN]); (2) Koszt Umowy Serwisowej netto ($P_{tsLTS}(i)$) [mln PLN] (dokładność: 0,00000001 [mln PLN]); (3) Deklarowany czas trwania Umowy Serwisowej [liczba lat]; (4) Parametry gwarantowane deklarowane

w Ofercie podawane w trzech Punktach Pracy (dla temperatur zewnętrznych: -5°C , 5°C , 15°C): a. Moc elektryczna brutto ($P_{ts_{ee}(i)}$) [kWe] (dokładność: 0,01 [kWe]), b. Moc cieplna ($P_{ts_{heat}(i)}$) [kWt] (dokładność: 0,01 [kWt]), c. Sprawność elektryczna brutto ($P_{ts_{pel}(i)}$) [punkty procentowe] (dokładność: 0,01 [punkta procentowego]).

Powyższe zapisy SWZ wzbudziły wątpliwości jednego z wykonawców, który zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie jej treści: „Zgodnie z wymaganiami SWZ pkt 24.5.1 ppkt 2 należy wskazać koszt Umowy Serwisowej w mln PLN netto. Prosimy o potwierdzenie, że należy wskazać oferowaną cenę Umowy Serwisowej zgodnie ze wzorem Umowy Serwisowej par 4 ust. 4.1 tj. suma: a. Wynagrodzenia za Prace Planowane zgodnie z pkt 4.1.1; b. Wynagrodzenia za Prace Nieplanowane zgodnie z pkt 4.1.2; c. Wynagrodzenia za Prace Dodatkowe zgodnie z pkt 4.1.3. Przy czym dla określenia oferowanej ceny Prac Nieplanowanych i Dodatkowych (pkt 4.1.2 oraz 4.1.3) należy przyjąć 30% oferowanej ceny Prac Planowanych zgodnie z punktem 4.1.1. Zamawiający, na powyższe udzielił następującej odpowiedzi (pismo z 24 listopada 2021 r., pytanie nr 118 do SWZ): „Zamawiający potwierdza, że należy wskazać wysokość wynagrodzenia zgodnie z ust. 4.1 Umowy Serwisowej, przy czym zaznacza, że cenę za Prace Nieplanowane i Dodatkowe (4.1.2 oraz 4.1.3) należy rozpatrywać jako jedną, sumaryczną kwotę, stanowiącą 30% oferowanej ceny Prac Planowanych zgodnie z punktem 4.1.1.”

Skład orzekający ustalił, na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, że w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wpłynęło 5 ofert, w tym oferta odwołującego. Zamawiający, pismem z 10 marca 2022 r. przekazał odwołującemu zawiadomienie o poprawieniu, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, innej omyłki, która miała polegać na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a która jednocześnie nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Poprawieniu uległ Załącznik nr 9, w którym wskazane zostało wynagrodzenie netto za Prace Planowe w ramach Umowy Serwisowej. Zamawiający w ramach tej czynności dokonał samodzielnego obniżenia wartości poszczególnych pozycji wskazanego Załącznika nr 9, w tym łącznej wartości Wynagrodzenia netto za Umowę Serwisową (kwoty za Prace Planowane) o 30 %. Uzasadniając swoją decyzję zamawiający przypomniał, że zgodnie z § 4 ust. 4.1 Wzoru Umowy Serwisowej w skład całego wynagrodzenia za wykonanie Umowy Serwisowej wchodziły następujące składniki:

(1) Wynagrodzenie za wykonanie Prac Planowych; (2) Wynagrodzenie za wykonanie Napraw Nieplanowanych; (3) Wynagrodzenie za Prace Dodatkowe. Wynagrodzenie za wykonanie Napraw Nieplanowanych oraz Wynagrodzenia za Prace Dodatkowe należało określić

