

Sygn. akt: KIO 738/23

WYROK

z dnia 30 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 28 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 marca 2023 roku przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Impel Defender spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 2) Impel Safety spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 3) Impel Facility Services spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 4) Impel FM Partner spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 5) Impel Technical Security spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 6) ITM Poland spółkę akcyjną z siedzibą w Zielonej Górze,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Biuro Administracyjne Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Solid Security spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
- 2) Solid spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą, oraz kwotę 996 zł 00 gr (słownie: dziewięćset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 738/23

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Biuro Administracyjne Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Ochrona osób i mienia (umowa ramowa)”, nr postępowania: ZP/GP/271/III-3/23.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 lutego 2023 r., nr 2023/S

031-091156.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Impel Defender spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, 2) Impel Safety spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, 3) Impel Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

- 4) Impel FM Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 5) Impel Technical Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 6) ITM Poland spółka akcyjną z siedzibą w Zielonej Górze, (dalej: „Odwołujący”) 17 marca 2023 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez wadliwe odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, ponieważ jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia,
- 2) art. 223 ust. 2 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego

poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego,

- 3) art. 239 ust 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór przez Zamawiającego oferty

najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty wybranego Wykonawcy.
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Poprawienie omyłki w treści oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 223 ust.

2 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp.

4. Ponowną ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że w razie uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący oświadczył, że popełnił omyłkę w treści formularza oferty, która polega na tym, że w wierszu nr 1 w pozycji „cena brutto za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej (nie może być niższa niż 38,00 zł. brutto)” Odwołujący wskutek błędnego kopiowania danych z arkusza Excel do formularza oferty, wprowadził wartość 37,99 zł. zamiast prawidłowej wartości 38,00 zł.

Odwołujący wyjaśnił, że omyłka polega na wprowadzeniu w formularzu ofertowym - w tym samym wierszu - wartości 37,99 PLN, mimo że w pierwszej kolumnie w tym samym wierszu jest nawet informacja Zamawiającego, że należy wpisać wartość nie niższą, niż 38,00 PLN. Odwołujący podkreślił, że omyłka ma charakter oczywisty. Dla każdej osoby jest widoczna na pierwszy rzut oka. Nie ulega wątpliwości, że żaden racjonalny Wykonawca nie ma zamiaru składać oferty, która jest w tak oczywisty i jednoznaczny sposób niezgodna z treścią SWZ.

Odwołujący podniósł, że złożenie oferty - co do zasady - stanowi zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd, jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności, co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści SWZ. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią SWZ i wtedy obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt. 3

ustawy prawo zamówień publicznych. Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z SWZ, jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z SWZ, gdyż wówczas przepis ten pozostałby martwy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. - sygn. akt XII Ga 102/09; wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. - sygn. akt XII Ga 429/09; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 21 maja 2008 r. - sygn. akt XII Ga 151/08).

Odwołujący podkreślił, że wskutek błędnego kopiowania danych z arkusza Excel do formularza oferty, wprowadził wartość 37,99 zł. zamiast prawidłowej wartości 38,00 zł. Odwołujący stwierdził, że program komputerowy Excel dokonuje w pewnych okolicznościach samodzielnie zaokrąglenia liczb całkowitych, będącymi ułamkami dziesiętnym z wartością „po przecinku”. Tytułem przykładu Odwołujący podał, że widzimy w komórce D3 – wartość 38, mimo że w opisie komórki (pasek nad tabelą) jest inna wartość, tj. 37,9999999999. Na tę okoliczność w treści odwołania Odwołujący zamieścił print screen tabeli z programu Excel.

Odwołujący podkreślił, że wyżej opisana omyłka ma charakter nieistotny na gruncie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż prowadzi do zmiany wynagrodzenia o kwotę 1 196,76 zł. tj. z pierwotnej ceny oferty 4 799 084,01 zł. do prawidłowej ceny oferty 4 800 280,77 zł. co stanowi wartość procentową 0,0249%. Omyłka dotyczy wartości jednego grosza, a zatem najmniejszej możliwej wartości pieniężnej, funkcjonującej w polskim systemie pieniężnym. Omyłka dotyczy zatem najmniejszej możliwej prawnie różnicy pieniężnej między oświadczeniem prawidłowym, a oświadczeniem wadliwym. Oferta Odwołującego, po poprawieniu omyłki przez Zamawiającego, pozostaje nadal na tym samym miejscu w rankingu ofert, złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący oświadczył, że w piśmie z 2 marca 2023 r. powiadomił Zamawiającego o wystąpieniu omyłki w treści jego oferty oraz zwrócił się do Zamawiającego o poprawienie omyłki, jako nieistotnej w rozumieniu przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Według Odwołującego, poprawienie nieprawidłowości występującej w jego ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych (dawniej: art. 87 ust. 2 pkt 3 starej ustawy prawo zamówień publicznych) jest możliwe, gdyż zostały spełnione dwie przesłanki:

