

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 r. przez **wykonawcę PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 4187/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Świadczenie usługi Konsultanta dla zadania pn.: *Przebudowa DW492 od DK 46 do granicy województwa, odcinek I od granicy województwa do Łobodna odcinek II od skrzyżowania z DW491 w m. Łobodno do skrzyżowania z DK43 w m. Kłobuck*” nr ref.: *WI-K/PN/240828/4*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2024 r., za numerem OJ S 180/24, 554435-2024.

W dniu 12 listopada 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na niewłaściwym dokonaniu poprawy oczywistej omyłki w Formularzu Cenowym (Wycenie) Odwołującego polegającej na zmianie w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość netto" z 100.000 PLN na 1.000.000 PLN, kiedy to zmianie powinna ulec pozycja "Wartość jednostkowa netto" z 1.000.000 PLN na 100.000 PLN;
- 2) zaniechania czynności poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w Formularzu Cenowym (Wycenie) Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp poprzez skreślenie ostatniego (0) zera w wartości wskazanej w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość jednostkowa netto", tj. zmianie wartości 1.000.000 PLN na 100.000 PLN;
- 3) ewentualnie zaniechania czynności poprawy innej omyłki w Formularzu Cenowym (Wycenie) Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez skreślenie ostatniego (0) zera w wartości wskazanej w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość jednostkowa netto", tj. zmianie wartości 1.000.000 PLN na 100.000 PLN;
- 4) ewentualnie zaniechania czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu poprawy pozycji Formularza Cenowego Odwołującego pn. "Ceny jednostkowej netto" za wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp przez jego błędne zastosowanie wynikające z niewłaściwego dokonania poprawy oczywistej omyłki w Formularzu Cenowym (Wycenie) Odwołującego polegającej na zmianie w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość netto" z 100.000 PLN na 1.000.000 PLN, kiedy to zmianie powinna ulec pozycja "Wartość jednostkowa netto" z 1.000.000 PLN na 100.000 PLN
- 2) art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp przez jego niezastosowanie wynikające z zaniechania poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w Formularzu Cenowym (Wycenie) Odwołującego poprzez skreślenie ostatniego (0) zera w wartości wskazanej w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość jednostkowa netto";

3) ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp przez zaniechanie poprawy innej omyłki w Formularzu Cenowym (Wycenie) Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez skreślenie ostatniego (0) zera w wartości wskazanej w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość jednostkowa netto", tj. zmianie wartości 1.000.000 PLN na 100.000 PLN;

4) art. 223 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu poprawy pozycji Formularza Cenowego Odwołującego pn. „Ceny jednostkowej netto” za wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w Formularzu Cenowym (Wycenie) Odwołującego z dnia 30 października 2024 r. polegającej na zmianie w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość netto" z 100.000 PLN na 1.000.000 PLN;

2) dokonanie na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 1 i/lub pkt 3 ustawy pzp poprawy omyłki w Formularzu Cenowym (Wycenie) poprzez zmianę w rubryce "Wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych" pozycji "Wartość netto" z 1.000.000 PLN na 100.000 PLN;

3) ewentualnie wezwanie Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu poprawy pozycji Formularza Cenowego Odwołującego pn. "Ceny jednostkowej netto" za wykonanie Laboratoryjnych badań kontrolnych.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że aby dokonać poprawy omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp muszą łącznie zaistnieć następujące warunki:

- a. omyłka musi być wynikiem błędu działania na liczbach – omyłka musi mieć charakter omyłki rachunkowej, a zamawiający wie w jaki sposób ją poprawić (opisał sposób obliczenia matematycznego ceny oferty);
- b. omyłka musi mieć charakter oczywisty;
- c. musi istnieć tylko jeden sposób poprawy omyłki.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym stanie faktycznym nie ziszcila się żadna z wyżej wskazanych przesłanek. Ustalenie "Wartości netto" dla każdej z pozycji Formularza Cenowego nie wymagało wykonywania żadnych działań matematycznych czy rachunkowych, ponieważ Zamawiający dla wszystkich pozycji Formularza przyjął wartość (1) jeden. Wypełniony Formularz Cenowy (Wycena) stanowi rozbić ceny ryczałtowej wykonania usługi, a nie formularz kalkulacyjny na podstawie którego dokonano wyceny. O takim charakterze świadczy brak wskazania jakichkolwiek algorytmów w formularzu, zarówno w wersji papierowej jak i elektronicznej (plik Excel). Wykonawcy wypełniając Formularz Cenowy byli zobowiązani dwa razy wstawić tę samą wartość w pozycji "Cena jednostkowa netto" oraz "Wartość netto". Przygotowany przez Zamawiającego plik Excel stanowiący wzór Formularza Cenowego nie zawierał zatem żadnych formuł matematycznych. Co więcej, sam Zamawiający w żadnym miejscu w SWZ nie określił zasad obliczania poszczególnych wartości (np. poprzez przemnożenie ich przez konkretne wartości jednostkowe).