w oparciu o wartość wynagrodzenia za Prace Planowe. Dla określenia łącznej wartości tych dwóch składników wynagrodzenia należało przyjąć 30% ferowanej ceny Prac Planowych (§ 4 pkt 4.3 Umowy Serwisowej). Ponadto w treści zawiadomienia wskazał, iż dokonuje poprawy wartości Wynagrodzenia netto za Umowę Serwisową (redukując wysokość wynagrodzenia za Prace Planowe), bowiem wartość ta jest tożsama z wartością wynagrodzenia wskazanego w Formularzu Oferty w pozycji 38 (Wartość netto umowy serwisowej). Zamawiający przyjął, że wartość wskazana w Formularzu Oferty winna uwzględniać wszystkie trzy składniki wynagrodzenia za wykonanie Umowy Serwisowej, a tym samym, skoro ta wartość wynagrodzenia jest tożsama z wartością wskazaną w Załączniku nr 9, to wynagrodzenie wskazane w Załączniku nr 9 jest zawyżone (uwzględnia dodatkowe 30% wynagrodzenia za Naprawy Nieplanowane i Prace Dodatkowe). Pismem stanowiącym zawiadomienie o poprawieniu omyłki Zamawiający przedstawił poprawiony Załącznik nr 9 i wartości, które uległy pomniejszeniu.

Pismem z 15 marca 2022 r. odwołujący złożył zamawiającemu odpowiedź na zawiadomienie o poprawieniu omyłki wskazując, iż nie wyraża zgody na jej poprawienie. Odwołujący podniósł, iż wartości wskazane w Załączniku nr 9 są prawidłowe i zgodne z postanowieniami SWZ tj. przedstawiają wartość wyłącznie za Prace Planowe. Odwołujący wskazał również, iż nawet jeśli do Formularza Oferty należało wpisać wartość wynagrodzenia za wszystkie trzy składniki Wynagrodzenia Umowy Serwisowej, to poprawa omyłki powinna nastąpić poprzez podwyższenie wynagrodzenia w Formularzu Oferty o 30%,

a nie jego obniżenie w Załączniku nr 9.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z tego powodu, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujący istotnych zmian w treści oferty tj. zmiany tabeli Załącznika nr 9 do Umowy Serwisowej - Harmonogram kosztów serwisu w sposób, który polegał na pomniejszeniu wynagrodzenia za wykonanie Prac Planowych wynikających z Umowy Serwisowej o 30%.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że odwołujący wypełnił Załącznik nr 9 do Umowy Serwisowej - Harmonogram kosztów serwisu zgodnie w wymogami przedstawionymi w SWZ, gdyż zgodnie z treścią wzoru załączonego do SWZ, w Załączniku nr 9 przedstawił wartość wynagrodzenia za Prace Planowe, podając cenę serwisu w poszczególnych latach. Tą samą wartość wynagrodzenia przeniósł następnie do Formularza Oferty, wpisując w pozycji 37 i 38 odpowiednio wartość brutto i netto umowy serwisowej. Oświadczenie złożone przez odwołującego w Formularzu oferty zostało następnie odczytane przez zamawiającego jako wycena wszystkich trzech składników wynagrodzenia Umowy Serwisowej. Zamawiający doszedł również do przekonania, że także w Załączniku nr 9 do Umowy serwisowej, odwołujący wyliczył sumaryczną wartość wynagrodzenia za całość Umowy serwisowej, podczas gdy powinien wskazać w nim wynagrodzenie jedynie za wykonanie Prac

Planowych.

Izba, po analizie dokumentacji postępowania doszła do przekonania, że błędna jest ocena zamawiającego w zakresie, w jakim wskazywał, że z treści SWZ wynika bezspornie, że w Załączniku nr 9 należało wskazać wynagrodzenie za trzy elementy Umowy Serwisowej (a więc, poza Pracami Planowymi, również za Naprawy Nieplanowane oraz Prace Dodatkowe). Zgodnie z treścią Załącznika nr 9 do SWZ, wykonawcy mieli wskazać w nim wyłącznie wynagrodzenie za Prace Planowe. Nie ulega wprowadzie wątpliwości, że zgodnie z treścią Umowy serwisowej Wynagrodzenie za wykonanie Umowy składać się będzie z trzech elementów, a jednym z nich jest wynagrodzenie za wykonanie Prac Planowych, jednakże nie sposób dopatrzeć się w dokumentach zamówienia dyrektywy, zgodnie z którą w treści Załącznika nr 9 (który miał być załączony do oferty i stanowił jej integralną część) należało ująć koszty za wszystkie elementy, składające się na przedmiot zamówienia.