- po pierwsze - zauważona niezgodność ma charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie, XII GA 429/09);
- po drugie - poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Takie stanowisko Wykonawcy znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący wskazał wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO 3722/22, sygn. akt KIO 881/16, sygn. akt KIO 2764/15.

W złożonej pismem z 27 marca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w pkt 23 ust. 2 oraz 26 ust. 2 SWZ, pkt 24 OPZ oraz z opisem zawartym w pozycji 1 Formularza ofertowego. Zamawiający przypomniał, że z pkt 23.2 SWZ wymagał podania w formularzu ofertowym wyłącznie cen jednostkowych brutto, za które wykonawca podejmie się zrealizować poszczególne pozycje przedmiotu zamówienia wyszczególnione w pkt. 26.2 SWZ. Zamawiający nie wymagał w SWZ wskazania w ofercie wartości netto, ani podania stawki VAT za zaoferowaną usługę. Tym samym żądanie Odwołującego, poprawienia wskazanej w jego ofercie ceny brutto, w oparciu o jego oświadczenie, co do nieprawidłowego zaokrąglenia wartości brutto otrzymanej po opodatkowaniu zakładanej przez Odwołującego wartości netto, sprowadza się de facto do zmiany oświadczenia woli w zakresie ceny oferty. Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone przez Odwołującego po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający zaznaczył, że w pkt 24 OPZ zastrzegł wprost, że minimalna stawka roboczo-godziny pracy pracownika ochrony wynosi 38 zł brutto, zaś oferty zawierające stawkę niższą będą odrzucone. Odwołujący, składając ofertę, był zatem poinformowany o konsekwencji złożenia oferty z ceną roboczo-godziny poniżej 38 zł brutto.

W treści SWZ Zamawiający wskazał, iż cena ofertowa brutto wynika z wypełnionego przez Wykonawcę Formularza ofertowego, który został zdefiniowany w systemie przez Zamawiającego. Dodatkowo, zgodnie z punktem 23.2. SWZ w Formularzu ofertowym Wykonawca podaje ceny jednostkowe brutto, za które podejmuje się zrealizować poszczególne pozycje przedmiotu zamówienia wyszczególnione w pkt. 26.2 SWZ. Na tej podstawie system automatycznie wyliczy cenę całkowitą brutto za realizację zamówienia (cenę ofertową brutto). System uniemożliwi Wykonawcy samodzielne dokonywanie zmian w Formularzu ofertowym.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił w SWZ, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena jednostkowa brutto za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej, nie może być niższa niż 38,00 zł brutto. Analogiczna informacja została zawarta bezpośrednio w treści formularza ofertowego w poz. 1. Przy czym Zamawiający w żaden sposób nie narzucał sposobu wyliczenia stawki roboczogodziny – jedyny wymóg Zamawiającego odnosił się do tego, że zaoferowana stawka nie może być niższa niż 38,00 zł brutto.

Odwołujący pomimo jasnej informacji w treści SWZ, pkt 24 OPZ oraz w Formularzu ofertowym podał dla tej pozycji inną stawkę - wynoszącą 37,99 zł brutto. Powyższe oznacza, iż z pełną świadomością, zastrzeżonych przez Zamawiającego konsekwencji, wskazał kwotę niższą, niż określona przez Zamawiającego stawka minimalna za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 umowy. Tym samym oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami SWZ opisanymi przez Zamawiającego. Brak staranności w tym względzie, polegającej na braku weryfikacji treści własnego oświadczenia woli, nie może obciążać Zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że w jego ocenie podana przez Odwołującego w treści Formularza ofertowego stawka 37,99 zł brutto za jedną roboczogodzinę pracy członka

Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy nie należy do kategorii omyłek, które Zamawiający mógłby poprawić na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, iż w Formularzu oferty Odwołującego wystąpiła oczywista omyłka pisarska, której poprawienie zdaniem Odwołującego miałyby charakter nieistotny.

Zamawiający argumentował że poprawienie oczywistej omyłki na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli wykonawcy. Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było natomiast wielokrotnie definiowane na gruncie orzecznictwa KIO i sądów powszechnych. Zamawiający odwołał się do stanowiska Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażonego w wyroku z dnia 27.06.2007r.,(sygn. akt XII Ga 206/08).

Zamawiający podkreślił, że stosownie do treści przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian” wyraża zasadę, że skoro to Zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla Zamawiającego. Tym samym Zamawiający ofertę może „poprawiać”, ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że omyłka polegająca na wskazaniu stawki za roboczogodzinę w kwocie 37,99 zł brutto ma charakter nieistotny – odwołujący skupił się wyłącznie na przedstawieniu znikomego wpływu poprawy ceny roboczogodziny z 37,99 zł na 38,00 zł na całkowitą cenę oferty, przy czym pominął istotność takiej ew. poprawy omyłki w perspektywie swojej sytuacji w postępowaniu. Istotność wnioskowanej poprawy omyłki przejawia się właśnie w tym, że zależy od niej los oferty odwołującego w postępowaniu. Bez poprawy – jest ofertą odrzuconą, która w ogóle nie podlega ocenie przy tworzeniu rankingu ofert. Po poprawie – jest ofertą ważną, brana pod

uwagę w ocenie przy tworzeniu rankingu ofert. Jest to zmiana fundamentalna, stąd kwestionowanie waloru istotności poprawy omyłki, o którą wnosil wykonawca jest dla zamawiającego niezrozumiałe.

W konsekwencji, nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty błędnego wskazania ceny. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie innej ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Zamawiający nie ograniczył możliwości zaferowania ceny jednostkowej dotyczącej stawki za roboczogodzinę jedynie do wartości 38,00 zł – była to stawka minimalna, ale dopuszczalne było zaferowanie także stawki wyższej – w postępowaniu tylko 1 z wykonawców zaferował stawkę minimalną. Celem regulacji przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest poprawianie wszystkich brakówczych też błędów oferty, a jedynie umożliwienie Zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty, nie mających charakteru istotnego.

Brak wskazania ceny jednostkowej lub jej błędne wskazanie, niezależnie od jej wysokości, nie jest ani oczywistą omyłką pisarską, ani inną omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca na gruncie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp nie dopuścił.

W świetle powyższego, należy stwierdzić, że oczekiwana obecnie przez Odwołującego zmiana w formularzu ofertowym wymusza na Zamawiającym akceptację zmiany oświadczenia woli wykonawcy po złożeniu przez niego oferty w postępowaniu. Na to ustawa Pzp nie pozwala, a zatem Zamawiający nie może dokonać tej zmiany.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że dokonał oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Dokonał przedmiotowej czynności w sposób rzetelny i profesjonalny uwzględniając wszystkie okoliczności faktyczne i prawne sprawy. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za przygotowanie oferty przez Wykonawcę niezgodnie z warunkami SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestników postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Solid Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Solid spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej na podstawie przepisów ustawy Pzp, przy odpowiednim zastosowaniu przepisów dotyczących trybu przetargu nieograniczonego. W wyniku postępowania Zamawiający zamierza wyłonić jednego wykonawcę, z którym zawrze umowę ramową na podstawie art. 313 ust. 1 ustawy. (vide pkt 3.1 oraz 3.2. SWZ).

Jak wynika z pkt 14.1 a) SWZ oferta składa się m.in. z wypełnionego zdefiniowanego przez Zamawiającego w systemie Formularza ofertowego – zakres danych wypełnianych przez Wykonawcę w systemie został określony w pkt. 23 i 26 SWZ.

W pkt 23 SWZ został opisany sposób obliczenia ceny oferty, zgodnie z którym: „23.1. Cena ofertowa brutto wynika z wypełnionego przez Wykonawcę Formularza ofertowego, który został zdefiniowany w systemie przez Zamawiającego.

23.2. W Formularzu ofertowym Wykonawca podaje ceny jednostkowe brutto, za które podejmuje się zrealizować poszczególne pozycje przedmiotu zamówienia wyszczególnione w pkt. 26.2 SWZ.

Na tej podstawie system automatycznie wyliczy cenę całkowitą brutto za realizację zamówienia (cenę ofertową brutto). System uniemożliwi Wykonawcy samodzielne dokonywanie zmian w Formularzu ofertowym.

UWAGA!!

Zaoferowana przez Wykonawcę cena jednostkowa brutto za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej, nie może być niższa niż 38,00 zł brutto.

Oferowane ceny jednostkowe brutto wskazane w Formularzu ofertowym winny obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym Specyfikacją i wzorem umowy. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia Wykonawcy z żadnych podatków, opłat, cel, cen materiałów, transportu itp., których nie przewidziano w SWZ, ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń, ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji przetargowej.

Oferowane ceny winny uwzględniać obowiązującą od 1 lipca 2023 r. płacę minimalną w wysokości 3.600 zł ().

23.3. Cena ofertowa brutto służy do porównania ofert.

23.4. Ceny jednostkowe brutto podane przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym są podawane w walucie polskiej z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku w rozumieniu ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 178) oraz ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. z 1994 r., Nr 84, poz. 386 ze zm.).

23.5. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrz wspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza

do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.”

Zamawiający ustanowił jedno kryterium oceny ofert, tj. cena – 100% (vide pkt 25 SWZ).

W przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania i otwarcia ofert, wpłynęły oferty od czterech wykonawców. Na podstawie ich treści, Izba ustaliła, że ceny w tabeli „Lista pozycji” dla pozycji nr 1, której opis jest następujący: „cena brutto za jedną

roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej (nie może być niższa niż 38,00 zł brutto)”, były następujące:

Odwolujący zaoferował: „Brutto: 37,99 PLN”,

Przystępujący zaoferował: „Brutto: 38,00 PLN”,

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia STEKOP spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i „STEKOP – OCHRONA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zaoferowali: „Brutto: 42,73 PLN”,

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SERIS KONSALNET OCHRONA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zaoferowali: „Brutto: 42,07 PLN”.

Otwarcie ofert miało miejsce 27 lutego 2023 r.

Pismem z 3 marca 2023 r., Odwołujący zwrócił się od Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp

„z wnioskiem o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w treści formularza oferty, która polega na tym, że w wierszu nr 1 w pozycji „cena brutto za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej (nie może być niższa niż 38,00 zł. brutto)” Wykonawca wskutek błędnego kopiowania danych z arkusza Excel do formularza oferty wprowadził wartość 37,99 zł. zamiast prawidłowej wartości 38,00 zł.”

Pismem z 7 marca 2023 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, tj. o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazał jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, wskazując następujące uzasadnienie faktyczne: „jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie SWZ: pkt. 23 ust. 2, 26 ust. 2 oraz opisu w poz. 1 Formularza oferty, w których Zamawiający zastrzegł, że cena brutto za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej nie może być niższa niż 38,00 zł brutto. Wykonawca podał dla tej pozycji (pkt. 1 Formularz oferty) stawkę niższą, wynoszącą 37,99 zł brutto.

Powyższa rozbieżność nie należy do kategorii omyłek, które Zamawiający mógłby poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy.

Zamawiający informuje, że rozpatrzył wyjaśnienia Wykonawcy z 03.03.2023 r. lecz nie zgadza się z przedstawioną w nich argumentacją, że w Formularzu oferty wystąpiła

oczywista omyłka pisarska a poprawienie omyłki, jak podnosi Wykonawca, miałyby charakter nieistotny na gruncie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ww. ofertę.”

Izba zważyła co następuje.

Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 223 ustawy Pzp

1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
 - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

art. 239 ust 1 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, w tym z treścią SWZ aktualizuje się w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada wymogom zamawiającego zawartych w dokumentach zamówienia. Wobec tego takie sytuacje jak określenie zakresu przedmiotu

zamówienia w sposób odmienny od oczekiwań zamawiającego, czy skalkulowanie ceny z pominięciem wytycznych zamawiającego, może być, jak wskazuje się w orzecznictwie, podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnieniem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16) (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2022 r., sygn. akt KIO 2636/22).