Odwołujący podniósł, że omyłka w Formularzu Ofertowym Wykonawcy nie była wynikiem błędnego przeprowadzenia działania matematycznego, gdyż takie nie musiało – i nie było – przeprowadzone. Omyłka polegała na niezamierzonym wpisaniu dodatkowego (0) zera w pozycji Cena jednostkowa netto" w rubryce Laboratoryjne badania kontrolne. Omyłka powinna być kwalifikowana jako oczywisty błąd pisarski i powinna zostać poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, ewentualnie jako inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08 wskazując, że oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy.

Odwołujący argumentował dalej, że na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium "Cena", jak i na potrzeby rozliczeń z wykonawcą, z którym zostanie zawarta umowa – wiążącą tak dla Zamawiającego jak i wykonawcy wartością jest cena globalna za wykonanie zamówienia. Zamawiający nie dokonuje zapłaty wynagrodzenia jednostkowo za

wykonanie badań laboratoryjnych kontrolnych, ale rozlicza wynagrodzenie w sposób całościowy. Formularz Cenowy (Wycena) ma zatem charakter dodatkowy, poglądowy. W związku z tym to wartość zadeklarowana jako ryczałtowa cena wykonawcy jest tą wartością, która powinna wyznaczać kierunek działań Zamawiającego.

Zamawiający nie określił sposobu (wzoru matematycznego, zasad) obliczenia ceny. Wykonawcy uzupełniając Formularz Cenowy mieli możliwość obliczenia wartości poszczególnych pozycji, a następnie ich zsumowania celem obliczenia ceny globalnej lub określenie ceny globalnej, a następnie "rozbicia" na poszczególne pozycje Formularza Cenowego (co miało miejsce w przypadku oferty Odwołującego, o czym świadczą zaokrąglenia przyjmowanych wartości). Te metody zarówno w nomenklaturze księgowej, jak i prawniczej nazywają się metoda "od stu" i "do stu". Metoda „od stu” polega na poprawianiu omyłek, gdy wykonawca w swojej ofercie stosuje procenty lub kwoty odliczeń od pełnych wartości, czyli od 100%. Przykład: Jeśli wykonawca nalicza 10% rabatu od ceny 1000 zł, to poprawna kwota po rabacie powinna wynosić 900 zł. W przypadku omyłki, np. gdy wykonawca poda 850 zł, zamawiający może poprawić kwotę, zaczynając od pierwotnej kwoty bazowej (1000 zł) i obliczając poprawnie 10% rabatu. W analizowanym przypadku zastosowanie tej metody prowadziłoby do zmiany Formularza Cenowego Odwołującego w następujący sposób:

"Wartość netto" / "Ilość" = "Wartość jednostkowa netto"

100.000 PLN / 1 = 100.000 PLN

Metoda „do stu” polega na poprawianiu obliczeń w odwrotnym kierunku – od wartości mniejszych do pełnych 100%. Jest stosowana w sytuacjach, gdy zamawiający musi poprawić omyłki w wyliczeniach procentowych od kwoty bazowej do pełnej wartości 100%, np. w obliczeniach narzutów lub marż. W analizowanym przypadku zastosowanie tej metody prowadziłoby do zmiany Formularza Cenowego Odwołującego w następujący sposób:

"Wartość jednostkowa netto" x "Ilość" = "Wartość netto"

1.000.000 PLN x 1 = 1.000.000 PLN

Istnienie dwóch (2) ścieżek poprawy omyłki w ofercie wykonawcy również dyskwalifikuje możliwość zakwalifikowania jej jako oczywistej omyłki rachunkowej.

Zamawiający dokonując poprawy omyłki w Formularzu Cenowym Wykonawcy nie posiadał wiedzy, w której pozycji doszło do wpisania niewłaściwie jednego (0) zera. Przyjął jako właściwy jeden (1) z dwóch (2) możliwych sposobów poprawy Formularza Cenowego Wykonawcy. Mając na względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które prezentuje jednolity pogląd na temat definicji pojęcia oczywistej omyłki rachunkowej działanie Zamawiającego polegające na poprawie Formularza Ofertowego Wykonawcy należy uznać za niewłaściwe.

Cena oferty wskazana w Formularzu Ofertowym jest zgodna z sumą poszczególnych pozycji w Formularzu Cenowym. W związku z tym Zamawiający miał możliwość przyjęcia, że intencją Wykonawcy było zaoferowanie określonej kwoty, na podstawie której wyceniono pozycje zawarte w Formularzu Cenowym, który ma charakter jedynie poglądowy i orientacyjny. To cena globalna oferty stanowi przedmiot oceny Zamawiającego i to ona powinna wyznaczać zakres i kierunek poprawy niezgodności w ofercie Wykonawcy. Badania laboratoryjne stanowią jedynie niewielki element całości przedmiotu zamówienia. Logicznym zatem jest, że wartość pozycji 4 Formularza Cenowego będzie odpowiadać zakresowi oraz charakterowi prac w tym zakresie. Dokonana przez Zamawiającego poprawa omyłki rachunkowej powoduje zwiększenie tej wartości do 1 mln złotych netto, co stanowi prawie 1/2 wartości całej ceny oferty (sic!). Na rynku nie występują oferty wykonawców czy podwykonawców z tego rodzaju wycenami tego zakresu prac. Zamawiający jest w posiadaniu ofert historycznych Wykonawcy i jest w stanie zweryfikować to, że Wykonawca nigdy nie szacował kosztów w tym zakresie na takim poziomie, odbiegającym znacznie od wartości rynkowej badań laboratoryjnych. Co przy tym również istotne, dokonana przez Zamawiającego w sposób uznaniowy poprawa całkowicie zmienia intencję Wykonawcy co do oferowanej wartości oferty określonej w Formularzu Ofertowym oraz Formularzu Cenowym (Wycena). Porównanie tej pozycji do wartości wskazywanych przez innych oferentów biorących udział w postępowaniu powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego czy podejmowane przez niego działania są słuszne. Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości czy, i jak, poprawić ofertę Wykonawcy to powinien go wezwać w trybie art. 223 ust.1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień. Powołał się na wyrok KIO 1727/17, KIO 1108/23. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienie powyższych okoliczności nie stanowi negocjacji cenowych, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy pzp. Dokonanie w sposób właściwy poprawy omyłki w ofercie Wykonawcy powodowałoby, że cena jego oferty pozostałaby niezmienną. Przez zaniechanie ustalenia właściwego sposobu poprawy omyłki w ofercie Wykonawcy Zamawiający naruszył dyspozycje art. 223 ust. 2 pkt 1) oraz pkt 2) ustawy pzp. Tymczasem przedmiotowa niezgodność powinna zostać skorygowana w bardzo prosty sposób przez poprawę ceny jednostkowej w pkt 4 TABELI z 1 000 000,00 zł na 100 000,00 zł.

W dniu 22 listopada 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „14.17. Ofertę stanowi: (...) c) Wycena, zgodna z Opisem Przedmiotu Zamówienia tj. Załącznikiem Nr 1 do SWZ, sporządzona na lub wg druku Załącznika Nr 2A.”

- „17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY

17.1. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług). (...)

17.3. Wycena usługi – powinna być sporządzona zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 1 do SWZ, dokumentami zamówienia i wzorem Nr 2A. Wycena na usługi ma uwzględniać wszystkie koszty i materiały konieczne do realizacji zamówienia wynikające z analizy przeprowadzonej przez Wykonawcę w zakresie niezbędnym dla wykonania zakresu objętego zamówieniem.

17.4 Wszystkie ceny jednostkowe i cena mają być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

17.5 Cena musi być podana w złotych polskich liczbą i słownie. Rozliczenia z Zamawiającym dokonywane będą w złotych polskich.

17.6 Brak złożenia Wyceny przez Wykonawcę do oferty podlega odrzuceniu oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP oraz nie wycenienie pozycji w Wycenie podlega odrzuceniu.”

Zgodnie z załącznikiem nr 2 A do SWZ: „RODZAJ WYCENY” (wskazał Zamawiający), „JEDNOSTKA ROZLICZENIOWA”, „ILOŚĆ” (wskazał Zamawiający), „CENA JEDNOSTKOWA NETTO [zł]”, „WARTOŚĆ NETTO [zł]”. W podsumowie Tabeli: „RAZEM NETTO”, „PODATEK 23 % VAT” i „RAZEM BRUTTO”.

Zgodnie z par. 4 projektu umowy Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe.

W postępowaniu złożono następujące oferty (po poprawie omyłek): ZBM S.A.: 4 294 279,26 zł, DTS S.A.: 3 122 355,00 zł, PROKOM Construction Sp. z o.o.: 3 886 800,00 zł, GRAMAR sp. z o.o.: 2 894 263,80 zł, SAFEGE S.A.S.: 4 850 824,00 zł, SGS Polska sp. z o.o.: 5 495 659,68 zł, ZDI sp. z o.o.: 3 964 924,68 zł.

Ceny netto zaoferowane w pkt 4 WYCENY po poprawie omyłek: ZBM S.A.: 192 307,69 zł, DTS S.A.: 189 000,00 zł, PROKOM Construction Sp. z o.o.: 1 000 000,00 zł, GRAMAR sp. z o.o.: 200 000,00 zł, SAFEGE S.A.S.: 132 000,00 zł, SGS Polska sp. z o.o.: 335 101,20 zł, ZDI sp. z o.o.: 144 586,00 zł.

Odwołujący w załączonej do oferty wycenie w pkt 4 Laboratoryjne badania kontrolne (zgodnie z OPZ) wskazał cenę jednostkową netto 1 000 000,00 zł oraz wartość netto 100 000,00 zł.

W dniu 30 października 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawie oczywistej omyłki rachunkowej:

„Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 2) ustawy PZP poprawia oczywistą omyłkę rachunkową, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, tj.: w wycenie w poz. 4 jest:

1 ryczałt x cena jednostkowa 1 000 000,00 zł = 100 000,00 zł

a powinno być

1 ryczałt x cena jednostkowa 1 000 000,00 zł = 1 000 000,00 zł

W związku z powyższym ostateczna kwota za wykonanie przedmiotu zamówienia powinna być:

Netto: 3 160 000,00 zł

Vat 23%: 726 800,00

Brutto: 3 886 800,00 zł”

Dowody Odwołującego:

1) zestawienie własne - porównanie wartości wyceny wykonawców (pkt 4 wyceny do oferty): Średnia cena po poprawieniu omyłki wynosiła w pkt 4: 313 284,98 zł. Cena z pkt 4 Odwołującego stanowiła 319 % średniej. Stosunek pozostałych cen do PROKOM od 13 do 34%.

2) metodologia wypełnienia formularza cenowego: Krok 1: Ustalenie kosztu wykonania usługi. Krok 2: Ustalenie wartości wykonania usługi. Krok 3: Wypełnienie formularza wyceny. Krok 4: Wypełnienie pozostałych rubryk formularza.

3) wycena obsługi laboratoryjnej: Cena ryczałtowa z oferty podwykonawcy Prokom Construction sp. z o.o. to 80 000,00 zł netto.

4) SWZ dla robót budowlanych dla przedmiotowej inwestycji: SWZ: PRZEBUDOWA DW492 OD DK 46 DO GRANI WOJEWÓDZTWA. ODCINEK I OD GRANICY WOJEWÓDZTWA DO ŁOBODNA ODCINEK II OD SKRZYŻOW DW491 W M. ŁOBODNO DO SKRZYŻOWANIA Z DK43 W M. KŁOBUCK – postępowanie prowadzone pi Zamawiającego: „17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY 17.1. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług) (...) 17.3. Kosztorys Ofertowy ma być sporządzony w układzie TER (Tabela Elementów Rozliczeniowych) dla ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych podanych w Przedmiarze Robót w układzie TER - Załącznik Nr 1 do SWZ, zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia i dokumentami zamówienia. a) Kwota netto (bez podatku VAT), wszystkich robót musi stanowić sumę iloczynów odpowiednio skalkulowanych cen jednostkowych robót i ilości jednostek przedmiarowych robót zawartych w Przedmiarach Robót. b) Cena jednostkowa robót musi zawierać sumę kosztów bezpośrednich robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz inne koszty związane z realizacją (np. opłaty za nadzory, badania, koszty pracowników, itp.). c) Kwota Tymczasowa ma być podana w wysokości 10% z sumy Kosztorysu Ofertowego w układzie TER netto. Szczegóły wykorzystania i zastosowania Kwoty Tymczasowej określają zapisy wzoru Umowy.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości czynności Zamawiającego dokonania poprawy omyłki rachunkowej „Wartości netto” w pkt 4 Wyceny oferty Odwołującego. Odwołujący podnosił, że poprawie powinna ulec „Cena jednostkowa netto” w pkt 4 Wyceny w trybie poprawy omyłki pisarskiej bądź innej omyłki. W świetle dokumentów zamówienia oraz złożonej przez Odwołującego oferty Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego i uznała kwestionowaną czynność Zamawiającego za właściwą, w konsekwencji czego oddaliła odwołanie.

W pierwszej kolejności Odwołujący argumentował, że wskazanie w poz. „Wartość netto” w pkt 4 Wyceny nie stanowiło oczywistej omyłki rachunkowej. Odwołujący podnosił, że nie ziszcila się żadna z przesłanek pozwalających na dokonanie poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ ustalenie "Wartości netto" dla każdej z pozycji Wyceny nie wymagało wykonywania żadnych działań matematycznych czy rachunkowych, skoro Zamawiający dla wszystkich pozycji przyjął wartość (1) jeden. Odwołujący wskazywał dalej, że „Wycena” z załącznika nr 2A do SWZ stanowi rozbieżność ceny ryczałtowej wykonania usługi, a nie formularz kalkulacyjny na podstawie którego dokonano wyceny, gdyż rozliczenie wykonania zamówienia nie będzie dokonywane na podstawie cen podanych w załączniku nr 2A. Dodatkowo podnosił, że Zamawiający nie zawarł w SWZ zasad obliczenia ceny oraz żadnych formuł matematycznych w pliku Excel załącznika nr 2A do SWZ, stąd nie mógł przyjąć, że poprawy należy dokonać w taki sposób, że wyjściową dla wskazania „Wartości netto” pkt 4 Wyceny była cena jednostkowa. Izba za chybione uznała powyższe twierdzenia Odwołującego.

Na wstępie wskazania wymaga, że dyspozycja art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp obowiązuje Zamawiającego do poprawiania w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Jak

wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie Izby, oczywista omyłka rachunkowa występuje wówczas, gdy w ofercie w sposób błędny przeprowadzono działanie matematyczne, zamawiający może łatwo błąd zauważyć oraz posiada wszelkie niezbędne dane do jednoznacznego ustalenia sposobu poprawy omyłki według reguł matematycznych. W przypadku takiej omyłki, można zorientować się, że nie było zamiarem wykonawcy popełnienie omyłki, a powstała ona na skutek błędnego działania arytmetycznego. (vide: np. stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 22 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1662/21).

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia właśnie z oczywistą omyłką rachunkową, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, którą Zamawiający właściwie poprawił w ofercie Odwołującego. Bezsporne było w sprawie, że Odwołujący w poz. „Cena jednostkowa netto” w pkt 4 Wyceny wskazał: 1 000 000,00 zł, natomiast w poz. „Wartość netto”: 100 000,00 zł. Izba zauważa, że Zamawiający w SWZ określił, że: *„17.1. Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług). (...)”*. Niewątpliwie wskazanie w pkt 17.1. SWZ na ostateczną, sumaryczną cenę, którą wykonawcy mieli podać w formularzu ofertowym oznacza, że miała ona stanowić sumę wszystkich kosztów. Aby uzyskać sumę kosztów należy dokonać obliczeń matematycznych w taki sposób, że najpierw wykonawca podaje poszczególne koszty po czym dokonuje ich sumowania. Powyższe zdaniem Izby wyklucza interpretację przedstawioną przez Odwołującego, że wyjściową ceną w świetle dokumentów zamówienia dla ewentualnych działań matematycznych była cena globalna. Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wskazał, że wykonawca jest zobowiązany podać w formularzu ofertowym cenę całkowitą, a następnie dokonać jej rozbicia na poszczególne usługi w załączniku nr 2 A Wycena. Wręcz przeciwnie, Zamawiający w pkt 17.3. SWZ podał: *„17.3. Wycena usługi – powinna być sporządzona zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 1 do SWZ, dokumentami zamówienia i wzorem Nr 2A. Wycena na usługi ma uwzględniać wszystkie koszty i materiały konieczne do realizacji zamówienia wynikające z analizy przeprowadzonej przez Wykonawcę w zakresie niezbędnym dla wykonania zakresu objętego zamówieniem.”* Nie ulega wątpliwości, że wykonawca był zobowiązany przeprowadzić obliczenia matematyczne, dokonać wyceny usługi zgodnie z wzorem załącznika nr 2A do SWZ. Zdaniem Izby, konstrukcja tego załącznika nazwanego „Wyceną” wskazuje wprost jak wykonawca miał przeprowadzić wycenę, aby uzyskać zsumowaną cenę oferty, która miała zostać podana w formularzu ofertowym. Zdaniem Izby oczywistym jest, że działania należało przeprowadzić od lewej do prawej, a następnie podsumować dodając wartości netto usług i powiększając je o wartość podatku VAT. Pierwsza bowiem kolumna, którą wypełniał wykonawca to „Cena jednostkowa netto”. Aby uzyskać wartość netto danej pozycji (poszczególnej usługi) należało natomiast przemnożyć cenę jednostkową przez ilość. Bez znaczenia jest przy tym, że ilość każdej z usług została określona jako 1. Nie wyklucza to zdaniem Izby obowiązku przeprowadzenia działań matematycznych, które ostatecznie kończyły się wyliczeniem zsumowanej ceny ofertowej: „RAZEM BRUTTO”. Postanowienia SWZ oraz konstrukcja załącznika nr 2A „Wycena” pozwalały więc w sytuacji zaistniałej w Wycenie Odwołującego łatwo błąd zauważyć i go poprawić tak jak uczynił to Zamawiający. Skoro cena jednostkowa netto została określona przez Odwołującego wysokości 1 000 000,00 zł netto to wartość netto przemnożona przez ilość 1 również powinna była wynieść 1 000 000,00 zł netto i taką wartość należało zsumować z pozostałymi wartościami, aby uzyskać ostateczną, zsumowaną cenę ofertową. Okoliczność, że Odwołujący dokonywał wyceny w inny sposób przygotowując ofertę, gdzie jak podnosił za wyjściową uznał cenę globalną, a następnie dokonał jej rozbicia pozostaje irrelevantna dla sposobu obliczenia ceny przewidzianego w postępowaniu i pozwalającego na poprawę omyłki rachunkowej. Dlatego też Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia dowody złożone przez Odwołującego: metodologia wypełnienia formularza cenowego oraz wycena obsługi laboratoryjnej. Odnosząc się natomiast do dowodu: SWZ dla robót budowlanych dla przedmiotowej inwestycji wskazania wymaga, że szczegółowość postanowień dotyczących obliczenia ceny wynikająca z tego dowodu nie powoduje, że postanowienia specyfikacji w postępowaniu będącym przedmiotem rozpoznania były niewystarczające dla określenia w jaki sposób należało wyliczyć cenę oferty. Jak już wskazano, zdaniem Izby wyjściową dla prawidłowej wyceny była cena jednostkowa netto, stąd jak słusznie podnosił Zamawiający, nie mogła ona ulec zmianie w wyniku poprawy omyłki. Za chybione Izba uznała także twierdzenia Odwołującego, że załącznik nr 2A do SWZ miał charakter dodatkowy, poglądowy i stanowił tylko rozbicie ceny ofertowej na poszczególne usługi co miałyby przesądzać, że decydująca była cena całkowita oferty, a nie cena jednostkowa. Izba zauważa, że Zamawiający w pkt 17.6. SWZ wskazał jednoznacznie, że: *„Brak złożenia Wyceny przez Wykonawcę do oferty podlega odrzuceniu oferty zgodnie z przepisami ustawy PZP oraz nie wycenienie pozycji w Wycenie podlega odrzuceniu.”* Dodatkowo pkt 14.17. SWZ wskazuje na charakter załącznika nr 2A do SWZ: *„Ofertę stanowi: (...) c) Wycena, zgodna z Opisem Przedmiotu Zamówienia tj. Załącznikiem Nr 1 do SWZ, sporządzona na lub wg druku Załącznika Nr 2A.”* W świetle powyższego, pomimo ryczałtowego wynagrodzenia i sposobu rozliczenia usługi niezwiązanego z załącznikiem nr 2A do SWZ, Wycena stanowiła treść oferty i wbrew twierdzeniom Odwołującego nie miała charakteru wyłącznie poglądowego. Brak wypełnienia Wyceny czy też niezłożenie jej do oferty mógł skutkować odrzuceniem oferty. Na podstawie tego załącznika Zamawiający uzyskiwał wiedzę o poziomie wyceny poszczególnych usług składających się na