Nie sposób zatem dopatrzeć się logiki w działaniu zamawiającego, który uznał, że w treści Załącznika nr 9, oprócz kosztów Prac Planowych, ujęto również wynagrodzenie za wykonanie Napraw Nieplanowych i obejmujące prace dodatkowe. To doprowadziło w konsekwencji do obniżenia wynagrodzenia odwołującego za wycenione Prace Planowe, albowiem zamawiający doszedł do przekonania, iż wartość wynagrodzenia wskazanego w Załączniku nr 9 jest wartością zawyżoną (tj. uwzględniającą 30% wartości Prac Planowych). Dodatkowo, w treści pisma informującego o poprawieniu innej omyłki w ofercie odwołującego zamawiający, jako podstawę podjętej decyzji, nie tyle odnosi się do treści załącznika nr 9, wskazując na wątpliwości co do jego treści, czy też sposobu jego wypełnienia, lecz powołuje się na okoliczność, że skoro w pozycji 37 i 38 Formularza ofertowego należało wskazać sumaryczną kwotę wynagrodzenia, zgodnie z § 4 ust. 4.1 Wzoru Umowy Serwisowej,

a odwołujący wskazał tożsame wartości zarówno w Załączniku nr 9, jak też w Formularzu oferty - poprawieniu przez zamawiającego powinna ulec treść Załącznika nr 9.

Takie stanowisko zamawiającego nie znajduje jednak potwierdzenia w literalnej treści dokumentów składanych przez wykonawców wraz z ofertą. Jak trafnie zauważył odwołujący zamawiający, jako „gospodarz postępowania” i autor dokumentacji przetargowej powinien opracować ją w taki sposób, aby wykonawcy nie musieli domyślać się jego intencji, bądź też wybierać jednego z kilku możliwych sposobów wypełnienia opracowanych wzorów dokumentów. W ocenie Izby, nie sposób w treści SWZ dopatrzeć się jasnych dyrektyw w jaki sposób wykonawcy winni wypełnić przedmiotowe dokumenty, jak też jaka jest relacja kosztów skalkulowanych przez wykonawców w załączniku nr 9 do tych, które wykonawcy mieli wpisać w poz. 37 i 38 Formularza oferty. Jeśli natomiast takie niejasności występują, to wykonawcy

w żadnym wypadku nie mogą być obciążani negatywnymi skutkami wadliwości tak sporządzonej dokumentacji.

W przypadku odwołującego doszło do sytuacji w której, wbrew jego intencji, doszło do nieuprawnionej interpretacji przez zamawiającego złożonego przez niego oświadczenia woli w zakresie, w jakim wyliczył w załączniku nr 9 koszty za wykonanie Prac Planowych, podane w tabeli. Odwołujący złożył w tym zakresie jasną deklarację, posiłkując się ofertą otrzymaną od podwykonawcy - Solar Turbines (dowód przedstawiony na rozprawie) i na tej podstawie wskazał wartość należnego mu wynagrodzenia. Działanie zamawiającego zatem, polegające na dokonaniu poprawy innej omyłki w treści oferty odwołującego, w sposób zmierzający do obniżenia wartości wynagrodzenia netto (w ramach Umowy Serwisowej) za Prace Planowe określonego w Załączniku nr 9 - było nieprawidłowe.

Dalej, należy odnieść się także do treści zastosowanego przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym ten poprawia w ofercie inne omyłki, polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przypomnieć należy, że aby dokonać poprawienia treści oferty wykonawcy, zamawiający musi stwierdzić, że wystąpiła omyłka, tj. taka nieprawidłowość, która nie wynikała z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Zwrócić też należy uwagę, że w ustawie Pzp brak jest definicji legalnej omyłki, dlatego też w tym zakresie należy sięgnąć do jej słownikowego znaczenia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: omyłka oznacza niewielki błąd. Nie ma również definicji legalnej błędu, jednak zgodnie

z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: oznacza mylne mniemanie czy niezgodność z obowiązującymi regułami. Dodatkowo, warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecnictwie 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 także 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 też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021). W myśl art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 z późn. zm.): Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Tym samym w niniejszej sprawie, zamawiający w pierwszej kolejności winien ustalić, czy mamy do czynienia z omyłką, a następnie dokładnie przeanalizować dokumenty postępowania i stwierdzić jakie są przyczyny powstałej omyłki i w końcu jakie możliwe sposoby jej poprawienia z zastrzeżeniem, że w wyniku poprawienia omyłki nie dojdzie do istotnych zmian w treści oferty. Nie wyklucza to sytuacji, w której w wyniku dokonania poprawy innej omyłki może dojść do zmiany ceny ofertowej czy zmiany zakresu oferowanego świadczenia. Granicę tej zmiany wyznacza jednak treść złożonego oświadczenia woli wykonawcy, w tym wypadku oświadczenia w zakresie wyliczonych w Załączniku nr 9 kosztów Prac Planowych. W niniejszej sprawie sposób, w jaki zamawiający dokonał poprawy omyłki w ofercie odwołującego, doprowadził do sytuacji, w której zmiana doprowadziła do wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, co do którego zamawiający nie miał żadnych pewnych i potwierdzonych informacji. Treść tego przepisu nie daje bowiem nieograniczonej swobody zamawiającemu w ustaleniu zakresu dokonywanej poprawy,