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 223 ust. 3 ustawy Pzp powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zatem granicą dla dokonania zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe jest brak doprowadzenia do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym („istotne zmiany”) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z orzecznictwem Izby: „Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych, zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SWZ oraz z

treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty.” (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1820/22). Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 2 maja 2022 r., sygn. akt KIO 949/22: „Jeśli chodzi o inne omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych, przepis ten pozwala na poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, przy czym nie mogą one mieć charakteru istotności. Poprawienie omyłek w rozumieniu tego przepisu, nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści specyfikacji, czyli do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy. Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty.” Podobnie wskazała Izba w wyroku z dnia 13 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3772/21: „Przede wszystkim, istotna zmiana treści oferty powinna stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności.”

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Nie jest sporne między Stronami, że w tabeli „Lista pozycji” dla pozycji nr 1, której opis jest następujący: „cena brutto za jedną roboczogodzinę członka Zespołu, o którym mowa w § 5 ust. 4 wzoru umowy wykonawczej (nie może być niższa niż 38,00 zł brutto)”, Odwołujący zaoferował: „Brutto: 37,99 PLN”. Dla Odwołującego oczywistym jest, że „skoro Zamawiający jednoznacznie napisał w punkcie 1 tabeli „lista pozycji” 38 zł a wykonawca zaoferował 37,99 zł to wiadomo, że jego intencją było zaoferowanie ceny minimalnej” (vide protokół posiedzenia i rozprawy z 28 marca 2023 r.). Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Słusznie Zamawiający podniósł, że po pierwsze, nie wszyscy wykonawcy zaoferowali w pomawianej pozycji ceny na minimalnym poziomie 38 zł brutto. Po drugie, omyłka popełniona przez Odwołującego mogła polegać na tym, że zamiast 37,99 zł brutto mógł chcieć zaoferować cenę 38,99 zł brutto albo 39,99 zł brutto. Nie ma zatem potencjalnie tylko jednego sposobu poprawienia zaoferowanej ceny. Wreszcie, aby ustalić ewentualny sposób poprawienia tej pozycji formularza ofertowego nie tylko niezbędny byłby udział Odwołującego, ale przede wszystkim konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty o nową

treść, niewskazaną pierwotnie w złożonej ofercie. Oznacza to niedopuszczalność takiej zmiany, czym innym jest bowiem wyjaśnienie treści oferty, a czym innym jej uzupełnienie. Choć przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp służy co do zasady przywróceniu zgodności treści oferty z warunkami zamówienia to granicą jest „istotność” takiej zmiany. W okolicznościach tej sprawy poprawienie oferty Odwołującego jest niedopuszczalne, bo zmiana miałaby charakter istotny, a ponadto doszłoby do nieuprawnionych negocjacji treści oferty po terminie otwarcia ofert, ponieważ na podstawie samej treści oferty nie sposób ustalić jaka prawidłowa inna wartość niż podana przez Odwołującego w spornej pozycji, jest prawidłowa. Dodatkowo wskazać należy, że wartością jaka miałaby zostać poprawiona jest cena jednostkowa. Wyrok, na który powołał się w treści odwołania Odwołujący dotyczy sytuacji, w której poprawiona została błędnie zaoferowana ilość przy niezmienności ceny jednostkowej. Wskazać też należy, że choć znane są przypadki poprawiania błędów w zakresie ceny jednostkowej to informacje na temat poprawienia znajdują się w treści samej oferty, ewentualnie poprawienie jest możliwe na skutek wyjaśnienia sprzeczności w ofercie. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tej sprawie. Mając na uwadze sposób wypełnienia formularza oferty wynikający z treści SWZ, zgodnie z którym wykonawcy podawali ceny jednostkowe, a następnie system w oparciu o podaną przez Zamawiającego ilość wyliczał cenę brutto za

daną pozycję, nie mamy też do czynienia z błędem rachunkowym (brak zresztą takiego zarzutu), a zarzut dotyczący oczywistej omyłki pisarskiej sprowadza się do twierdzenia, że wobec zawartej informacji iż cena za sporną pozycję nie może być niższa niż 38 zł brutto oczywistym jest, że intencją Odwołującego nie było zaoferowanie ceny 37,99 zł brutto. Niemniej jednak z treści oferty wynika, że właśnie taka cena jednostkowa w tej pozycji widnieje i jednocześnie brak w samej ofercie wskazówek co do tego jaką inną cenę w tej pozycji formularza mógłby chcieć Odwołujący zaoferować. Z tego względu czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jest w okolicznościach przedmiotowej sprawy prawidłowa, w konsekwencji czego odwołanie zostało oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 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. poz. 2437).

Przewodnicząca: