

Sygn. akt: KIO 1099/24

WYROK

Warszawa, dnia 17.04.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2024 r. w Warszawie z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKOINWEST S.A. z/s w Szczecinie** (ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71281 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasto Świnoujście** (ul. Wojska Polskiego 1/5, 72600 Świnoujście),
- przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: **VIA PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** (ul. Czesława Piskorskiego 21, 70-809 Szczecin),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKOINWEST S.A. z/s w Szczecinie** (ul. Jerzego Zimowskiego 20, 71281 Szczecin) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 2.880 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy) i kwotę 149 zł 00 gr (słownie: sto czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2.880 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz kwotę 149 zł 00 gr (słownie: sto czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu tego pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

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.

.....

Sygn. akt: KIO 1099/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKOINWEST S.A. z/s w Szczecinie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gmina Miasta Świnoujście. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „„Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Budowa przejścia podziemnego pod linią kolejową nr 401 w Świnoujściu-Łunowie wraz z ciągiem pieszo-rowerowym”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod nr 00049925 w dniu 18 stycznia 2024 r.

Wykonawca podał, że (...) wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę VIA Projekt Sp. z o.o. (dalej VIA Projekt). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 2. pkt 3) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SWZ i podlega odrzuceniu pomimo tego iż ewentualna niezgodność ta jest wynikiem nieistotnej omyłki i powinna zostać poprawiona na podstawie przywołanego przepisu,
2. Art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę VIA Projekt Sp. z o.o. w sytuacji gdy Wykonawca ten winien uzyskać punktację niższą od odwołującego, gdyby oferta Odwołującego nie była odrzucona,
3. art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców tj. poprzez dokonanie poprawienia omyłek w ofercie VIA Projekt Sp. z o.o. i zaniechanie ich poprawienia w ofercie odwołującego, co doprowadziło także do naruszenia zasady efektywności tj. wyboru oferty znacząco droższej niż ta, która byłaby wybrana przy prawidłowej ocenie ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości;
- 2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3.nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w tym poprawieniu nieistotnej omyłki w tej ofercie i ustalenie wyniku postępowania po porównaniu liczby punktów uzyskanych przez VIA Projekt i Odwołującego

Wykonawca wskazał: „Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Poza ofertą która obecnie uznana jest za ofertę najkorzystniejszą oferta Odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania byłaby jedyną ofertą nieodrzuconą. Jest przy tym ofertą istotnie tańszą od oferty wybranej, a jednocześnie w kryterium pozacenowym (doświadczenie personelu) spełnia wymagania które pozwalają uzyskać dodatkową punktację (30 punktów). Tym samym przy braku jej odrzucenia – powinna być uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący ponosi szkodę, bowiem traci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i poniesienia szkody stanowiąc właściwą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.”

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał:

I. Stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Budowa przejścia podziemnego pod linią kolejową nr 401 w Świnoujściu- Łunowie wraz z ciągiem pieszo-rowerowym”.

1.Zamawiający w dniu 28 marca 2024 r. poinformował Odwołującego, iż za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez Wykonawcę VIA Projekt. Zamawiający wskazał, iż Oferta złożona przez tego wykonawcę spełnia wymagania Zamawiającego i jest ofertą najkorzystniejszą, otrzymała najwyższą ilość punktów w kryterium cena, doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

2.Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż oferta Wykonawcy VIA Projekt winna być uznana jako najkorzystniejsza, gdyż to oferta Odwołującego gdyby nie została odrzucona wbrew przepisom ustawy powinna być uznana za najkorzystniejszą.

3.Ofertę Odwołującego odrzucono, gdyż wskazał w niej (w załączniku nr 6.2 – Wykaz elementów rozliczeniowych) cenę jednostkową za miesiąc za pełnienie roli Inżyniera Kontraktu w okresie podstawowym jako 24 300 zł netto zaś w okresie wydłużonym – 20 898 zł netto. Zamawiający wskazał przy tym w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że zgodnie z § 11 ust.

3 lit. b) Projektu Umowy stawka ryczałtowa za miesiąc pełnienia roli Inżyniera w okresie podstawowym i wydłużonym powinna być taka sama.

II. Uzasadnienie zarzutów

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zamawiający w toku badania i oceny ofert dokonał poprawy omyłek w ofercie VIA Projekt. Wprowadzenie tych poprawek spowodowało, iż cena oferty VIA Projekt została zmieniona z podanych przez tego wykonawcę 430 746 zł brutto na 779 770,80 zł brutto tj. o prawie 350 000 zł. Jednocześnie zamawiający zaniechał poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, której skutek finansowy to zwiększenie wynagrodzenia za miesiąc pełnienia roli Inżyniera z 20 898 zł na 24 300 zł w wydłużonym czasie świadczenia usługi wynoszącym 8 miesięcy – całkowity skutek finansowy dla zamawiającego przy poprawieniu tej omyłki wynosiłby więc ok. 27 000 zł, a więc jest kilkanaście razy mniejszy. Ta różnica finansowa nie spowodowała jednak skorzystania z dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3) przy ocenie oferty odwołującego, mimo iż poprawił omyłkę w ofercie VIA Projekt, korzystając z przepisu art. 223 ust. 1 pkt 1) Pzp. Oba z tych przepisów mają charakter obowiązkowy i skorzystanie z nich w ocenie oferty jednego wykonawcy, zaś pominięcie tego obowiązku przy ofercie innego wykonawcy narusza zasadę równego traktowania.

Przechodząc do oceny oferty Odwołującego – pragnę wskazać, że jedyną przyczynę odrzucenia oferty odwołującego stanowi wg Zamawiającego zbyt niska cena ryczałtowa za miesiąc świadczenia funkcji Inżyniera Kontraktu w wydłużonym okresie jej świadczenia. Zamawiający bowiem wskazał w § 11 ust. 3 pkt 1) lit. b) Projektu umowy, że wynagrodzenie wykonawcy za miesiąc w okresie wydłużonym będzie przysługiwać w takiej wysokości, jak za miesiąc w okresie podstawowym.

Wykonawca w ofercie wskazał iż oczekuje w okresie wydłużonym wynagrodzenia niższego jak w okresie podstawowym. Jest to więc propozycja korzystniejsza dla zamawiającego niż dopuszczona specyfikacją (projektem umowy) i odrzucenie oferty z tego powodu iż możliwa jest zapłata ceny jednostkowej niższej od dopuszczalnej przez zamawiającego jest wbrew ustawowej zasadzie efektywności. Nie jest to przy tym cena rażąco niska, nie odbiega bowiem (gdyby taką cenę jednostkową zastosowano do całej oferty) od przeciętnych cen ofert w tym postępowaniu oraz szacunkowej wartości zamówienia. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że zachodzą wszelkie ustawowe przesłanki poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego by doprowadzić ją do literalnej zgodności z SWZ tj. by cena za miesiąc

świadczenia usługi w okresie wydłużonym była identyczna jak cena za miesiąc w okresie podstawowym. Po pierwsze – podanie innej ceny za miesiąc w okresie podstawowym i okresie wydłużonym świadczenia usługi jest omyłką. Wykaz elementów rozliczeniowych skonstruowany przez zamawiającego nakazujący podanie ceny za miesiąc dwukrotnie (mimo iż zamawiający w innym dokumencie zamówienia - § 11 Projektu umowy oczekiwał iż będzie to cena identyczna) sugerował iż podanie informacji dwa razy jest wymagane, gdyż może być to stawka różna.

Odwolujący taką omyłkę – podania różnej stawki popełnił. Jest to jednak omyłka nieistotna. Wzrost ceny całkowitej w ofercie Odwołującego wyniósłby po dokonaniu poprawki przez zamawiającego ok. 27 tys. zł, a jednocześnie w kontekście ceny oferty VIA Projekt (po jej poprawkach zamawiającego) byłaby to ciągle niższa o ok. 250.000 zł, co potwierdza nieistotność omyłki w ofercie Odwołującego. Nie wpływa ona w jakikolwiek sposób na zakres świadczenia Odwołującego w tym wydłużonym okresie, ani na realność ceny.

Zamawiający wie też z treści oferty odczytywanej w świetle postanowień SWZ jak taką omyłkę poprawić. Jednoznaczną odpowiedź w tej kwestii zawiera zauważony przez zamawiającego § 11 ust 3 pkt 1 lit b) Projektu Umowy. To postanowienie umowne wskazuje bowiem, że w wydłużonym okresie świadczenia usługi wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za miesiąc „w wysokości wskazanej w ust 3 pkt 1) lit. b)” - a więc w wysokości właściwej dla okresu podstawowego. Jest więc jasne, że to wynagrodzenie miesięczne za okres podstawowy jest punktem odniesienia przy ustaleniu wynagrodzenia (tożsamego) w okresie wydłużonym. Wiadomo przy tym że to wynagrodzenie za okres podstawowy Odwołujący podał prawidłowo i w sposób nie budzący wątpliwości zamawiającego. Poprawienie stawki miesięcznego wynagrodzenia za okres wydłużony tak, by była ona równa tej stawce w okresie podstawowym jest więc oczywiste. Zamawiający nie może od poprawienia omyłki w tej sytuacji odstąpić.

Reasumując, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, gdyż zamawiający był obowiązany poprawić w niej omyłkę polegającą na niezgodności z § 11 Projektu Umowy. W konsekwencji poprzez przyznanie punktów zgodnie z zasadami wskazanymi w SWZ nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą oferta Wykonawcy VIA Projekt, lecz oferta Odwołującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego- wykonawca VIA PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie wniósł o oddalenie odwołania. Podał w szczególności:

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia wynosi 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłaszający przystąpienie otrzymał ww. kopię w dniu 3 kwietnia 2024 r., zatem przystąpienie zostało zgłoszone w terminie. Stosownie do treści art. 525 ust. 1 ustawy PZP wskazuje, że Wykonawca ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Budowa przejścia podziemnego pod linią kolejową nr 401 w Świnoujściu- Łunowie wraz z ciągiem pieszo-rowerowym” Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez VIA PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie. W ocenie Przystępującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone zgodnie z obowiązującą ustawą Pzp i VIA PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie złożyła najkorzystniejszą ofertę. Przystępujący jest więc bezpośrednio zainteresowany utrzymaniem w mocy ww. czynności oraz uważa, że są one prawidłowe. Ewentualne uwzględnienie odwołania przez KIO miałoby bezpośredni negatywny wpływ na sytuację Przystępującego — tj. uniemożliwiłoby Przystępującemu realizację przedmiotu zamówienia publicznego.

(...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

W dniu 3 kwietnia 2024 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu do postępowania kopię odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST SA.

W wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Budowa przejścia podziemnego pod linią kolejową nr 401 w Świnoujściu- Łunowie wraz z ciągiem pieszo-rowerowym” Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia publicznego o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie. Odwołujący wskazuje, że jego oferta została odrzucona gdyż wskazał w niej (w załączniku nr 6.2 — Wykaz elementów rozliczeniowych) cenę jednostkową za miesiąc za pełnienie roli Inżyniera Kontraktu w okresie podstawowym jako 24 300 zł netto zaś w okresie wydłużonym — 20 898 zł netto. Według Odwołującego w jego sytuacji winien znaleźć zastosowanie przepis art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący porównuje swoją sytuację z sytuacją Zgłaszającej przystąpienie i wskazuje, że wobec Zgłaszającej Zamawiający zastosował art. 223 ust. 1 pkt 1) pzp. Nie sposób jednak przyznać Odwołującemu racji. Omyłka Przystępującego miała charakter oczywistej omyłki. Jej sprostowanie nie doprowadziło do zmiany ceny. Była to jedynie przypadkowa i łatwa do wykrycia niedokładność. Dokonanie tej zmiany nie wprowadziło jakiegokolwiek zmiany w ofercie. Zamawiający jest zobligowany do poprawienia omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają dwa warunki. Po pierwsze — polegają na niezgodności oferty ze SWZ, po drugie — nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Taka sytuacja nie miała miejsca

po stronie Odwołującego. Odwołujący podał różne wartości w zakresie ceny jednostkowej za miesiąc za pełnienie roli Inżyniera Kontraktu w okresie podstawowym oraz przedłużonym. Nie sposób przyjąć, że poprawa w tym zakresie nie prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty, ponieważ doszłoby do zmiany ceny oferty. Nieprawidłowe pozostaje również porównywanie przez Odwołującego różnicy skutków finansowych dokonania poprawki. Odwołujący wskazuje, że jeżeli dokonałby poprawki to jego oferta wciąż byłaby niższa niż oferta Przystępującej po poprawkach. Tak i sposób wnioskowania jest jednak błędny ponieważ oferta Przystępującej nie uległa zmianie na żadnym etapie, nie zaszła konieczność jej ponownego przeliczenia, faktycznie zaproponowana cena cały czas wynikała z oferty, w przeciwieństwie do sytuacji Odwołującej, w przypadku której poprawka skutkowałaby zmianą ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 15/04/24) wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, tj. kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu podał:

[stan faktyczny]

1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie poprawy jego oferty w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, tj. w trybie poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.
 2. Odwołujący, wbrew wymogom wskazanym dokumentach zamówienia, zaoferował różne ceny ryczałtowe netto za 1 miesiąc pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach Etapu I realizacji zamówienia.
 3. Zamawiający przewidział, że w ramach Etapu I zamówienie będzie realizowane przez 10 miesięcy okresu podstawowego, oraz – stosownie do potrzeb – realizacja Etapu I może zostać przedłużona do 4 miesięcy w ramach Okresu wydłużonego realizacji Kontraktu oraz o maksymalnie kolejne 4 miesiące w ramach Okresu wykraczającego poza okres wydłużony realizacji Kontraktu (dalej łącznie ramach Okres wydłużony realizacji Kontraktu i Okres wykraczający poza okres wydłużony realizacji Kontraktu jako „Okres wydłużony”). Postanowieniem art. 11 ust. 3 pkt. 1 lit. b) projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 6 do SWZ) Zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie za każdy miesiąc realizacji usług Inżyniera Kontraktu w ramach Etapu I zarówno w Okresie podstawowym jak i w Okresie wydłużonym było takie same. Zatem Zamawiający jasno wskazał i oczekiwał od wykonawców zaoferowania wynagrodzenia w równiej stawce miesięcznej w Okresie podstawowym oraz z pozostałych okresach Etapu I realizacji zamówienia.
 4. Zamawiający wymagał złożenia w ramach oferty dwóch oświadczeń: formularza ofertowego wg załącznika nr 1 do SWZ, zawierającego cenę oferty i ofertę w ramach kryteriów jakościowych: kwalifikacji i doświadczenia osób kierowanych do realizacji zamówienia oraz Wykazu elementów rozliczeniowych wg załącznika nr 6.2. do SWZ. W tabeli 1 Wykazu elementów rozliczeniowych wykonawcy mieli zaoferować składowe ceny, m.in. cenę ryczałtową za 1 miesiąc realizacji usługi w ramach Okresu podstawowego oraz cenę ryczałtową netto za 1 miesiąc realizacji usługi w Okresie wydłużonym.
 5. W postępowaniu złożono 4 oferty. Jeden z wykonawców nie załączył do oferty Wykazu elementów rozliczeniowych.
 6. Trzej pozostali wykonawcy złożyli w ramach swoich ofert wymagane Wykazy elementów rozliczeniowych, z czego tylko Odwołujący zaoferował różne ceny ryczałtowe miesięczne za realizację usługi w ramach Okresu podstawowego oraz w ramach pozostałych okresów Etapu I. Pozostali wykonawcy, zgodnie z wymaganiami ujawnionymi w dokumentach zamówienia, zaoferowali równe ceny ryczałtowe miesięczne za realizację usługi w ramach Okresu podstawowego oraz w ramach Okresu wydłużonego.
 7. W tych okolicznościach, w związku z ewidentną sprzecznością treści oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia Zamawiający zmuszony był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, tj. z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia.
- [zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp]
8. Na wstępie należy wskazać, że poprawa treści oferty jest wyjątkiem od zasady niezmienności treści oferty po terminie składnia ofert. W konsekwencji zamawiający może dokonać poprawy treści oferty wyłącznie, jeśli stwierdzi, że zachodzą ściśle wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp warunkujące dokonanie takiej zmiany.
 9. Poprawa omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 wskazanej ustawy. Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji. Konieczność poprawienia omyłek na

podstawie wskazanego uregulowania nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zd. pierwsze Prawa Zamówień Publicznych zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. Z tych powodów poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z samej oferty.

10. Zatem, za brzmieniem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, zamawiający poprawia stwierdzoną niezgodność treści oferty z dokumentami zamówienia, jeśli stwierdzi: po pierwsze, że niezgodność ta ma charakter omyłki; a po drugie, jeśli poprawa tej omyłki, tj. zmiana treści oferty nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty wykonawcy.

11. W okolicznościach tej sprawy Zamawiający stwierdził, że zaoferowana niezgodnie z dokumentami cena ryczałtowa netto za 1 miesiąc realizacji usługi w Okresie wydłużonym nie ma charakteru omyłki, bowiem ma charakter intencjonalny.

12. Przez omyłkę należy rozumieć nieintencjonalne, niecelowe działanie wykonawcy powodujące powstanie niezgodności w treści oferty, pomimo zamiaru dokonania poprawnego zapisu treści oferty.

13. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII GA 429/09, dotyczącego wprowadzenia unormowania zawartego w uchylonej ustawie – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (...), lecz pozostającego aktualnym również pod rządami obecnie obowiązującej ustawy, poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. występującej w ofercie uzależnione od ustalenia, że zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek nieoczywistych dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu «omyłki». Zatem z założenia umyślne zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p.

14. Zamawiający nie stwierdził, że złożona oferta w zakresie ceny ryczałtowej netto za 1 miesiąc realizacji usługi ponad Okres podstawowy ma charakter omyłki w tym sensie, że jest niepopatrzeniem, opuszczeniem lub innym niezamierzonym działaniem wykonawcy, tj. Odwołującego na etapie tworzenia oferty w Wykazie elementów rozliczeniowych.

15. Należy wskazać, że Cena ryczałtowa netto za 1 miesiąc realizacji usługi w Okresie podstawowym oraz Cena ryczałtowa netto za 1 miesiąc realizacji usługi w Okresie wydłużonym były wartościami podstawowymi, których przemnożenie o ilość zakładanych miesięcy i stawkę VAT określało cenę oferty. Zamawiający w załączniku nr 6.2. do SWZ nie zawarł formuł, które samoistnie dokonywałyby zliczenia wartości w ramach poszczególnych pozycji (wierszy) tego formularza. Wykonawcy mieli za zadanie sami dokonać przeliczeń w celu wyliczenia ceny oferty. Odwołujący sporządzając Wykaz elementów rozliczeniowych jego oferty sam dokonał wpisania wartości oferowanych w Tabeli 1 cen ryczałtowych za 1 miesiąc realizacji usługi w obu pozycjach (kolumna h), a następnie dokonał wyliczenia Wartości brutto za okres realizacji tych pozycji (kolumna k) przez przemnożenie o wskazaną ilość miesięcy i samodzielnie założoną stawkę VAT. Wyliczenia te są konsekwentne, tj. arytmetycznie poprawne. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznał oczywiste, tj. że Odwołujący sporządzając ofertę obejmował swoją świadomością wskazane przez siebie w kolumnie h Tabeli 1 wartości zryczałtowanego wynagrodzenia miesięcznego oferowanego za Okres podstawowy oraz za Okres wydłużony. W tych okolicznościach oczywistym jest, że Odwołujący obejmował swoją świadomością fakt, że w ramach jego oferty ceny te różnią się, o czym świadczy konsekwencja przeliczeń. Zatem zaoferowanie przez Odwołującego różnych cen ryczałtowych za 1 miesiąc świadczenia usługi w Okresie podstawowym oraz w Okresie wydłużonym nie może być uznane za omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp.

16. W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący w treści złożonego odwołania potwierdził powyższe, tj. okoliczność, że wskazanie rozbieżnych cen ryczałtowych za 1 miesiąc realizacji usługi było intencjonalne, a zatem nie efektem jego omyłki. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.: Wykonawca wskazał w ofercie iż oczekuje w okresie wydłużonym wynagrodzenia niższego jak w okresie podstawowym. Jest to więc propozycja korzystniejsza dla zamawiającego niż dopuszczona specyfikacją (projektem umowy) i odrzucenie oferty z tego powodu iż możliwa jest zapłata ceny jednostkowej niższej od dopuszczalnej przez zamawiającego jest wbrew zasadzie efektywności. Dalej Odwołujący uzasadnia: Wykaz elementów rozliczeniowych skonstruowany przez zamawiającego nakazujący podanie ceny za miesiąc (mimo iż zamawiający w innym dokumencie zamówienia - §11 Projektu umowy oczekiwał iż będzie to cena identyczna) sugerował iż podanie informacji dwa razy jest wymagane, gdyż może być to stawka różna.

17. Z cytowanych wyżej elementów uzasadnienia odwołania jasno wynika, że Odwołujący przygotowując ofertę zupełnie świadomie zaoferował cenę ryczałtową netto za 1 miesiąc w Okresie wydłużonym niższą od ceny w Okresie podstawowym, ponieważ dążył w ten sposób do zaoferowania korzystniejszej ceny oferty. Zatem był to element konkurencyjności ceną oferty, zabieg świadomy i zupełnie intencjonalny. Co więcej wskazanie Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, jakoby Zamawiający miał przez wymóg wpisania ceny za 1 miesiąc świadczenia usługi odrębnie

(dla Okresu podstawowego i Okresu wydłużonego) sugerować dopuszczalności różnych cen świadczy o tym, że Odwołujący najpewniej nie poświęcił należytej uwagi dokumentom zamówienia na etapie przygotowywania oferty i nie uświadomił sobie tego istotnego zastrzeżenia co do sposobu konstruowania składowych ceny oferty. Natomiast na potrzeby odwołania Odwołujący usiłuje przerzucić odpowiedzialność za swoją nieuwagę na Zamawiającego. Pozostali Wykonawcy nie mieli wątpliwości w tej kwestii i sporządzili oferty zgodnie z warunkami określonymi w dokumentach zamówienia.

18.W tych okolicznościach oczywiste jest, że Odwołujący w odwołaniu nie tylko nie podołał wykazaniu zasadniczej przesłanki umożliwiającej zastosowanie możliwości sanowania jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, tj. tego, że inkryminowana niezgodność treści jego oferty z dokumentami zamówienia miałaby mieć charakter omyłki. Wręcz przeciwnie – Odwołujący wskazał, że ta niezgodność treści jego oferty była świadomie ustalonym elementem konstrukcyjnym ceny jego oferty, wynikającym z chęci zaoferowania korzystniejszej ceny, a zatem była kwestią zamierzenia, a nie omyłki.

19.W tej sytuacji oczywistym jest również, że niemożliwe jest dokonanie poprawy tej niezgodności treści oferty w celu osiągnięcia jej zgodności z dokumentami zamówienia. Skoro bowiem zaoferowanie przez Odwołującego niższej ceny ryczałtowej za 1 miesiąc realizacji usługi w Okresie wydłużonym ponad ryczałtową cenę 1 za miesiąc realizacji usługi w Okresie podstawowym było intencjonalne, tj. było założeniem konstrukcyjnym ceny oferty, to jakkolwiek ingerencja w te ceny z zamiarem ich wyrównania byłaby zawsze: istotną zmianą oferty w stosunku intencji wykonawcy, ale przede wszystkim nie stanowiłoby poprawy omyłki Odwołującego, bowiem nie była to omyłka.

20.Odwołujący dopiero następnie, po fakcie odrzucenia jego oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią warunków zamówienia twierdzi, że ta niezgodność jest wynikiem omyłki. Jednak okoliczności podniesione przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania zaprzeczają wprost temu twierdzeniu. Przez wzgląd na powyższe oczywistym jest, że Odwołujący nie podołał wykazaniu przesłanek zastosowania wobec jego oferty procedury sanacyjnej z art. 223 ust. pkt 3 Pzp, stąd odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie jako bezzasadne.

[zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 Pzp]

21.Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ust. 2 Pzp Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

22.Odwołujący w odwołaniu nie wskazał żadnego uzasadnienia naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 lub 2 Pzp. Odwołujący nie wskazał, w ramach którego z kryteriów ceny ofert Zamawiający ocenił wybraną ofertę niezgodnie z opisanymi kryteriami.

23.Ponadto biorąc pod uwagę fakt, że wybrana oferta była jedyną ofertą, która podlegała ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ pozostałe oferty zostały odrzucone na etapie oceny ich zgodności z warunkami zamówienia, to zarzut ten, nawet jeśli byłby zasadny, nie może mieć wpływu na wynik zamówienia.

[zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 1 Pzp]

24.Odwołujący nie uzasadnił w odwołaniu, na czym miałyby polegać naruszenie ogólnych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady efektywności postępowania, poza tym, że Zamawiający wybrał droższą niepodlegającą odrzuceniu, zgodną z warunkami zamówienia. W związku z tym, że poza tym ogólnym zarzutem zawartym w petitum odwołania, Odwołujący nie wskazał na okoliczności, w których upatruje naruszenia art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 1 Pzp, Zamawiający nie jest w stanie merytorycznie odnieść się do tak ogólnie postawionego zarzutu.

25.Zamawiający wskazuje jedynie, że jeśli miałby tak specyficznie rozumieć zasadę efektywności oraz zasadę równego traktowania wykonawców jak wskazuje Odwołujący, tj., bez zważania na wymogi ustawy Pzp, to wybrałby jako najefektywniejszą ekonomicznie ofertę wykonawcy NBQ sp. z o.o., ponieważ bezwzględnie była ona najtańszą ofertą założoną w postępowaniu o zamówienie.

26.Z ostrożności Zamawiający wskazuje, że nie może być uzasadniam tezy o rzekomym nierównym traktowaniu wykonawców okoliczność podnoszona w odwołaniu, a polegająca na tym, że Zamawiający dokonał poprawy oferty Przystępującego, natomiast nie dokonał poprawy oferty Odwołującego. Zamawiający wskazuje, że sytuacja Przystępującego była zasadniczo inna niż Odwołującego w tym zakresie.

27.Zamawiający dokonał poprawy oferty Odwołującego jako poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp. Omyłka stwierdzona w formularzu oferty Przystępującego polegała na omyłkowym przepisaniu do formularza oferty wyliczenia z pozycji Lp. 1 Tabeli nr 3 Wykazu elementów rozliczeniowych zamiast z pozycji Lp. 3 tej tabeli. W przypadku tej rozbieżności jej charakter omyłkowy był oczywisty, widoczny przy pierwszym zestawieniu formularza oferty Przystępującego i Wykazu elementów rozliczeniowych załączonego do tej oferty. Stąd Zamawiający miał obowiązek dokonania poprawy oferty Przystępującego.

28.Powyższe niestety nie było udziałem oferty Odwołującego, o czym była mowa wyżej, stąd zupełnie nieuprawnione jest wyciąganie wniosku o rzekom nierównym traktowaniu wykonawców w związku z okolicznością poprawy oferty

Przystępującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz pisemne stanowiska składane przez Strony i Uczestnika (wykonawca VIA PROJEKT) a także składane przez Strony oświadczenia na rozprawie Izba uznała, że podnoszone w odwołaniu zarzuty nie podlegają uwzględnieniu.

Pierwszy z zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 2. pkt 3) ustawy Pzp wnoszący odwołanie wykonawca - Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKOINWEST S.A. z/s w Szczecinie (wykonawca EKO-INWEST lub Odwołujący) oparł na twierdzeniu, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SWZ i podlega odrzuceniu, pomimo tego, że ta ewentualna niezgodność jest wynikiem nieistotnej omyłki i powinna zostać poprawiona na podstawie przywołanego przepisu.

Kolejny zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odniósł do wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy VIA Projekt Sp. z o.o. (Uczestnik lub wykonawca VIA PROJEKT) stwierdzając, że oferta tego wykonawcy powinna uzyskać punktację niższą od Odwołującego, gdyby oferta Odwołującego nie była odrzucona.

Z kolei co do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp podał, że (1) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone sposobem niezapewniający równego traktowania wykonawców, a mianowicie dokonano poprawienia omyłek w ofercie VIA Projekt Sp. z o.o., a zaniechano poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, co doprowadziło także do (2) naruszenia zasady efektywności tj. wyboru oferty znacząco droższej niż ta, która byłaby wybrana przy prawidłowej ocenie ofert.

Zamawiający w piśmie z dnia 18.03.2024 r. w odniesieniu do Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. (...) w lit. c) wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy podał:

„Zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie całkowite Inżyniera z tytułu realizacji Umowy składało się z sumy wynagrodzeń Inżyniera przewidzianych w Umowie i aby zostało wyliczone przez Wykonawcę na podstawie załącznika nr 6.2 do SWZ, w którym w Tabeli 1. w wierszu 3 trzeba było określić m.in. cenę ryczałtową netto za 1 miesiąc/ 1 czynność, wartość netto za okres realizacji, stawkę podatku VAT, wartość brutto za okres realizacji za dla Okresu wydłużonego i Okresy wykraczającego poza okres wydłużony, o których mowa w artykule 6 ust. 4 i 5 Umowy. W umowie (załącznik nr 6 do SWZ) w art. 11 ust. 3 pkt 1 lit. b) zawarto postanowienia, z których wynika, że: „w przypadku określonym w artykule 6 ust. 4 i 5 Umowy, Wynagrodzenie za realizację Etapu I w każdym kolejnym miesiącu realizacji Usługi, ponad Okres podstawowy, przysługiwać będzie w wysokości wskazanej w ust. 3 pkt 1 lit. a) niniejszego artykułu” czyli takie same jak stałe miesięczne wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu za Etap I realizacji Umowy w Okresie podstawowym. Wykonawca w złożonym wraz z ofertą załączniku nr. 6.2 wskazał wynagrodzenie w wysokości 24 300,00 zł netto w Okresie podstawowym oraz wynagrodzenie w wysokości 20 898,00 zł netto dla Okresu wydłużonego i Okresy wykraczającego poza okres wydłużony. Co za tym idzie, Wykonawca ukształtował składniki wynagrodzenia w sposób niezgodny z dokumentami zamówienia, w związku z czym Zamawiający jest zobowiązany odrzucić jego ofertę”.

W odwołaniu, w jego uzasadnieniu, wykonawca EKO-INWEST przedstawił następującą argumentację: *„Wykonawca w ofercie wskazał, iż oczekuje w okresie wydłużonym wynagrodzenia niższego jak w okresie podstawowym. Jest to więc propozycja korzystniejsza dla zamawiającego niż dopuszczona specyfikacją (projektem umowy) i odrzucenie oferty z tego powodu iż możliwa jest zapłata ceny jednostkowej niższej od dopuszczalnej przez zamawiającego jest wbrew ustawowej zasadzie efektywności. Nie jest to przy tym cena rażąco niska, nie odbiega bowiem (gdyby taką cenę jednostkową zastosowano do całej oferty) od przeciętnych cen ofert w tym postępowaniu oraz szacunkowej wartości zamówienia”.*

Rozpoznając zarzut skierowany do oferty wykonawcy VIA PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (wykonawca VIA PROJEKT) Izba potwierdziła, że w istocie w tej ofercie w zakresie ceny nastąpiło poprawienie omyłki, skutkiem czego w miejsce ceny ofertowej w kwocie: 430.748 zł przyjęta została kwota 779.770,89 zł. Jak wskazał Zamawiający w decyzji o wyborze tej oferty: *„kwota różni się od tej z informacji z otwarcia, ponieważ Zamawiający poprawił oczywistą omyłkę pisarską polegającą na tym, że Wykonawca wpisał do formularza oferty cenę dotyczącą zakresu podstawowego zamówienia”.*

W tym przypadku Izba miała na uwadze punkt XIV Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) zgodnie z którym:

1. Wykonawca wskaże w formularzu oferty łączną cenę brutto za realizację zamówienia przy zachowaniu następujących założeń:

a) zakres usług, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z:

– „Opisem przedmiotu zamówienia” stanowiącym załącznik nr 6.1 do SWZ,

„Wykazem elementów rozliczeniowych” stanowiącym załącznik nr 6.2 do SWZ,

2. Cena Oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę wg załącznika nr 6.2. do SWZ (wykaz elementów rozliczeniowych). (...)

Z kolei w punkcie XV odnoszącym się do kryteriów oceny ofert kat opisał kryterium ceny, jedno z dwóch kryteriów:

„1. Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach:

1.1 Cena oferty brutto (C) (...)

2. Punkty będą przyznawane wg następujących zasad:

2.1 Cena oferty (C)

najniższa cena ofertowa

$$C = \frac{\text{najniższa cena ofertowa}}{\text{cena ofertowa w ofercie ocenianej (...)}} \times 100 \text{ pkt} \times 60 \%$$

cena ofertowa w ofercie ocenianej (...)

(...)

W formularzu oferty – zał. 1 do SWZ – punkt 9 ma brzmienie:

„9. Załączam do niniejszej oferty wypełniony dokument pn. „Wykaz elementów rozliczeniowych”, stanowiący załącznik nr 6.2 do SWZ.

UWAGA: Załącznik nr 6.2 stanowi integralną część oferty i nie podlega uzupełnieniu, a jego niezałączenie będzie stanowić podstawę do odrzucenia oferty.(...)

Wykonawca VIA PROJEKT w formularzu oferty wskazał:

1. Oferuję wykonanie zamówienia za:

cenę ryczałtową netto: 350.200,00 (słownie: trzysta pięćdziesiąt tysięcy dwieście 00/100)

w tym podatek VAT wg obowiązującej stawki: 23% (tj. 80.546,00 zł)

cenę ryczałtową brutto: 430.746,00 (słownie: czterysta trzydzieści tysięcy siedemset czterdzieści sześć 00/100)

Termin realizacji zamówienia:

Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie wskazanym w SWZ. (...)

Z kolei w załączniku nr 6.2. „Tabela 3 Podsumowanie” – podał:

1. Wynagrodzenie podstawowe Inżyniera z tytułu realizacji Umowy (...) 430 746,00 zł

2. Wynagrodzenie w okresie wydłużonym oraz wykraczającym poza wydłużony okres realizacji (...) 341 644,80 zł

3. Szacunkowe maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy w przypadku zastosowania opcji (...) 779 770,80 zł (...)

Zdaniem Izby, postanowienia punktu XIV SWZ w związku z jej punktem XV jak i sam formularz oferty mógł sugerować, że cena jaka miała być podana to cena wynikająca z wynagrodzenia podstawowego. Natomiast z treści tych postanowień wynika, że wymagany był bezwzględnie załącznik nr 6.2. Z treści tego załącznika z kolei bezspornie wynika cena za wynagrodzenie podstawowe jak i w okresie wydłużonym, a w Podsumowaniu wskazane zostało szacunkowe maksymalne wynagrodzenie wykonawcy VIA PROJEKT w przypadku zastosowania opcji. Zamawiający zatem był uprawniony w odniesieniu do oferty tego wykonawcy zastosować tryb poprawienia ceny oferty. W tym przypadku - jak podał w odpowiedzi na odwołanie – zastosował tryb z art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, który stanowi o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej z uwagi na to, że: „Omyłka stwierdzona w formularzu oferty Przystępującego polegała na omyłkowym przepisaniu do formularza oferty wyliczenia z pozycji Lp. 1 Tabeli nr 3 Wykazu elementów rozliczeniowych zamiast z pozycji Lp. 3 tej tabeli. W przypadku tej rozbieżności jej charakter omyłkowy był oczywisty, widoczny przy pierwszym zestawieniu formularz oferty Przystępującego i Wykazu elementów rozliczeniowych załączonego do tej oferty. Stąd Zamawiający miał obowiązek dokonania poprawy oferty Przystępującego”.

Izba zwraca także uwagę, że zastosowanie w ofercie wykonawcy VIA PROJEKT poprawienia omyłki jest kwestionowane (ale nie co do trybu) tylko dlatego, że wobec oferty Odwołującego nie zastosowano także poprawienia ceny jego oferty. W tym przypadku - co do oferty VIA PROJEKT- nie został zastosowany tryb z art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, a wskazany w odpowiedzi na odwołanie art. 223 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający poprawia w ofercie wszystkie omyłki pisarskie. Fakt zastosowania tego trybu – jak wyżej wskazano - w odwołaniu nie jest kwestionowany. Natomiast omyłka w ofercie VIA PROJEKT mogła być kwalifikowana jako przypadkowa, albowiem cena za wykonanie całości zamówienia wprost wynikała z obowiązkowego formularza – załącznika nr 6.2. stanowiącego integralną ofertę jako jej załącznik i w tej sytuacji nie sposób zgodzić się, że przyjęcie ceny z tego formularza za całość przedmiotu zamówienia (przy braku definicji ceny oferty) prowadziło - w tym stanie faktycznym - do zmiany ceny oferty, a tym samym do istotnej zmiany treści oferty.

Wskazywany przez Odwołującego art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i jego niezastosowanie do poprawienia ceny jego oferty odnosi się do sytuacji gdy wykonawca popełnia omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia nieświadomie i, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie zatem z tym przepisem Zamawiający – jak podnosił w odpowiedzi na odwołanie - poprawia stwierdzoną niezgodność treści oferty z dokumentami zamówienia, jeśli stwierdzi: po pierwsze, że niezgodność ta ma charakter omyłki; a po drugie, jeśli poprawa tej omyłki, tj. zmiana treści oferty nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty wykonawcy.

Z treści odwołania - fragment cytowany powyżej – wynika, że wskazane niezgodności nie były skutkiem braku świadomości wykonawcy, ale jego zamierzonych działań, wynikających z nieprawidłowej interpretacji dokumentów, w tym wbrew literalnemu brzmieniu art. 11 ust. 3 pkt 1 lit. b) Umowy.

Wykonawca EKO, wbrew wskazanemu wymaganiu z art. 11 ust. 3 pkt 1 lit. b) Umowy, zaoferował dwie różne ceny ryczałtowe netto za 1 miesiąc pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach Etapu I realizacji zamówienia. Tak jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „przewidział, że w ramach Etapu I zamówienie będzie realizowane przez 10 miesięcy okresu podstawowego, oraz – stosownie do potrzeb – realizacja Etapu I może zostać przedłużona do 4 miesięcy w ramach Okresu wydłużonego realizacji Kontraktu oraz o maksymalnie kolejne 4 miesiące w ramach Okresu wykraczającego poza okres wydłużony realizacji Kontraktu (dalej łącznie ramach Okres wydłużony realizacji Kontraktu i Okres wykraczający poza okres wydłużony realizacji Kontraktu jako „Okres wydłużony”). Postanowieniem art. 11 ust. 3 pkt. 1 lit. b) projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 6 do SWZ) Zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie za każdy miesiąc realizacji usług Inżyniera Kontraktu w ramach Etapu I zarówno w Okresie podstawowym jak i w Okresie wydłużonym było takie same. Zatem Zamawiający jasno wskazał i oczekiwał od wykonawców zaoferowania wynagrodzenia w równej stawce miesięcznej w Okresie podstawowym oraz z pozostałych okresach Etapu I realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał złożenia w ramach oferty dwóch oświadczeń: formularza ofertowego wg załącznika nr 1 do SWZ, zawierającego cenę oferty i ofertę w ramach kryteriów jakościowych: kwalifikacji i doświadczenia osób kierowanych do realizacji zamówienia oraz Wykazu elementów rozliczeniowych wg załącznika nr 6.2. do SWZ. W tabeli 1 Wykazu elementów rozliczeniowych wykonawcy mieli zaoferować składowe ceny, m.in. cenę ryczałtową za 1 miesiąc realizacji usługi w ramach Okresu podstawowego oraz cenę ryczałtową netto za 1 miesiąc realizacji usługi w Okresie wydłużonym”.

Niewątpliwie poprawienie treści oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp jest wyjątkiem od zasady i dokonanie takiego poprawienia jest możliwe wyłącznie, jeśli Zamawiający stwierdzi, że zachodzą wszystkie przesłanki wymienione w tym przepisie warunkujące dokonanie takiej zmiany. Jego zastosowanie, z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji, także wiąże się z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 16 ustawy Pzp. Z argumentacji przedstawionej w odwołaniu wynika, że zaoferowana niezgodnie z dokumentami cena ryczałtowa netto za 1 miesiąc realizacji usługi w Okresie wydłużonym nie ma charakteru omyłki, ale ma charakter intencjonalny wynikający z interpretacji własnej wykonawcy, wbrew brzmieniu art. 11 ust. 3 pkt 1 lit. b) Umowy. Zatem – za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII GA 429/09 wskazanym przez Zamawiającego w odpowiedzi – można powiedzieć, że sporna niezgodność miała charakter - na etapie składania oferty - celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Nie możemy zatem mówić o omyłce (nieświadomym działaniu), a z założenia świadomym zastosowaniu rozwiązania odmiennego od wymagań Zamawiającego. Tym samym to działanie nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W tej sytuacji Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania ustaleń Zamawiającego, że złożona oferta w zakresie ceny ryczałtowej netto za 1 miesiąc realizacji usługi ponad Okres podstawowy - w tabeli 1 pozycja 3 zał. 6.2.: „maksymalna szacunkowa wartość wynagrodzenia w wydłużonym oraz wykraczającym poza wydłużony okresie realizacji” - ma charakter omyłki w tym sensie, że jest niedopatrzaniem, opuszczeniem lub innym niezamierzonym działaniem wykonawcy na etapie tworzenia oferty w Wykazie elementów rozliczeniowych (zał. 6.2.). Podkreślenia ponownie wymaga, że Odwołujący w treści odwołania potwierdził, że wskazując w ofercie w okresie wydłużonym wynagrodzenie niższe jak w okresie podstawowym miał na uwadze, że jest to propozycja korzystniejsza dla Zamawiającego niż dopuszczona specyfikacją (projektem umowy), podczas gdy celem tego postanowienia w Umowie było wyeliminowanie ryzyka niezagwarantowania – w okresie dodatkowym ponad wydłużony okres realizacji - jakości wykonanej pracy (przez wymagany liczbowo zespół o wymaganych kwalifikacjach) w warunkach nie gorszych (co najmniej takich samych) niż w okresie podstawowym.

Wobec powyższych ustaleń podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp: jej art. 226 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust.2 pkt 3 oraz art. 239 ust. 1 i 2 nie podlegają uwzględnieniu. Tym samym nie podlegają uwzględnieniu wskazywane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 17 ust.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....