przedmiotowe zamówienie, co ma również znaczenie przy badaniu rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania poprawy omyłki Odwołującego w sposób dowolny, a jedynie taki który spełnia wymóg oczywistości, w którym miejscu nastąpił błąd i jak należy go poprawić. Zdaniem Izby, błąd, który wystąpił w Wycenie Odwołującego wyklucza możliwość ustalenia sposobu jego poprawienia w wyniku przeprowadzenia wyjaśnień. Takie działanie ze strony Zamawiającego stanowiłoby naruszenie zasad przejrzystości, równości i uczciwej konkurencji, gdyż prowadziłoby do negocjacji treści oferty – to Odwołujący wskazałby, którą cenę Zamawiający ma uznać za właściwą. Słusznie podnosił Zamawiający, że po otwarciu ofert, kiedy znane są ceny poszczególnych ofert Odwołujący co oczywiste wyjaśniłby treść oferty w sposób jak najbardziej korzystny dla swojej sytuacji na tle rankingu ofert, co jest niedopuszczalne. Uznanie więc za Odwołującym za prawidłowe twierdzenia, że: *„Istnienie dwóch (2) ścieżek poprawy omyłki w ofercie wykonawcy również dyskwalifikuje możliwość zakwalifikowania jej jako oczywistej omyłki rachunkowej.”* prowadziłoby niewątpliwie do konkluzji, że Odwołujący zaoferował w pkt 4 Wyceny dwie różne ceny, co skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty. W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo zakwalifikował błąd w Wycenie Odwołującego jako oczywistą omyłkę rachunkową i właściwie dokonał jej poprawy.

Izba nie podzieliła bowiem również twierdzeń Odwołującego, że błąd w Wycenie Odwołującego stanowił omyłkę pisarską, która polegała na wpisaniu o jedno zero za dużo w poz. „Cena jednostkowa netto” pkt 4 Wyceny. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie omyłką pisarską jest: *„niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Przy czym, oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, czy też treści wyjaśnień, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty, rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Oczywistą omyłką pisarską może być również podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie.”* (tak też: wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1357/22).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, nie sposób uznać, że błąd w Wycenie Odwołującego stanowił niezamierzoną niedokładność nasuwającą się każdemu bez przeprowadzenia dodatkowych ustaleń. Oczywiście, błąd można łatwo zauważyć – Odwołujący wskazał inną cenę jednostkową netto i inną wartość netto przy ilości usług – 1. Bez jednak wyjaśnień Odwołującego nie sposób ustalić, że omyłka pisarska dotyczyła wpisania o jedno zero za dużo w cenie jednostkowej netto. Nie jest również obowiązkiem Zamawiającego, co podnosił Odwołujący, dokonywać analizy poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych w postępowaniu celem stwierdzenia, że któraś z cen wydaje się rażąco wygórowana i dlatego należy ją poprawić w sposób, który wskazał w odwołaniu Odwołujący. Zamawiający bada ceny w postępowaniu wyłącznie pod względem ewentualnego wystąpienia ceny rażąco niskiej, natomiast dochodzenie przyczyn zaoferowania ceny wysokiej nie jest obowiązkiem Zamawiającego. To wykonawca dokonuje wyceny poszczególnych usług na podstawie własnych założeń. Trudno, aby Zamawiający ingerował w te założenia i także w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie o cenach poszczególnych usług dokonywał poprawy w Wycenie Odwołującego przez poprawienie ceny jednostkowej, która w przeciwnym razie byłaby podejrzanie wysoka. Dowód: wycena obsługi laboratoryjnej należy uznać za irrelevantny dla rozstrzygnięcia, bowiem na moment oceny oferty Odwołującego, Zamawiający nie mógł mieć wiedzy, jak Odwołujący chciał wycenić usługę z pkt 4 Wyceny, gdyż nie wynikało to z treści złożonej oferty. Jak podnosił Odwołujący, Zamawiający przewidział ryczałtowe wynagrodzenie stąd nie mógł także domyślać się w jaki sposób wykonawca rozłożył koszty wspólne wykonania usługi czy zysk, co miałooby doprowadzić do oczywistego wniosku, że wolą Odwołującego było zaoferowanie ceny jednostkowej netto w pkt 4 Wyceny 100 000,00 zł a nie 1 000 000,00 zł. Izba zwraca przy tym uwagę, że cena całkowita oferty Odwołującego po poprawie omyłki rachunkowej pozostaje jedną z niższych cen na tle cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Izba uznała także za niezasadny zarzut dotyczący zaniechania poprawienia ceny jednostkowej netto z pkt 4 Wyceny Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przede wszystkim, aby dokonać poprawienia w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) instytucja poprawy innych omyłek została wprowadzona: *w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą*

mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych". Brak jest definicji legalnej omyłki, dlatego też należy sięgnąć do jej słownikowego znaczenia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: omyłka oznacza niewielki błąd. Nie ma również definicji legalnej błędu, jednak zgodnie z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: oznaczamylnie mniemanie czy niezgodność z obowiązującymi regułami. Jak podkreślono w uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji ustawy uchwalonej 4 września 2008 r. wprowadzenie art. 87 ust. 2 pkt 3 miało na celu umożliwienie poprawiania omyłek w szczególności w kosztorysach ofertowych, które powodują zmianę wynagrodzenia, przykładowo zastosowanie niewłaściwych ilości jednostek (kg, ton itp.). Warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy. (tak też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021). W myśl art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.): Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Dla oceny istotności zmian w konkretnym stanie faktycznym konieczna jest analiza całości treści oferty, a konsekwencje zmian należy badać w oparciu o przedmiot zamówienia i całokształt dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego.

Ponadto, poprawiając omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, Zamawiający jest zobowiązany wyznaczyć wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Natomiast zakwestionowanie poprawy przez wykonawcę skutkuje odrzuceniem oferty w myśl art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy podkreślić należy, że poprawienie omyłki w tym trybie, w sposób, na który wskazuje Odwołujący w odwołaniu wymagałoby wezwania Wykonawcy do wyjaśnień, celem ustalenia faktycznego oświadczenia woli jakie Wykonawca chciał złożyć. Zdaniem Izby, jak już zostało to wskazane, takie wyjaśnienia stanowiłyby negocjowanie treści oferty, a mianowicie Wykonawca po upływie terminu składania ofert złożyłby oświadczenie co do tego, jaką cenę i wartość netto chciał zaoferować w pkt 4 Wyceny. Poprawienie omyłki w wyniku złożonych wyjaśnień niewątpliwie skutkowałoby naruszeniem zakazu wynikającego z treści art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i powodowałoby istotną zmianę treści oferty.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający właściwie poprawił w ofercie Odwołującego oczywistą omyłkę rachunkową, ponieważ zaistniała w ofercie omyłka była możliwa do poprawienia wyłącznie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: