

WYROK

Warszawa, 21 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 października 2024 r. przez wykonawcę PBO Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu,

w postępowaniu prowadzonym przez SIM Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie,

uczestnik po stronie odwołującego: RISER Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, unieważnienie czynności wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz powtórzenie czynności badania ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża SIM Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Chorzowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – SIM Śląsk Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa 2 budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą w Świętochłowicach w rejonie ul. Śląskiej (budynek nr 2 i 3 na działkach 4462 i 4464) - Etap I inwestycji realizowanej w ramach zadania pn.: Budowa 3 budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z ciągiem pieszo-jezdnym, dojściami, dojazdami, parkingami, wiatami śmietnikowymi oraz infrastrukturą techniczną*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/S 149-464083.

W dniu 4 października 2024 r. wykonawca PBO Śląsk Sp. z o. o. wniósł odwołanie wobec czynności poprawienia w jego ofercie omyłki rachunkowej oraz w konsekwencji niezasadnego wezwania go do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 223 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 Kc w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z postanowieniami rozdziału 19 SWZ, poprzez bezzasadne poprawienie treści formularza ofertowego odwołującego w

zakresie ceny całkowitej zaofferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia, w sposób polegający na zsumowaniu poszczególnych pozycji wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia i na tej podstawie skorygowanie całkowitej ceny oferty odwołującego z kwoty 33 492 413,65 zł brutto do kwoty 27 899 519,91 zł brutto, a zatem o 5 592 893,74 zł, podczas gdy w świetle postanowień SWZ Zamawiający jest związany całkowitą ceną oferty wykazaną w formularzu ofertowym, tj. kwotą 33 492 413,65 zł brutto, a poprawienie rzekomych omyłek stanowi daleko idącą ingerencję w treść oświadczenia woli odwołującego, doprowadzając do zniekształcenia tego oświadczenia woli (oferty) oraz powoduje, że całkowita cena ofertowa skorygowana przez Zamawiającego nie obejmuje wyceny całego przedmiotu zamówienia, a istotna część składowa oferty zawiera cenę rażąco niską oraz narusza zasady uczciwej konkurencji;

2) ewentualnie – art. 223 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 Kc w zw. z postanowieniami rozdziału 19 SWZ, poprzez bezzasadne poprawienie treści formularza ofertowego odwołującego w zakresie ceny całkowitej zaofferowanej za wykonanie przedmiotu zamówienia, w sposób polegający na zsumowaniu poszczególnych pozycji wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia i na tej podstawie skorygowanie całkowitej ceny oferty odwołującego z kwoty 33 492 413,65 zł brutto do kwoty 27 899 519,91 zł brutto, a zatem o 5 592 893,74 zł, podczas gdy w świetle postanowień SWZ Zamawiający jest związany całkowitą ceną oferty wykazaną w formularzu ofertowym, tj. kwotą 33 492 413,65 zł brutto, a ewentualna korekta powinna zostać dokonana względem kwot określonych w poz. „Instalacje wewnętrzne (elektryczne w tym fotowoltaika, gazowe wraz z montażem osprzętu, wod.-kan. C.O. wraz z białym montażem, inne instalacje, urządzenia i wyposażenie)”, w której zamiast kwoty 1 913 645,52 zł brutto powinna widnieć kwota 7 347 684,77 zł brutto, oraz w poz. „Przyłącza techniczne (przyłącza obiektu do sieci: wodociągowej, kanalizacyjnej, deszczowej, urządzenia i obiekty)”, w której zamiast kwoty 733 506,47 zł brutto powinna widnieć kwota 892 360,97 zł brutto, tak aby dostosować wycenę tych pozycji do całkowitej wartości zamówienia, która w formularzu ofertowym została określona przez odwołującego prawidłowo i powinna być rozstrzygająca dla zamawiającego przy ocenie ofert;

3) w konsekwencji – art. 126 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wezwanie odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych ze względu na fakt, że po dokonanej przez Zamawiającego poprawie rzekomej oczywistej omyłki rachunkowej, skutkującej istotnym zmniejszeniem całkowitej ceny ofertowej oferta odwołującego została skasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

– unieważnienia czynności wezwania odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych;

– przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, ewentualnie skorygowania treści formularza ofertowego poprzez:

a) poprawę wyceny poz. „Instalacje wewnętrzne (elektryczne w tym fotowoltaika, gazowe wraz z montażem osprzętu, wod.-kan. C.O. wraz z białym montażem, inne instalacje, urządzenia i wyposażenie)” z kwoty 1 913 645,52 zł brutto na kwotę 7 347 684,77 zł brutto oraz

b) poprawę wyceny poz. „Przyłącza techniczne (przyłącza obiektu do sieci: wodociągowej, kanalizacyjnej, deszczowej, urządzenia i obiekty)” z kwoty 733 506,47 zł brutto na kwotę 892 360,97 zł brutto

z uwzględnieniem całkowitej ceny oferty: 33 492 413,65 zł brutto.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia na warunkach zgodnych ze złożoną ofertą, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na obowiązku zawarcia umowy na warunkach niezgodnych z jego oświadczeniem woli albo utracie wadium.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca RISER Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. 19 SWZ (Sposób obliczenia ceny):

1. Wykonawca podaje cenę oferty w Formularzu Ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ. Cenę należy obliczyć w następujący sposób:

- 1) podając wartość netto (cenę oferty netto),
- 2) wskazując zastosowaną stawkę podatku VAT,
- 3) obliczając wysokość podatku VAT,
- 4) podając wartość brutto (cenę oferty brutto).

Przez cenę oferty Zamawiający rozumie cenę brutto za całe zadanie objęte przedmiotem zamówienia.

W razie rozbieżności wynikających z wyliczeń matematycznych, Zamawiający przyjmie, że prawidłowo podano wartość netto w zł., tzn.: ceną wyjściową jest wartość netto w zł, którą trzeba przemnożyć przez odpowiednią stawkę podatku VAT. Wartość brutto otrzymamy poprzez sumę wartości netto i wyliczonej wartości VAT: $\text{wartość netto} + \text{wartość netto} \times \text{stawka VAT (wartość VAT)} = \text{wartość brutto}$

2. Obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie ryczałtowe. (...)

7. W związku z przyjętą formułą wynagrodzenia, Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą.

W rozdz. 20 SWZ zamawiający wskazał jako jedyne kryterium oceny ofert cenę ofertową brutto.

W załączniku nr 2 do SWZ zamawiający określił wzór formularza ofertowego, zamieszczając w nim m.in. następującą tabelę do wypełnienia:

Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego na zamówienie pn.: Budowa 2 budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą w Świętochłowicach w rejonie ul. Śląskiej (budynek nr 2 i 3 na działkach 4462 i 4464) - Etap I inwestycji realizowanej w ramach zadania pn.: Budowa 3 budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z ciągiem pieszo-jezdnym, dojazdami, parkingami, wiatami śmietnikowymi oraz infrastrukturą techniczną SKŁADAMY OFERTĘ na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, na następujących warunkach:

ZAKRES PRAC	Stawka VAT	Cena [zł netto]	Cena [zł brutto]
STAN ZEROWY (roboty ziemne, fundamenty podłoża, ściany podziemia, strop nad podziemiem i inne elementy konstrukcyjne, izolacje poziome i pionowe, inne)	8%		
STAN SUROWY (konstrukcja nośna budynku, konstrukcja, izolacje, pokrycie dachu i obróbki blacharskie, ścianki działowe, obudowy, okna i drzwi zewnętrzne, nawiewniki, bramy garażowe, inne)	8%		
STAN WYKOŃCZENIOWY WEWNĘTRZNY (tynki, oblicowania, malowanie ścian, podłoża betonowe, izolacje poziome, wylewki, posadzki, stolarka drzwiowa wewnętrzna, ościeżnice, elementy ślusarskie, dźwigi osobowe, platformy dla niepełnosprawnych, inne)	8%		
STAN WYKOŃCZENIOWY ZEWNĘTRZNY (elewacje, różne roboty zewnętrzne)	8%		
INSTALACJE WEWNĘTRZNE (elektryczne w tym fotowoltaika, gazowe wraz z montażem osprzętu, wod.-kan. C.O. wraz z białym montażem, inne instalacje, urządzenia i wyposażenie)	8%		
PRZYŁĄCZA TECHNICZNE (przyłącza obiektu do sieci: wodociągowej, kanalizacyjnej, deszczowej, urządzenia i obiekty)	23%		
URZĄDZENIE TERENU (drogi, chodniki wewnątrzosiedlowe, zieleni, elementy zagospodarowania)	23%		
RAZEM [zł/netto]			
WYSOKOŚĆ VAT 8% [zł]			
WYSOKOŚĆ VAT 23% [zł]			
RAZEM [BRUTO] – cena oferty			

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- 1)Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. – 32 855 527,30 zł,
- 2)PBO Śląsk Sp. z o.o. – 33 492 413,65 zł,
- 3)Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. – 32 571 302,48 zł,
- 4)Riser Sp. z o.o. – 29 698 369,19 zł,
- 5)ELBUD Bytom Sp. z o.o. – 33 621 389,41 zł.

Odwolujący wypełnił tabelę w formularzu ofertowym w następujący sposób:

ZAKRES PRAC	Stawka VAT	Cena [zł netto]	Cena [zł brutto]
STAN ZEROWY (roboty ziemne, fundamenty podłoża, ściany podziemia, strop nad podziemiem i inne elementy konstrukcyjne, izolacje poziome i pionowe, inne)	8%	2.887.292,18	3.118.275,55
STAN SUROWY (konstrukcja nośna budynku, konstrukcja, izolacje, pokrycie dachu i obróbki blacharskie, ścianki działowe, obudowy, okna i drzwi zewnętrzne, nawiewniki, bramy garażowe, inne)	8%	11.126.413,49	12.016.526,57.
STAN WYKOŃCZENIOWY WEWNĘTRZNY (tynki, oblicowania, malowanie ścian, podłoża betonowe, izolacje poziome, wylewki, posadzki, stolarka drzwiowa wewnętrzna, ościeżnice, elementy ślusarskie, dźwigi osobowe, platformy dla niepełnosprawnych, inne)	8%	5.572.731,16	6.018.549,65
STAN WYKOŃCZENIOWY ZEWNĘTRZNY (elewacje, różne roboty zewnętrzne)	8%	2.249.650,55	2.429.622,59
INSTALACJE WEWNĘTRZNE (elektryczne w tym fotowoltaika, gazowe wraz z montażem osprzętu, wod.-kan. C.O. wraz z białym montażem, inne instalacje, urządzenia i wyposażenie)	8%	1.771.894,00	1.913.645,52
PRZYŁĄCZA TECHNICZNE (przyłącza obiektu do sieci: wodociągowej, kanalizacyjnej, deszczowej, urządzenia i obiekty)	23%	596.346,72	733.506,47
URZĄDZENIE TERENU (drogi, chodniki wewnątrzosiedlowe, zielen, elementy zagospodarowania)	23%	1.357.230,53	1.669.393,55
RAZEM [zł/netto]			30.772.226,45
WYSOKOŚĆ VAT 8% [zł]			2.291.159,93
WYSOKOŚĆ VAT 23% [zł]			479.027,27
RAZEM [BRUTO] – cena oferty			33.492.413,65

Pismem z 24 września 2024 r. zamawiający poinformował o poprawieniu – na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 – oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego. Zamawiający wskazał:

Omyłka polega na niezgodności sumowania poszczególnych pozycji z wierszy formularza ofertowego z podsumowaniem – ceną oferty.

Zamawiający w trakcie weryfikacji poprawności wyliczenia ceny oferty dokonał sprawdzenia wyliczeń wszystkich składowych zakresu prac. Sprawdzenie wykazało, że Wykonawca błędnie podsumował łączną wartość netto, wartości VAT dla poszczególnych stawek oraz wartość brutto.

W związku z powyższym Zamawiający dokonuje następujących poprawek w treści Formularza ofertowego:

W podsumowaniu tabeli formularza ofertowego

- było:

RAZEM [zł/netto]	30.722.226,45
WYSOKOŚĆ VAT 8% [zł]	2.291.159,93
WYSOKOŚĆ VAT 23% [zł]	479.027,27
RAZEM [BRUTTO] – cena oferty	33.492.413,65

- jest:

RAZEM [zł/netto]	25 561 558,63
WYSOKOŚĆ VAT 8% [zł]	1 888 638,51
WYSOKOŚĆ VAT 23% [zł]	449 322,77
RAZEM [BRUTTO] – cena oferty	27 899 519,91

Pismem z 26 września 2024 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że przedstawiona przez niego w formularzu cenowym cena całkowita za wykonanie przedmiotu zamówienia (33.492.413,65 zł brutto) jest prawidłowa i wyjaśnił:

Różnica pomiędzy ceną całkowitą wskazaną w formularzu ofertowym, a sumą pozycji częściowych wynika z faktu, iż podczas wypełniania formularza ofertowego doszło do błędnego przeniesienia kwot z naszego wewnętrznego formularza cenowego, który dla celów roboczych przygotowania oferty miał rozbić na bardziej szczegółowe pozycje w częściach: pozycja: INSTALACJE WEWNĘTRZNE (elektryczne w tym fotowoltaika, gazowe wraz z montażem osprzętu, wod.-ka C.O. wraz z białym montażem, inne instalacje, urządzenia i wyposażenie)

INSTALACJE WEWNĘTRZNE - sanitarne	INSTALACJE WEWNĘTRZNE - elektryczne
5 031 517,82	1 771 894,00
8%	8%
402 521,43	141 751,52
5 434 039,25	1 913 645,52

Omyłkowo w formularzu ofertowym została wykazana wyłącznie cena za INSTALACJE WEWNĘTRZNE – elektryczne, tj. 1.771.894,00 zł brutto.

Prawidłowa cena całej pozycji w formularzu ofertowym „INSTALACJE WEWNĘTRZNE” wynosi: 7.347.684,77 zł. brutto.

pozycja PRZYŁĄCZA TECHNICZNE (przyłącza obiektu do sieci: wodociągowej, kanalizacyjnej, deszczowej, urządzenia obiekty)

PRZYŁĄCZA TECHNICZNE I ZEWNĘTRZNE - sanitarne	PRZYŁĄCZA TECHNICZNE I ZEWNĘTRZNE - elektryczne
596 346,72	129 150,00
23%	23%
137 159,75	29 704,50
733 506,47	158 854,50

Omyłkowo w formularzu ofertowym została wykazana jedynie cena za PRZYŁĄCZA TECHNICZNE I ZEWNĘTRZNE, sanitarne tj. 733.506,47 zł brutto.

Prawidłowa cena całej pozycji w formularzu ofertowym „PRZYŁĄCZA TECHNICZNE” wynosi: 892.360,97 zł brutto. (...)

Wola Wykonawcy było zaproponowanie ceny ofertowej w kwocie 33.492.413,65 zł brutto, a ewentualne rozbieżności pomiędzy kwotą wpisaną w pozycji „RAZEM [BRUTTO] – cena oferty” a sumą poszczególnych pozycji z formularza ofertowego wynika z nieuwzględnienia w pozycji „INSTALACJE WEWNĘTRZNE” oraz w pozycji „PRZYŁĄCZA TECHNICZNE” wszystkich kosztów przyjętych w wewnętrznym formularzu ofertowym wykonawcy. (...)

Dokonana przez Zamawiającego korekta doprowadziła zatem do sprzecznego z wolą Wykonawcy zmodyfikowania złożonego przez niego oświadczenia woli. Z formularza ofertowego nie wynika bowiem, aby wolą Wykonawcy było zaoferowanie realizacji zamówienia za kwotę 27.899.519,91 zł brutto, a ustalona przez Zamawiającego wartość stanowi niedozwoloną i sprzeczną z treścią formularza ofertowego ingerencją w oświadczenie woli Wykonawcy. Tym samym, wprowadzona przez Zamawiającego zmiana, w sposób niedozwolony modyfikująca zamierzenia ofertowe Wykonawcy, powinna zostać unieważniona. W przeciwnym razie, w przypadku utrzymania przez Zamawiającego zmienionej ceny ofertowej na kwotę 27.899.519,91 zł brutto, wartość przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia nie będzie odpowiadać rynkowej wartości prac objętych przedmiotowym zamówieniem, a zatem ustalona przez Zamawiającego kwota nie pozwalałaby na jego prawidłowe zrealizowanie. Wykonawca informuje w związku z tym, że realizacja zamówienia za kwotę otrzymaną w wyniku modyfikacji Zamawiającego jest niemożliwa. (...)

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo zastosował powyższy przepis. Przede wszystkim podkreślić należy, że warunkiem skorzystania z tego przepisu jest wystąpienie w ofercie takiej omyłki rachunkowej, która ma charakter oczywisty. Zatem nie każdy przypadek zaprezentowania w ofercie nieprawidłowej operacji matematycznej kwalifikuje się do poprawienia. Możliwe jest to wyłącznie w sytuacji, gdy nie istnieją żadne wątpliwości co do tego, które wartości zostały wskazane błędnie i na czym ten błąd polegał. O oczywistości omyłki rachunkowej można więc mówić, jeżeli istnieje tylko jeden zgodny z regułami działań matematycznych sposób jej poprawienia, a intencja wykonawcy co do treści składanego oświadczenia woli jest całkowicie jasna, w związku z czym zamawiający nie musi przewidywać rzeczywistej treści tego oświadczenia czy przyjmować jakichkolwiek własnych założeń w tym zakresie.

Stosowanie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wymaga szczególnej rozważli, biorąc pod uwagę fakt, że

poprawienie oferty na podstawie tego przepisu nie wymaga akceptacji wykonawcy, w przeciwieństwie do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (art. 223 ust. 3 ustawy Pzp). Zauważyć należy, że tam, gdzie ustawa dopuszcza poprawienie omyłki innej niż oczywista, co może prowadzić do niewłaściwego odczytania treści oświadczenia woli, wymagana jest zgoda wykonawcy. Z kolei poprawienie omyłek, dla których ustawodawca takiej zgody nie wymaga, dotyczy wyłącznie przypadków niepozostawiających żadnego pola do interpretacji, nieobarczonych ryzykiem niewłaściwego odczytania zamiarów wykonawców.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający poprawił omyłkę, której zdaniem Izby nie sposób przypisać charakteru oczywistego. Nie jest przedmiotem sporu, że oferta odwołującego zawierała błąd polegający na tym, że suma cen za poszczególne zakresy prac była niezgodna z ceną całkowitą. Dane zawarte w formularzu ofertowym nie pozwalały jednak stwierdzić, czy odwołujący popełnił błąd w kwotach częściowych czy w określeniu ceny ofertowej. W tej sytuacji konieczne było przyjęcie przez zamawiającego określonego założenia co do tego, w których wartościach nastąpiła omyłka, co samo w sobie wyklucza jej oczywistość. Dodatkowo zamawiający przyjął, że błędnie wskazano cenę całkowitą i dokonał jej korekty, chociaż zdaniem Izby istnieje więcej argumentów za tym, że to cenę całkowitą można by potraktować jako prawidłową, to bowiem ta wartość była wiążąca, jako stanowiąca kryterium oceny ofert i określająca przyszłe wynagrodzenie wykonawcy, mające zgodnie z SWZ charakter ryczałtowy. Jednak samo istnienie wątpliwości co do tego, w których wartościach wykonawca popełnił błąd powoduje, że sposób poprawienia oferty nie jest jednoznaczny, a omyłka nie może być uznana za oczywistą.

Zauważyć należy, że dokonana przez zamawiającego korekta spowodowała tak istotną zmianę ceny oferty, że skutkowałą zmianą pozycji oferty odwołującego w rankingu ofert z czwartej na pierwszą – cena ofertowa uległa zmniejszeniu o ponad 5,5 mln zł, tj. o blisko 17%. Tak daleko idąca zmiana mogłaby być dokonana wyłącznie w sytuacji niepozostawiającej jakichkolwiek wątpliwości co do rzeczywistej woli wykonawcy, co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca. Co więcej, odwołujący poinformował zamawiającego, że dokonana przez niego zmiana stanowi istotne zniekształcenie jego oświadczenia woli i powoduje, że nie widzi on możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za cenę określoną przez zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, na czym polegał popełniony przez niego w formularzu ofertowym błąd. Wyjaśnienia te odwołujący potwierdził w postępowaniu odwoławczym, przedstawiając wiadomość e-mail z załączonym wewnętrznym kosztorysem ofertowym, zawierającym prawidłowe ceny częściowe oraz oświadczenie pracownika dotyczące popełnienia błędu przy przenoszeniu tych wartości do formularza ofertowego. Zamawiający jednak po zapoznaniu się z pismem odwołującego nie zweryfikował prawidłowości swojej czynności. Zamawiający, wbrew uzyskanym informacjom, nadal utrzymywał, że błąd w formularzu ofertowym miał charakter oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na błędnym zsumowaniu cen za poszczególne zakresy robót i podjął kroki zmierzające do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych), mimo wiedzy, że treść oferty po poprawieniu znacząco odbiega od rzeczywistej treści oświadczenia woli odwołującego. Tym samym zamawiający postawił odwołującego przed wyborem, czy zawrzeć umowę na warunkach, które nie zostały zaoferowane, czy odmówić zawarcia umowy, czego konsekwencją byłaby utrata wadium.

Za nietrafną Izba uznała argumentację zamawiającego, który podnosił, że nie miał możliwości innego postąpienia z ofertą odwołującego, gdyż rezygnacja z poprawienia omyłki rachunkowej oznaczałaby, że w treści formularza ofertowego pozostałyby oświadczenia wzajemnie sprzeczne, a sprzeczności tej nie da się wyeliminować. Odnosząc się do tego stanowiska należy stwierdzić, że o zasadności poprawienia omyłki rachunkowej nie może świadczyć to, że zamawiający nie dostrzegł innego, zgodnego z ustawą sposobu postąpienia z tą ofertą. Skoro – jak wskazano powyżej – omyłce nie można było przypisać charakteru oczywistego, zamawiający powinien ocenić, czy oferta z takim błędem pozostaje merytorycznie, czy jedynie formalnie niezgodna z SWZ, i w zależności od wyników tej oceny uznać, że oferta jest prawidłowa albo że jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w razie stwierdzenia niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia zamawiający powinien ocenić, czy niezgodność ta może być wyeliminowana na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czy też powinna skutkować odrzuceniem oferty. Wskazane możliwości powinny być przez zamawiającego rozważone w ramach ponownego badania ofert. Izba nie dokonuje bowiem uprzedniej oceny przyszłych czynności zamawiającego, ale ocenia czynność już dokonaną. Czynność ta, polegająca na poprawieniu oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, była nieprawidłowa, zatem Izba – uwzględniając główne żądanie odwołania – nakazała jej unieważnienie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....