a w szczególności dokonywania samodzielnego wyliczenia poszczególnych wartości wycenionych przez wykonawcę pozycji. Tym samym Izba podziela ocenę odwołującego, że ten sposób poprawienia omyłki spowodował, że zamawiający przekroczył zakres swoich uprawnień i subiektywnie obniżył poszczególne wartości pozycji w Załączniku nr 9, mimo iż były to wartości indywidualnie i precyzyjnie przez niego skalkulowane.

Następnie, mając na uwadze treść zarzutów, należało rozważyć, czy w niniejszej sprawie mamy w ogóle do czynienia z omyłką, którą można poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tym zakresie ponownie należy odnieść się do przesłanek wymienionych w treści przepisu. Odnosząc się do dwóch pierwszych tj. okoliczności, że omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, zaś wystąpienie omyłki

powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia - w sytuacji będącej przedmiotem rozpatrzenia odwołania - należało dojść do przekonania, że omyłka spowodowała niezgodność oferty

z dokumentami zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wartość Prac Planowych, wyliczona przez wykonawcę w Załączniku nr 9, nie może równać się z wartością wyrażoną w poz. 37 i 38 Formularza Oferty, gdyż w tych pozycjach należało wskazać wartość wynagrodzenia za wykonanie pełnego zakresu prac, obejmującego zarówno Prace Planowe, jak też te nieplanowane i dodatkowe. Taki wniosek, w ocenie Izby, wypływa zarówno z treści pkt 24 SWZ, jak też odpowiedzi zamawiającego, której udzielił na pytanie 118 (pismo z 24 listopada 2021 r.).

Ostatnia z przesłanek, uprawniających do zastosowania cytowanej regulacji dotyczy tego, iż poprawienie omyłki nie może jednak powodować istotnych zmian w treści oferty. Z kolei kwantyfikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. W sytuacji będącej przedmiotem niniejszego odwołania zamawiający, wobec braku jakichkolwiek wątpliwości co do treści Załącznika nr 9, przedstawiającego wynagrodzenie tylko za Prace Planowe, a więc takie, których wymagał zamawiający, a jednocześnie wobec oczekiwania,

że w Formularzu oferty zostanie skalkulowane wynagrodzenie zarówno za Prace Planowe, jak też pozostałe (nieplanowane i dodatkowe) - mógł dokonać poprawienia omyłki w sposób, który wynikał z zapisów SWZ i wyjaśnień udzielanych w toku postępowania.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, który z jednej strony dokonując ingerencji w treść oświadczenia woli odwołującego i obniżając ceny za Prace Planowe twierdzi, że dokonana zmiana nie ma charakteru istotnego, zaś podwyższenie należnego wykonawcy wynagrodzenia o 30% - taką istotną zmianę by stanowiło. Jak już wcześniej zauważono kwestii „istotności” zmiany nie można rozpatrywać przez pryzmat zmiany kwotowej czy też nawet przedmiotowej.

Izba, orzekając, wzięła pod uwagę okoliczność, że dwóch z czterech wykonawców, wyraziło zgodę na poprawienie omyłki w ich ofertach, zgadzając się z decyzją zamawiającego na obniżenie łącznego wynagrodzenia należnego wykonawcom. W konsekwencji nakazała jedynie unieważnienie czynności poprawienia innej omyłki w treści oferty odwołującego, polegającej na obniżeniu wynagrodzenia określonego w Załączniku nr 9 do Umowy Serwisowej, pozostawiając decyzji zamawiającego czy przed dokonaniem czynności poprawienia omyłki w ofertach tych wykonawców, którzy taką zgodę wyrazili, czynność

tę poprzedzić wezwaniem do złożenia wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: