Sygn. akt: KIO 2922/22

WYROK

z dnia 25 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniach 16 listopada 2022r. i 22 listopada 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2022r. przez odwołującego: RE-Bau Sp. z o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie ul. Racławicka 27, 31-510 Kraków

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje zamawiającemu dokonanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty odwołującego przez poprawienie wartości procentowego udziału prac projektowych w stosunku do prac budowlanych do 4,7%, jako maksymalnego udziału prac projektowych w wartości robot budowlanych

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie ul. Racławicka 27, 31-510 Kraków
i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (sł.: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego RE-Bau Sp. z o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie ul. Racławicka 27, 31-510 Kraków na rzecz odwołującego RE-Bau Sp. z o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków kwotę 24.270 zł 20 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt złotych dwadzieścia groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztu dojazdu na posiedzenie, rozprawę.

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

zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. 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: .....

uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia na roboty budowlane pn. „Budowa budynku Centrum Obsługi Studenta UEK w miejscu istniejącego Pawilonu D przeznaczonego do rozbiórki".

Numer referencyjny postępowania: FZ.201.36.2022.

Adres strony internetowej .

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 436165-2022 w dniu 10 sierpnia 2022 roku.

Odwołanie

Odwołujący na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej Pzp) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w prowadzonym powyższym postępowaniu, a polegających na:

1. unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta odwołującego jako jedyna mieści się w kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia,

2.odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

3. zaniechaniu poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1.art. 255 pkt 3 Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy odrzucenie oferty odwołującego zostało dokonane z naruszeniem przepisów prawa, a oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą i jest jedyną ofertą mieszącą się w kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia,

2.art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny a inną omyłkę, która winna zostać poprawiona jako niepowodująca istotnych zmian w treści oferty,

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy oferta odwołującego winna podlegać poprawieniu jako zawierająca inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty,

4.art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie udziału procentowego prac projektowych w stosunku do prac budowlanych, w sytuacji, gdy niezgodność oferty z dokumentami zamówienia stanowi niezamierzoną omyłkę, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz

2. dokonania czynności poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego w zakresie udziału procentowego prac projektowych w stosunku do prac budowlanych oraz

3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Odwołanie zawierało następującą argumentację formalną i prawną.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty:

1. Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa Kraków S.A. z ceną

61. 447. 617,72 zł brutto,

2. RE- Bau Sp. z o.o. z ceną 44. 267. 700 zł brutto.

Zamawiający w dniu 25 października 2022r. poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, że odwołujący zaoferował cenę za wykonanie dokumentacji projektowej przekraczającą limit określony przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Cena zaoferowana przez odwołującego

za wykonanie dokumentacji projektowej wynosi bowiem 4,877% ceny za wykonanie prac

budowlanych, podczas gdy Zamawiający w dokumentach zamówienia wymagał, aby cena za realizację prac projektowych nie przekraczała 4,7 % ceny za realizację prac budowlanych. Zdaniem zamawiającego naruszenie zasad ustalenia ceny określonych w rozdz. XI pkt 3

SWZ wyczerpuje znamiona art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, co skutkuje odrzuceniem oferty odwołującego.

Na skutek odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający uznał, że jedyną ważną w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertą jest oferta Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa Kraków S.A., której cena wynosząca 61 447 617,72 zł brutto przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 50 661 610,07 brutto. Z uwagi na to, że zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty najkorzystniejszej, zamawiający uznał, że zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty, która w konsekwencji doprowadziła do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, podniósł w uzasadnieniu odwołania jak poniżej:

Art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zamawiający nie może uchylić od jej wykonania. Zatem ewentualna czynność polegająca na odrzuceniu oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia czy zawierającej błędy w obliczeniu ceny winna być poprzedzona analizą przesłanek z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale

i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty i w tym przypadku również unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której niezgodność z dokumentami zamówienia ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie rozbieżności, jeżeli nie mają one istotnego charakteru.

W tym miejscu trzeba przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 Pzp (odpowiednika aktualnie obowiązującego art. 223 ust. 2 Pzp) było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy Pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

Odwołujący podziela stanowisko prezentowane przez Izbę w wielu orzeczeniach (np. wyroku z dnia 25 kwietnia 2022 r. Sygn. akt KIO 987/22, wyroku z 5 sierpnia 2009 r., Sygn. akt KIO/UZP 959/09,) iż rozumienie pojęcia „innej omyłki”, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy.

Słownikowe rozumienie pojęcia „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. (Słownik języka polskiego pod red.

Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie
).

W orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że „omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności winny podlegać poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę (art. 226 ust. 1 pkt 11 Pzp) niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie”(vide: wyrok z dnia 25 kwietnia 2022 r. Sygn. akt KIO 987/22).

Należy zatem przyjąć, że jeżeli konkretne okoliczności sprawy nie wskazują co innego - zasadnym jest twierdzenie, że wykonawcy składają oferty w dobrej wierze, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnych z dokumentami zamówienia. Natomiast w sytuacji, gdy dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią dokumentów zamówienia, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wówczas zamawiający ma obowiązek rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. W orzecznictwie Izby wyrażane jest stanowisko, że „racjonalnie działający wykonawca nie oferuje celowo

zamawiającemu przedmiotu zamówienia niezgodnego z jego wymaganiami, ponosząc wysiłek i koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wiedząc przy tym, że konsekwencją takiego działania będzie odrzucenie jego oferty. (...). Zatem - jak wskazała Izba - można stwierdzić, że co do zasady przyjmuje się pewne założenie, iż zaistniała niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest lub może być omyłką, a w przypadku ewentualnych wątpliwości - można ustalić to w drodze wyjaśnień treści oferty - jak również kwestię, w jaki sposób wykonawca swoje oświadczenie chciał sformułować". (vide: wyrok KIO 1617/11)

Granicą zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jest istotna zmiana treści oferty, którą należy ocenić w konkretnych okolicznościach sprawy. Ocenie pod kątem istotności podlega m.in. wpływ dokonanej zmiany na całość oferty i zakres przedmiotu zamówienia. Przy czym zarówno w orzecznictwie Izby jak również sądów okręgowych dopuszcza się możliwość poprawienia oferty w zakresie jej istotnych elementów „essentialia negotii", w tym również całkowitej ceny oferty. (vide: np. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2490/10, wyrok KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO1978/10). W doktrynie wskazuje się, że nieistotna poprawka oferty będzie miała miejsce w sytuacji, gdy wskutek jej dokonania nie dojdzie do zniekształcenia w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie (np. wyrok KIO 13/13). Istotność poprawki często bada się przez pryzmat wartości dokonanej zmiany treści oferty. Przykładowo w wyroku Izby

z 26.05.2017r. KIO 925/17, KIO 933/17 wskazano m.in: „Izba uznała poprawienie omyłek w ofercie przystępującego za zgodne z ustawą przede wszystkim z powodu ich nieistotnego charakteru. Omyłki, co do których zamawiający nie znalazł podstaw do ustalenia ich wartości

w ilości i wartości odpowiednio: dwie w części I - 79.967,75 zł - ok. 0, 407 % ceny oferty oraz w części drugiej - 84.161,94 zł - 0, 411 % z ceny oferty, nie są istotne zarówno w odniesieniu do liczby wszystkich pozycji kosztorysu, ceny ofert przystępującego, jak i ze względu na merytoryczna zawartość tych pozycji".

Uwzględniając powyższe rozważania, zdaniem odwołującego zaistniała rozbieżność w jego ofercie co do procentowego udziału wartości prac projektowych w pracach budowlanych wyczerpuje przesłanki określone w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, która winna podlegać obowiązkowemu poprawieniu.

Po pierwsze, zaistniała w ofercie rozbieżność polegająca na omyłkowym zastosowaniu przez Odwołującego wskaźnika 4,87% zamiast 4,7% nie jest wynikiem celowego, zamierzonego działania Wykonawcy, a jedynie wynikiem omyłki osoby sporządzającej kalkulację, która w wyniku błędu wprowadziła na klawiaturze zamiast 4,7 liczby 4,87.

Wykonawca, obliczając całkowitą cenę oferty, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wypełnił załącznik nr 1 do formularza ofertowego „Rozbicie ceny ofertowej", wyliczając wartość prac budowlanych w oparciu o ujęte w kalkulacji pozycje. Wartość prac projektowych, zgodnie z wymaganiami SWZ, miała stanowić pochodną wartości prac budowlanych, która nie mogła przekraczać poziomu 4,7% wartości prac budowlanych.

Zamiarem Odwołującego było złożenie oferty obejmującej cały zakres zamówienia i spełniającej wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia, w tym wyliczenie wartości prac projektowych na poziomie maksymalnym 4,7% wartości prac budowlanych, jednak na skutek opisanej wyżej, niezamierzonej omyłki Odwołujący pomnożył wartość prac budowlanych przez wskaźnik 4,87 % zamiast 4,7%. Na skutek tej omyłki cena prac projektowych oraz konsekwentnie całkowita cena oferty została zawyżona o 0,17% czyli 74 613,21 zł brutto. Odwołujący podkreśla, że do omyłki doszło na skutek niezamierzonego działania wykonawcy, będącego wynikiem niedołożenia przez osobę sporządzającą kalkulację należytej staranności przy sporządzaniu oferty i prawidłowym zastosowaniu wskaźnika wartości prac projektowych do robót budowlanych. Wykonawca nie miał żadnego interesu, w tym w szczególności ekonomicznego, aby świadomie wyliczyć wartość prac projektowych niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, stąd nie można jego działania

uznać za zamierzone i celowe.

Po drugie, Odwołujący podkreśla, że poprawienie zaistniałej w ofercie omyłki nie ma charakteru istotnego. Doprowadzenie do zgodności z wymaganiami Zamawiającego spowoduje obniżenie ceny za prace projektowe i w konsekwencji całkowitej ceny oferty jedynie o 74 613,21 zł brutto, co stanowi zmianę o niespełna 0,17% ceny całkowitej oferty wynoszącej 44 267 700 zł, a zatem zmiana ma niewątpliwie charakter znikomy w stosunku

do całości ceny oferty i nie powoduje znaczącej ingerencji w treść oferty. Co istotne, poprawienie omyłki i obniżenie ceny oferty nie wpłynie w żaden sposób na ranking ofert, bowiem oferta Odwołującego jest jedyną ofertą mieszczącą się w kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Poprawienie omyłki w ofercie odwołującego pozwoli zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty korzystnej ekonomicznie i udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia, co winno być celem przeprowadzenia procedury o zamówienie publiczne.

Ponadto, podkreślenia wymaga, że jedynym możliwym, zgodnym z intencją i wolą odwołującego sposobem poprawienia powstałej w ofercie rozbieżności jest obliczenie wartości prac projektowych, które są pochodną wartości robót budowlanych (wyliczanych wg

załącznika nr 1 Rozbicie ceny ofertowej) i maksymalnego dopuszczalnego przez

zamawiającego wskaźnika 4,7%. Poprawienie omyłki w wyżej podany sposób w konsekwencji spowoduje obniżenie wartości prac projektowych do poziomu 1 983 834,84zł brutto i obniżenie całkowitej ceny oferty do wartości 44 193 086,79 zł brutto.

Reasumując, w zaistniałych okolicznościach sprawy, powstała w ofercie odwołującego rozbieżność, wbrew stanowisku zamawiającego nie stanowiła błędu w obliczeniu ceny a jedynie omyłkę, spełniającą przesłanki z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, co obligowało zamawiającego do jej poprawienia i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. W konsekwencji nie znajduje uzasadnienia czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych względów, wniesienie odwołania stało się konieczne.

Odpowiedź na odwołanie

Z udzielonej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie wynika, jak poniżej.

Zamawiający wniósł : 1) o oddalenie odwołania wniesionego przez odwołującego
2) zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz zamawiającego, zgodnie ze złożonymi na rozprawie rachunkami lub spisem kosztów.

Przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Przedmiot zamówienia został przewidziany do realizacji w formule tzw. „zaprojektuj i wybuduj".

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w Roz. XI. Pkt 3 — Zamawiający zawarł wymagania, aby cena za realizację prac projektowych nie może przekroczyć 4,7% ceny za realizację prac budowlanych.

W Formularzu Ofertowym — zał. nr 6 do SWZ, zamawiający wymagał podania 3 rodzajów cen:

1) Łącznej wartości netto/brutto za całość przedmiotu zamówienia 2) Ceny netto/brutto za wykonanie Dokumentacji Projektowej 3) Ceny netto/brutto za wykonanie prac budowlanych.

W przypisach zawartych w Formularzu Ofertowym wskazano odpowiednio, że:

1) Przypis nr 1 powtarzający zasadę z Roz. XI pkt 3 SWZ - „Cena netto oraz odpowiednio cena brutto za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 4,7% wartości odpowiednio ceny netto/brutto za całość robót budowlanych

2) Przypis nr 2 uszczegóławiający zakres wyceny Dokumentacji Projektowej — ‚Zgodnie pozycją „prace projektowe" Rozbicia Ceny Ofertowej; Wykonanie Dokumentacji Projektowej, uzyskanie Pozwolenia na Budowę oraz Pozwolenia na Rozbiórkę oraz zapewnienia Nadzoru Autorskiego i usług doradczych do Projektu Aranżacji Wnętrz, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ oraz definicjami pojęć w § 1 wzoru umowy (załącznik nr 8 do swz)"

1.6. W załączniku nr 1 do Formularza Ofertowego, stanowiącego tzw. Rozbicie Ceny Ofertowej (rodzaj szczegółowego formularza cenowego) Zamawiający wymagał podania tych samych 3 rodzajów cen:

1)Ceny łącznej wartości netto/brutto;

2)Ceny netto/brutto za prace projektowe

2. Ceny netto/brutto dla pozycji „RAZEM roboty budowlane", która stanowić miała sumę cen jednostkowych.

W załączniku tym ponownie zamieszczono następujące uwagi:

1) Cena netto oraz odpowiednio cena brutto dla pozycji "prace projektowe" nie może przekroczyć 4,7% wartości odpowiednio ceny netto/brutto pozycji „RAZEM roboty budowlane"

2) W zakresie pozycji "prace projektowe" należy wycenić wykonanie Dokumentacji Projektowej uzyskanie Pozwolenia na Budowę oraz Pozwolenia na Rozbiórkę oraz zapewnienia Nadzoru Autorskiego i usług doradczych do Projektu Aranżacji Wnętrz, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy stanowiącego załącznik do SWZ oraz definicjami pojęć w § 1 wzoru umowy.

Zamawiający odnosząc się do argumentacji odwołania stwierdził: Odwołujący w złożonym odwołaniu nie kwestionuje zasadniczego dla niniejszej sprawy faktu tj., że odwołujący zaoferował cenę za wykonanie Dokumentacji Projektowej / prac projektowych przekraczającą określony przez Zamawiającego limit maksymalny 4,7% wartości ceny za roboty budowlane. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje ustalenia zamawiającego, że cena zaoferowana za wykonie Dokumentacji Projektowej wynosi faktycznie 4,877% ceny za wykonanie prac budowlanych, przez co przekracza limit maksymalny określony m.in. w Roz. Xl. pkt 3 SWZ. Okoliczność ta pozostaje zatem bezsporna.

2.2.Odwołujący nie kwestionuje także skuteczności inkorporowania do dokumentów zamówienia limitu ceny za dokumentację projektową — 4,7% ceny za roboty. Nie kwestionuje jasności ani precyzyjności tego wymagania. Okoliczności w tym zakresie, tj. co do treści i skuteczności wymagań zamawiającego pozostają bezsporne.

2.3. Istota niniejszej sprawy sprowadza się zatem wyłącznie do ustalenia, czy zamawiający zobowiązany był dokonać poprawy kwoty wskazanej przez odwołującego w Formularzu Ofertowym w pozycji „Centa netto za wykonanie Dokumentacji Projektowej' oraz „Centa netto za wykonanie Dokumentacji Projektowej' na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, w sytuacji, gdy zaoferowana kwota jest większa (4,877%) niż określony w Roz. Xl pkt 3 SWZ limit 4,7% ceny zaoferowanej za wykonanie całości robót budowlanych — wynosi 4,877% tej ceny.

2.4.1. Zamawiający stoi na stanowisku, że skoro regułę kalkulacji ceny oferty za dokumentację projektową sformułowano w ten sposób, że Wykonawca mógł wycenić jej wykonanie na każdą cenę z przedziału od 0 do 4,7% ceny za roboty budowlane, ale nie więcej niż 4,7%, to Zamawiający pozbawiony był możliwości poprawienia zaoferowanej ceny, której wartość przekraczała ten limit.

2.4.2. Z utrwalonego orzecznictwa Izby wynika, że poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP może nastąpić tylko wówczas, gdy sposób w jaki omyłkę należy poprawić wynika z dokumentów zamówienia lub oferty Wykonawcy. Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia jaki konkretnie procent ceny za roboty budowlane ma stanowić cena za wykonanie dokumentacji projektowej. Pozostawił tym samym wykonawcą swobodę określenia ceny za projekt, z zastrzeżeniem, aby cena ta nie była wyższa niż owe 4,7% ceny

za roboty budowlane.

2.4.3. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien poprawić ofertę w ten sposób, żeby obniżyć cenę za projekt do maksymalnego poziomu 4,7%, tj. obniżyć cenę za projekt i cenę łączoną o owe 74 613,21 zł brutto, które zaoferowano ponad limit maksymalny. Tym samym Odwołujący postuluje obniżenie ceny za dokumentację projektową do kwoty 1 983 834,84 zł brutto (równej 4,7% ceny za roboty) zamiast zaoferowanych 2 058 448,05 zł (stanowiącej 4,877% ceny za roboty). Odwołujący jednak nie wyjaśnia skąd Zamawiającego miał czerpać

wiedzę czy informacje co do sposobu poprawienia ceny za dokumentację projektową. Innymi słowy, na jakiej podstawie Zamawiającemu miało być wiadome że Wykonawca zamierzał za projekt zaoferować cenę w całości wypełniającą dostępny limit (równe 4,7%), a nie jakąkolwiek cenę niższą (np. 4,65%), także mieszczącą się w przedziale określonym przez Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał żadnych postanowień dokumentów zamówienia czy informacji dostępnych Zamawiającemu, pozwalających na określony sposób poprawienia oferty Odwołującego.

Nie można twierdzić, że skoro odwołujący przekroczył określony przez zamawiającego limit 4,7%, to oczywistym jest, że zamierzał zaoferować cenę równą maksymalnej dopuszczalnej cenie.

2.4.4. Zamawiający wziął także pod uwagę, że podjęcie próby wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 PZP, ile wynosić ma zawyżona cena za dokumentację projektową, stanowiłoby naruszenie zdania drugiego przepisu, niedopuszczalną zmianę oferty po terminie jej składania oraz negocjacje oferty, Wykonawca w drodze wyjaśnień mógłby bowiem dowolnie ukształtować cenę za dokumentację projektową w przedziale od 0 zł do 1 983 834,84 zł brutto po prostu składając swoje wyjaśnienie. Odwołujący mógłby wpływać na cenę całej oferty już po terminie składania ofert, a tym samym wpływać dowolnie na wynik postępowania, Innymi słowy, wzywanie Odwołującego do wyjaśnienia ile ma wynosić cena za dokumentację projektową zaoferowana z przekroczeniem dawałaby odwołującemu prawo do kształtowania wyniku punktowego oferty w kryterium ceny i całego wyniku postępowania już po terminie składania ofert.

2.4.5. Mając na uwadze powyższe, skoro sposób w jaki Zamawiający miałby poprawić cenę za dokumentację projektową nie wynikał z dokumentów zamówienia ani oferty, a jednocześnie niemożliwym było w świetle art. 223 ust. 1 zd. 2 ustalenie tego w wyniku wezwania do wyjaśnienia oferty, to Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia oferty w sposób w jaki oczekuje tego Odwołujący w treści odwołania. Zamawiający nie może w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP zmienić wartości składowych ceny oferty wpisanych w pozycjach formularza oferty, gdy nie jest możliwe wyliczenie tych wartości na podstawie danych zawartych w ofercie lub choćby wynikających z treści oferty lub też pochodzących z treści SWZ.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący nie zdołał skutecznie zaprzeczyć wynikającym z informacji o unieważnieniu postępowania ustaleniom Zamawiającemu, co do braku możliwości poprawienia błędnej kalkulacji ceny oferty. Odwołujący nie zdołał wykazać, że Zamawiający dysponował informacjami umożliwiającymi poprawienie oferty, ani że sposób poprawienia oferty był możliwy do ustalenia na podstawie dokumentów zamówienia czy oferty. W tym stanie sprawy, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia na roboty budowlane pn. „Budowa budynku Centrum Obsługi Studenta UEK w miejscu istniejącego Pawilonu D przeznaczonego do rozbiórki”, w systemie „zaprojektuj i buduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 436165-2022 w dniu 10 sierpnia 2022 roku.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w myśl art. 528 ustawy Pzp.

Izba w części wstępnej uzasadnienia wyroku przedstawiła stan faktyczny sprawy jak i argumentacje prawną obydwu stron (odwołanie i odpowiedź na odwołanie).

Na kanwie powyższego stwierdza się, że nie ma rozbieżności między stronami co do ustalenia istniejącego stanu faktycznego sprawy, a rozbieżności dotyczą oceny stanu prawnego sprawy, w kontekście obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp).

Z dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego, przekazanej do akt sprawy, jak i opisu stanu faktycznego sprawy przez strony, bezspornie wynika, że

zamawiający organizując przetarg w systemie zaprojektuj i buduj przewidział udział procentowy wyceny prac projektowych na poziomie do 4.7% wartości robót budowlanych. Według oceny zamawiającego takie ustalenia w SWZ wskazują na górną granicę ustalenia wartości prac projektowych (od - do, a nie sztywną), ze wskazaniem zamawiającego, że wartość prac projektowych może wynosić zero (0% wartości robót budowlanych). Izba w tym miejscu nie dokonuje oceny takiego postanowienia SWZ (od 0% do 4,7% wartości robót budowlanych), ponieważ żaden z wykonawców w stosownym terminie (przed złożeniem

ofert) powyższego ustalenia SWZ nie zaskarżył (wskazując na odpłatność zamówień - art.6

pkt 320 ustawy Pzp.).

Bezspornie w sprawie ustalono, a co wynika ze stanowisk stron (odwołanie i odpowiedź na odwołanie - powyżej), odwołujący wyceniając wartość prac projektowych wyliczył na poziomie 4,877%, a SWZ dopuszczało maksymalnie 4,7 % wartości robót budowlanych.

W zaistniałej sytuacji zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, z powodu błędu w obliczeniu ceny oraz w związku z brakiem zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Ponadto w sprawie oferta drugiego wykonawcy przekroczyła kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczył na zamówienie.

W konsekwencji zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na art.255 pkt 3) ustawy Pzp., ponieważ w ocenie zamawiającego wystąpił brak ważnej jednej oferty w granicach środków, jakimi dysponuje zamawiający na realizację zamówienia.

Od tej decyzji zamawiającego odwołał się odwołujący, kwestionując po pierwsze odrzucenie jego oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (4,877%) oraz jako niezgodnej z warunkami zamówienia (4,7%), a także odwołał się od unieważnienia postępowania, z powodu braku ważnej oferty w granicach posiadanych środków finansowych przeznaczonych na wykonanie zamówienia.

Tak jak już powyżej Izba zaznaczyła, tak ustalony stan faktyczny w sprawie jest bezsporny między stronami oraz wynika z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy (oferta odwołującego , SWZ).

Strony postepowania w sposób odmienny oceniają rozstrzygnięcie prawne w zaistniałej sytuacji, przez zamawiającego.

Odwołujący domaga się w zarzutach odwołania oraz żądaniach, jak w odwołaniu (powyżej),

to jest:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1.art. 255 pkt 3 Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy odrzucenie oferty odwołującego zostało dokonane z

naruszeniem przepisów prawa, a oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą i jest jedyną ofertą mieszącą się w kwocie przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny a inną omyłkę, która winna zostać poprawiona jako niepowodująca istotnych zmian w treści oferty,

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy oferta odwołującego winna podlegać poprawieniu jako zawierająca inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty,

4. art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie udziału procentowego prac projektowych w stosunku do prac budowlanych, w sytuacji, gdy niezgodność oferty z dokumentami zamówienia stanowi niezamierzoną omyłkę, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz

2. dokonania czynności poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego w zakresie udziału procentowego prac projektowych w stosunku do prac budowlanych oraz

3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Z kolei zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie (jak powyżej) wnosi o:

1) o oddalenie odwołania wniesionego przez odwołującego,

2) zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz zamawiającego, zgodnie ze złożonymi na rozprawie rachunkami lub spisem kosztów.

Izba dokonując rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, podzieliła argumentację

odwołującego i zważyła jak poniżej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując dyspozycje art. 223 ust.1 ustawy Pzp, zamawiający dokonując badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Powyższa dyspozycja prawna, jednak nie oznacza, że zamawiający jest jedynym i ostatecznym autorytatywnym decydentem do skorzystania, bądź nie skorzystania z przysługującego jemu prawa wyjaśnień treści oferty. Na obowiązek zamawiającego, wezwania wykonawcy do wyjaśnień, co do treści złożonej oferty, wskazują dalsze regulacje tego artykułu (223), a wynikające z pkt 3) ust.2 art.223 ustawy Pzp, który reguluje wprost obowiązek zamawiającego. Czyli prawo zamawiającego, o którym mowa w ust.1 art.223 należy łączyć z obowiązkiem zamawiającego w sytuacji opisanej, w tym przypadku w pkt 3) ust.2 art.223 ustawy Pzp. Izba przywołuje art.223 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ też zamawiający przywołuje postanowienie SWZ, które wskazują na rozrzut wyceny prac projektowych (bez granicy dolnej), czyli jak powołuje się zamawiający od 0% do 4,7% wycenionych robót budowlanych. Bowiem faktycznie oferta odwołującego, w sytuacji nieprawidłowej wyceny prac projektowych, to jest na poziomie 4,877%, nie daje wprost odpowiedzi ile procent wartości robót oczekuje odwołujący składając ofertę, ponieważ procent ten może wahać się od 0% (?) do 4,7 % wartości robót budowlanych, a co w konsekwencji świadczy o omyłce w ofercie odwołującego. W toku postępowania odwoławczego odwołujący wyjaśnił, że jego zamiarem było 4,7%, a omyłkowo wycenił na 4,788% (vide protokół i odwołanie). Gdyby nie te ustalenia w toku postępowania odwoławczego, Izba uwzględniając odwołanie, nakazała by zamawiającemu wykonanie dyspozycji z art.223 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ wyjaśnienia mogą dotyczyć treści złożonych ofert (a cena bezsprzecznie jest treścią oferty). Co do zasady ustawa Pzp. zabrania negocjacji co do treści złożonej oferty, a zmiana ceny, co ma tu miejsce, jest negocjacją co do treści złożonej oferty. Niemniej jak już Izba powyżej zaznaczyła, ustawa narzuca wyjątek od reguły (zakaz negocjacji co do treści złożonej oferty) w sytuacjach opisanych przez ustawę w ust.2 art. 223 ustawy Pzp., a w niniejszej sprawie dotyczy pkt 3) ust.2 („z uwzględnieniem ust.2" - art.223 ust.1 ustawy Pzp.). Historia tworzenia i modyfikacji aktualnego brzmienia ust.2 art.223 ustawy Pzp dokonywana na przestrzeni funkcjonowania Prawa zamówień publicznych, wskazuje na odstępstwa od formalistycznej oceny ofert, w związku z celem postępowania jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty (art.239 ust.1 w zw. z art.17 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.).

Posiadający najkrótszą historię obowiązywania pkt 3) ust.2 art.223 ustawy Pzp (2008r.) nakazuje zamawiającemu, poprawianie innych omyłek w zakresie niezgodności oferty (4.877%) z dokumentami zamówienia (do 4,7%).

W związku z treścią jak i usytuowaniem postanowień ustawy Pzp w zakresie prawa zamawiającego do wyjaśnień treści oferty (art.223 ust.1), jak i okoliczności (art.223 ust.2 w tym przypadku pkt 3)) co do obowiązku zamawiającego poprawek w ofercie, wspomniane prawo zamawiającego, należy odczytywać jako obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawców, co do treści złożonych ofert.

W zaistniałym stanie rzeczy naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp (art.226 ust.1 pkt 5), pkt 10) w związku z art. 223 ust.1 i ust.2 pkt 3) oraz art.239 ust.1 i art.17 ust. 1 pkt 1), miało wpływ na wynik postępowania, które zamawiający unieważnił na podstawie art.255 pkt 3 ustawy Pzp. z powodu odrzucenia oferty odwołującego i ceny pozostałej oferty, której wartość przekraczała kwotę jaka zamawiający może przeznaczyć na zamówienie.

Izba również stwierdza po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia, w myśl art.505 ust.1 ustawy Pzp., co uprawnia odwołującego do wniesienia odwołania.

W związku z powyższym na mocy art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie w całości, nakazując unieważnienie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i poprawienie oferty, w zakresie wyceny prac projektowych na poziomie 4,7 % wartości robót budowlanych oferty odwołującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) 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), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 24.270 zł 20 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt złotych dwadzieścia groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kosztu dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Przewodniczący: .....