Sygn. akt: KIO 2788/23

WYROK

z dnia 3 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2023 r. przez wykonawcę FBSerwis S.A.z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy J. J. C. J. Z. sp. Jawna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2788/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: Zarządowi Dróg Miejskichz siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 11 września 2023 r. dokonanej w ofercie wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie,

2.kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Zamawiającego: Zarządu Dróg Miejskich z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący……

KIO 2788/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Zarząd Dróg Miejskichw Warszawie wszczął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Konserwację infrastruktury oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawy" numer postępowania ZDM/UM/DZP/48/PN/12/23, część 7 i część 8 nr postępowania ZDM/UM/DZP/48/PN/12/23.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 21 lipca 2023 r. pod numerem: 2023/S 139-442542.

W dniu 11 września 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: FBSerwis S.Az siedzibą w Warszawie , że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2) PZP poprawia w ofercie 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zamawiający wskazał, iż poprawka dotyczy załącznika 10A dla części 7, pozycja 9 i 10 oraz załącznika 10A dla części 8, pozycja 9 i 10. W ww. formularzach cenowych podano liczbę szaf i skrzynek podziałowych do wymiany w ciągu całej umowy, czyli 36 miesięcy. W związku z tym podając wynagrodzenie roczne, należy zadeklarowaną liczbę tych szaf i skrzynek podzielić po równo na 3 lata obowiązywania umowy.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 21 września 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 632 § 1 KC poprzez poprawę w ofercie Wykonawcy FBSerwis jako oczywistych omyłek rachunkowych - pozycji, stanowiących treść ryczałtowej oferty Wykonawcy zgodnych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia oraz wolą Wykonawcy, oraz kolejno korekty

ceny ofertowej Wykonawcy pomimo, że poprawiane pozycje nie stanowiły jakichkolwiek błędów, były zgodne z wolą Wykonawcy, nie miały charakteru omyłki rachunkowej ani też nie sposób przypisać im waloru omyłek oczywistych.

Podnosząc ww. zarzuty wnosił o:

1.uwzględnienie odwołania,

2.unieważnienie czynności Zamawiającego - datowanej na dzień 11.09.2023 r., tj. poprawy w Ofercie Wykonawcy FBSerwis oczywistych omyłek rachunkowych;

3.nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Wykonawcy FBSerwis w wersji zawierającej cenę ofertową wskazaną pierwotnie w ofercie FBSerwis.

Ponadto wnosił o:

4.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,

5.zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zaoferował w ramach złożonej oferty co do części 7 i 8 realizację zamówienia za:

•4 801 662,10 zł Netto 5 906 044,38 zł brutto dla części 7;

•4 621 315,33 zł Netto 5 684 217,85 zł brutto dla części 8;

Zauważył również, że w ramach załącznika 10a Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ dla części 7 wskazał:

•W lp 9 „wymiana deklarowanej ilości szaf oświetleniowych z zamknięciem systemowym skazanym przez Zamawiającego, zgodnie z SIWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" ilość 45 szaf, za cenę jednostkową 2945,32, cenę roczną 132 539,40 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 397 618,20 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 489 070,39 zł

•W lp 10 „wymiana deklarowanej ilości skrzynek podziałowych przez Zamawiającego, zgodnie z SWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" ilość 140 szaf, za cenę jednostkową 440 zł, cenę roczną 61 600,00 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 184 800,00 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 227 304,00 zł

•W lp 32 „inne elementy towarzyszące przy wykonywaniu powyższych czynności", cenę oferowaną całkowitą kwotę netto 162 306,48 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 199 636,97 zł

•W lp 33 „pozostałe koszty firmy związane z realizacją przedmiotu zamówienia", cenę oferowaną całkowitą kwotę netto 63 866,80 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 78 556,16 zł

•W pozycji Razem CZEŚĆ 1 podał cenę roczną 446 689,98 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 1 340 069,94 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 1 648 286,03 zł

•W pozycji Razem CZĘŚĆ 1 + CZĘŚĆ 2 podał cenę roczną 1 600 554,03 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 4 801 662,10 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 5 906 044,38 zł.

Zaznaczył, że w ramach załącznika 10a Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ dla części 8 wskazał:

•W lp 9 „wymiana deklarowanej ilości szaf oświetleniowych z zamknięciem systemowym skazanym przez Zamawiającego, zgodnie z SIWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" podał ilość 35 szaf, za cenę jednostkową 2 899,62 zł, cenę roczną 101 486,70 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 304 460,10 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 374 485,92 zł

•W lp 10 „wymiana deklarowanej ilości skrzynek podziałowych przez Zamawiającego, zgodnie z SWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" podał ilość 120 szaf, za cenę jednostkową 660,00 zł, cenę roczną 79 200,00 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 237 600,00 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 292 248,00 zł

•W pozycji razem cześć 1 podał cenę oferowaną całkowitą kwotę netto 1 179 379,29 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 1 450 636,53zł

•W pozycji Razem CZĘŚĆ 1 + CZĘŚĆ 2 podał oferowaną całkowitą kwotę netto 4 621 315,33 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 5 684 217,85 zł.

Wskazał, że w ramach załącznika 10a „Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ" dla części 7 Zamawiający zmienił:

•W lp 9 „wymiana deklarowanej ilości szaf oświetleniowych z zamknięciem systemowym skazanym przez

Zamawiającego, zgodnie z SIWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" dla ilości 45 szaf, i ceny jednostkowej 2945,32, cenę roczną 44 179,80 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 132 539,40 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 163 023,46 zł

•W lp 10 „wymiana deklarowanej ilości skrzynek podziałowych przez Zamawiającego, zgodnie z SWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" dla ilości 140 szaf, i ceny jednostkowej 440 zł, cenę roczną 20 533,33,00 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 61 600,00 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 75 768,00 zł

•W lp 33 „pozostałe koszty firmy związane z realizacją przedmiotu zamówienia", cenę oferowaną całkowitą kwotę netto 63 866,79 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 78 556,15 zł

•W pozycji „razem cześć 1" zmienił cenę roczną na 317 263,71 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 951 791,14 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 1 170 703,10 zł

•W pozycji „Razem CZĘŚĆ 1 + CZĘŚĆ 2" zmienił cenę roczną na 1 471 127,76 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 4 413 383,29 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 5 428 461,45 zł.

Wskazał, że w ramach załącznika 10a „Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ" dla części 8 Zamawiający zmienił:

•W lp 9 „wymiana deklarowanej ilości szaf oświetleniowych z zamknięciem systemowym skazanym przez Zamawiającego, zgodnie z SIWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" dla ilości35 szaf, za cenę jednostkową 2899,62 zł , cenę roczną na 33 828,90 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto na 101 486,70 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 124 828,64 zł

•W lp 10 „wymiana deklarowanej ilości skrzynek podziałowych przez Zamawiającego, zgodnie z SWZ (w kolumnie nr 5 należy podać liczbę szaf dla całej umowy)" dla ilości 120 szaf, za cenę jednostkową 660,00 zł, cenę roczną na 26 400 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto na 79 200 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 97 416,00 zł

•W pozycji „razem cześć 1" zmienił cenę roczną na 272 668,63 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 818 005,89 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 1 006 147,24 zł

•W pozycji „Razem CZĘŚĆ 1 + CZĘŚĆ 2" zmienił cenę roczną na 1 419 980,64 zł, oferowaną całkowitą kwotę netto 4 259 941,92 zł, Oferowaną całkowitą kwotę brutto 5 239 728,56 zł.

Podniósł przy tym, że w konsekwencji zmian opisanych w pkt 1-3 powyżej Zamawiający skorygował wartość oferty FBSerwis:

•Dla części 7 na 4 827 835,21 zł netto, 5 938 237,31 zł brutto;

•Dla części 8 na 4 668 013,90 zł netto, 5 741 657,10 brutto, i zobowiązał Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie w ofercie omyłek do dnia 14.09.2023r.

Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 14 września 2023 kategorycznie potwierdził prawidłowość dokonanych przez siebie pierwotnie obliczeń oraz wskazał, iż nie ma podstaw do poprawiania w ramach ww. oferty wskazanych przez Zamawiającego omyłek rachunkowych albowiem takowe nie występują.

Zdaniem Odwołującego - powyższe stanowisko jest słuszne, zaś czynność zamawiającego bezpodstawna z uwagi na między innymi treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, gdzie Zamawiający dokonał następującego opisu sposobu obliczenia Ceny m.in. w ten sposób, że:

12.1.„Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac przedstawiony w Załączniku nr 1 do umowy (Wykaz obowiązków), Opisie przedmiotu zamówienia, oraz formularzach cenowych i uznaje się, że w całości pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia."

12.2.Cenę oferty Wykonawca uzyska sumując wartość wszystkich formularzy cenowych – załącznik 10 a i b dla wybranej części 1-9.

12.3.Wykonawca, pod rygorem odrzucenia oferty, musi wypełnić wszystkie pozycje w Formularzach cenowych oraz nie może samodzielnie zmieniać i wprowadzać dodatkowych pozycji.

12.4.W formularzu ofertowym w systemie Wykonawca podaje całkowitą cenę konserwacji oświetlenia ulicznego (netto, VAT, brutto) dla wybranej części. Podana cena winna zawierać całkowity koszt konserwacji (z uwzględnieniem odpowiedniego zysku), w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac.

Zamawiający określił projektowane postanowienia umowy cz 1-8 w ramach których przewidział w §3 ust. 4 PPU "Wynagrodzenie za wykonanie wymiany szaf oświetleniowych oraz skrzynek podziałowych w liczbie wskazanej w § 1 ust. 3 umowy, zawiera się w wynagrodzeniu określonym w ust. 2 niniejszego paragrafu (por. 2. Łączna wartość wynagrodzenia podstawowego Wykonawcy, obejmująca realizację wszystkich czynności opisanych w Załączniku nr 1 do

niniejszej Umowy w punktach 1, 2, 4 i 5 w okresie obowiązywania Umowy) , tj. Wykonawcy nie będzie przysługiwało odrębne wynagrodzenie za wykonanie tego elementu Przedmiotu Zamówienia.”.

Odwołujący zaznaczył, że w ramach załącznika 10a do SWZ – „Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ” dla części 7 i 8 Zamawiający wskazał, iż:

• Wszystkie ilości z powyższej tabeli są poglądowe i służą wycenie ofert, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i nie będzie zmniejszane lub zwiększane w przypadku wykonania mniejszej lub większej liczby czynności, niż wskazane w kolumnie 5 formularza.

Według Odwołującego - do powyższych instrukcji się dostosował, ustalając cenę pokrywającą całość wynagrodzenia należnego wykonawcy oraz przedstawiając wypełnione i niezmodyfikowane formularze cenowe (10A i 10B) dla obu części zamówienia, w których Wykonawca złożył swoją ofertę (część 7 i 8).

W ocenie Odwołujące dokonał on prawidłowego obliczenia ceny w braku wytycznych co do jej wyliczenia, bowiem Zamawiający nie narzucił wykonawcom, aby cena ryczałtowa została ustalona w określony sposób (za pomocą konkretnych działań czy operacji matematycznych).

Wywodził, że w żadnym fragmencie dokumentów zamówienia Zamawiający nie określił kompletnej formuły matematycznej, w oparciu o którą Wykonawca miałby skalkulować poszczególne składniki wynagrodzenia ryczałtowego. W szczególności, w formularzu 10A nie wskazał on dla poszczególnych kolumn działań matematycznych czy też zasad, według których owe składniki miałyby zostać wyliczone. Wyjątkiem w tym zakresie były jedynie kolumny 11 i 12 – w kol. 11 Zamawiający wymagał, aby wpisana wartość została ustalona poprzez przemnożenie kolumny 10 przez liczbę 3, zaś w kol 12 – aby wartość z kol. 11 została przemnożona przez podatek VAT (powiększona o podatek VAT). Jednocześnie dla wszystkich pozycji formularzy 10A Zamawiający określił, że podstawą ich wyceny miała być kalkulacja własna (kol. 2 tabeli zawartej w Załączniku nr 10A).

Wyjaśnił, że wypełniając kosztorys - kierował się dyrektywą wskazaną w formularzu 10A dla kolumny 11 (oferowana całkowita kwota netto zł), tj. dążąc do tego, aby wartość w tej kolumnie stanowiła iloczyn wartości z kolumny 10 oraz liczby 3, - w zakresie każdej z pozycji, w pierwszej kolejności ustalał wartości dla kolumny 10 (przyjmując, że te wartości stanowią punkt wyjściowy dla ustalenia prawidłowych wartości w kolumnie 11, a dalej również w kolumnie 12 – które to kolumny, zgodnie z ich opisem, obejmowały wartości pochodne od kolumny 10).

Zarzucił, że Zamawiający nie określił, w jaki sposób wartość w kolumnie 10 miałaby być ustalona –zostawiając tę kwestię do ustalenia Wykonawcy, w ramach sporządzenia kalkulacji własnej. W tych okolicznościach Wykonawca ustalił wartości wpisywane w kolumnie 10 według zasad, które sam uznał za stosowne dla ustalenia wartości wynagrodzenia ryczałtowego – dążąc do ich ujednolicenia w ramach całej tabeli.

W ramach powyższego w zakresie pozycji od 1 do 8 formularza 10A, wartość kolumny 10 (oferowana roczna kwota netto zł) Wykonawca ustalił poprzez przemnożenie wartości z kolumny 5 („Ilość (rocznie)*”) przez wartość określoną w kolumnie 6 („cena jednostkowa”).

Jednocześnie - dla pozycji 9 i 10 Wykonawca zastosował tożsamą formułę matematyczną, jednak z uwagi na wskazania Zamawiającego musiał uwzględnić okoliczność, że w przypadku tych dwóch pozycji wartości w kolumnie 5 („Ilość (rocznie)*”) dotyczyły nie okresu jednego roku, lecz całego okresu realizacji Umowy (tj. okresu pełnych trzech lat). Z uwagi na powyższe, aby zapobiec dokonaniu wyceny wartości kol. 10 na poziomie trzykrotności rzeczywistej wartości (do czego doprowadziłoby proste przemnożenie kol. 5 i 6), Wykonawca przyjął konieczność przeliczenia jednej z ww. kolumn (kol. 5 i 6) na okres roczny (w tożsamy sposób, jak w poz. od 1 do 8).

Wskazał, że wobec powyższego mając na uwadze zastrzeżenie zawarte w opisie kol. 5 (komentarz oznaczony gwiazdką, gdzie wprost wskazano, że dla poz. 9 należało podać liczbę dla całej umowy) oraz brak analogicznych zastrzeżeń dla kol. 6, wykonawca ustalił dla poz. 9 cenę jednostkową (kol. 6) w przeliczeniu na jeden rok umowy (dzieląc tę wartość przez liczbę lat, w których umowa ma obowiązywać, tj. przez liczbę 3), a następnie tak ustaloną liczbę przemnożył przez „ilość” wskazaną w kol. 5 – uzyskując prawidłową „oferowaną roczną kwotę netto” w kol. 10. Wykonawca wykonał zatem następujące działanie matematyczne:

a)w formularzu 10A dla części 7 zamówienia:

45ilość wymienianych szaf w całym okresie umowy) * 2 945,32 (całkowita cena jednostkowa dla szaf wymienianych w całym okresie obowiązywania umowy (w wys. 8 835,96 zł) / 3 lata) = 132 539,40 zł (oferowana roczna kwota netto zł); a tak ustaloną kwotę roczną, zgodnie z instrukcją zawartą w opisie kol. 11, Wykonawca pomnożył przez liczbę 3 (lat), uzyskując oferowaną całkowitą kwotę netto (397 618,20zł), a następnie powiększył o należny podatek VAT

(uzyskując oferowaną całkowitą kwotę brutto zł w kol. 12 Formularza 10A);

b)w formularzu 10A dla części 8 zamówienia:

35ilość wymienianych szaf w całym okresie umowy) * 2 899,62 (całkowita cena jednostkowa dla szaf wymienianych w całym okresie obowiązywania umowy (w wys. 8 698,86 zł) / 3 lata) = 101 486,70 zł (oferowana roczna kwota netto zł); a tak ustaloną kwotę roczną, zgodnie z instrukcją zawartą w opisie kol. 11, Wykonawca pomnożył przez liczbę 3 (lat), uzyskując oferowaną całkowitą kwotę netto (304 460,10 zł), a następnie powiększył o należny podatek VAT (uzyskując oferowaną całkowitą kwotę brutto zł w kol. 12 Formularza 10A); a tak ustaloną kwotę roczną, zgodnie z instrukcją zawartą w opisie kol. 11, Wykonawca pomnożył przez liczbę 3 (lat), uzyskując oferowaną całkowitą kwotę netto (913 380,30 zł), a następnie powiększył o należny podatek VAT (uzyskując oferowaną całkowitą kwotę brutto zł w kol. 12 Formularza 10A).

Wyjaśnił, że analogiczną zasadę obliczania „oferowanej rocznej kwoty netto zł) Wykonawca zastosował w obu formularzach 10A dla poz. 10 (dla której również w kolumnie 5 podane zostały ilości dla całego okresu obowiązywania umowy).

Według Odwołującego - działanie takie było prawidłowe, odzwierciedlało rzeczywiście oszacowaną przez Wykonawcę ryczałtową wartość wynagrodzenia oczekiwanego za wymianę szaf w okresie jednego roku i w całym okresie umowy. Jednocześnie było to działanie w pełni zgodne z dokumentami zamówienia – Wykonawca nie odnalazł w tej dokumentacji żadnego zapisu, który zabraniałby takiego sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia ryczałtowego czy też który nakazywałby jego ustalenie w inny (jedynie dopuszczalny sposób). W szczególności żadne z postanowień SWZ nie nakazywało Wykonawcy (czy chociażby sugerowało) dokonanie kalkulacji poz. 9 i 10 w taki sposób, aby najpierw ustalić wartość „oferowanej całkowitej kwoty netto zł", a następnie przeliczyć ją na „oferowaną roczną kwotę zł") czy też zastosowanie działania polegającego na podzieleniu wartości wpisywanej w kol. 10 przez liczbę 3 (zamiast analogicznego podzielenia wartości wpisanej w kol. 6 – jak to uczynił Wykonawca).

Przekonywał, że zastosowane przez niego wyliczenie cen jednostkowych było zgodne z działaniami arytmetycznymi, które nie naruszyły reguł matematycznych.

Mając to na uwadze, Odwołujący stanął na stanowisku, że wartość wynagrodzenia ryczałtowego (i całej ceny ofertowej) została przez niego wyliczona prawidłowo, zgodnie z zasadami matematyki i logicznego rozumowania. Wykonawca wycenił wszystkie pozycje zawarte w formularzu 10A, 10B i uwzględniając wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia, przypisując im adekwatną z własnego punktu widzenia wartość. Tym samym że brak jest podstaw do dokonywania w tym zakresie poprawiania „oczywistych" omyłek rachunkowych – w szczególności mając na uwadze fakt, że w formularzu 10A Zamawiający nie określił formuł matematycznych, według których wyliczenia miałyby być dokonane – a tym samym brak jest podstaw do poprawiania oferty (rzekomych omyłek rachunkowych) w oparciu o takie formuły (niewskazane ani w SWZ, ani w formularzu przedstawionym wraz z ofertą Wykonawcy).

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę na aspekt kalkulacji ceny o charakterze ryczałtowym.

W związku z tym zauważył, że w ramach ogłoszonego postepowania Zamawiający opublikował w zakresie opisu sposobu obliczenia Ceny m.in., iż:

12.1.„Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac przedstawiony w Załączniku nr 1 do umowy (Wykaz obowiązków), Opisie przedmiotu zamówienia, oraz formularzach cenowych i uznaje się, że w całości pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia."

12.2.W formularzu ofertowym w systemie Wykonawca podaje całkowitą cenę konserwacji oświetlenia ulicznego (netto, VAT, brutto) dla wybranej części. Podana cena winna zawierać całkowity koszt konserwacji (z uwzględnieniem odpowiedniego zysku), w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu prac.

Zaznaczył, że w ramach załącznika 10a do SWZ – „Szacunkowe ceny jednostkowe do rozliczeń zgodnie z SIWZ" dla części 7 i 8 Zamawiający wskazał, iż:

•Wszystkie ilości z powyższej tabeli są poglądowe i służą wycenie ofert, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i nie będzie zmniejszane lub zwiększane w przypadku wykonania mniejszej lub większej liczby czynności, niż wskazane w kolumnie 5 formularza.

Podniósł, że przepisem normującym wynagrodzenie ryczałtowe jest przepis art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości

wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (sygn. akt II CRN 913/97).

Mając to na uwadze, Odwołujący stanął na stanowisku, że wartość wynagrodzenia ryczałtowego (i całej ceny ofertowej) została przez niego wyliczona prawidłowo, zgodnie z zasadami matematyki i logicznego rozumowania. Wykonawca wycenił wszystkie pozycje zawarte w formularzu 10A, 10B i uwzględniając wszystkie wymagania zawarte w dokumentach zamówienia, przypisując im adekwatną z własnego punktu widzenia wartość. Tym samym że brak jest podstaw do dokonywania w tym zakresie poprawiania „oczywistych" omyłek rachunkowych – w szczególności mając na uwadze fakt, że w formularzu 10A Zamawiający nie określił formuł matematycznych, według których wyliczenia miałyby być dokonane – a tym samym brak jest podstaw do poprawiania oferty (rzekomych omyłek rachunkowych) w oparciu o takie formuły (niewskazane ani w SWZ, ani w formularzu przedstawionym wraz z ofertą Wykonawcy).

W ocenie Odwołującego - jakiekolwiek nieścisłości w „pomocniczym" kosztorysie przedstawianym dla ryczałtowych składników wynagrodzenia (w istocie niewystępujące w stanie faktycznym sprawy – co zostało wykazane powyżej) w ogóle nie mogłyby prowadzić do uznania oferty czy wyliczenia ceny za obarczoną wadami. W przypadku, gdy w zamian za wykonanie prac związanych z wymianą szaf oświetleniowych i skrzynek podziałowych wykonawca nie otrzyma żadnego odrębnego wynagrodzenia – innego niż zadeklarowane w ofercie wynagrodzenie ryczałtowe, jakiekolwiek wątpliwości dotyczące jedynie sposobu ustalenia przez Wykonawcę wynagrodzenia za te prace muszą być uznane za nierzutujące zarówno na prawidłowość wyliczenia ceny, jak i na jej zgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca J. J. C. J. Z. sp. Jawna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 29 września 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, ofertę Odwołującego, pisma Zamawiającego z dnia 11 września 2023 r. o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych wraz załączonymi skorygowanymi formularzami cenowymi 10A w części 7 oraz 10A dla części 8, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 29 września 2023 r., stanowiska Przystępującego z dnia 29 września 2023 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.223 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona oraz przepisu art.8 ust.1 ustawy Pzp w związku z art.632 § 1 kodeksu cywilnego.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania Izba ustaliła, że wykonawcy mocą postanowień SWZ byli zobowiązani do złożenia wzorcowych formularzy ofertowych, w których deklarowali ryczałtowe ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz wskazywali ilości szaf i skrzynek do wymiany w całym trzyletnim okresie obowiązywania umowy.

Obok powyższych formularzy ofertowych wykonawcy ci mieli obowiązek złożyć wraz z ofertą wzorcowe formularze cenowe – załącznik nr 10a w zakresie konserwacji urządzeń oświetlenia ulicznego na terenie dzielnic Mokotów i Wilanów – 7 część i w zakresie konserwacji urządzeń oświetlenia ulicznego na terenie dzielnic Ursynów i Włochy – 8 część, które zawierały tabelaryczne zestawienie szacunkowych cen jednostkowych do rozliczeń zgodnie z SWZ.

Dalej, Izba stwierdziła, że Odwołujący powyższe formularze złożył wraz z ofertą.

Następnie, Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego doszedł do wniosku, żezgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp przedmiotowy formularz cenowy należało poprawić, co znalazło odzwierciedlenie w treści pisma z dnia 11

września 2023 r., gdzie Zamawiający oświadczył, że „(…) poprawia w ofercie 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Poprawa dotyczy załącznika 10A dla części 7, pozycja 9 i 10 oraz załącznika 10A dla części 8, pozycja 9 i 10. W ww. formularzach cenowych podano liczbę szaf i skrzynek podziałowych do wymiany w ciągu całej umowy, czyli 36 miesięcy. W związku z tym podając wynagrodzenie roczne, należy zadeklarowaną liczbę tych szaf i skrzynek podzielić po równo na 3 lata obowiązywania umowy. Zamawiający w załączeniu przesyła skorygowane formularze cenowe 10A dla części 7 oraz 10A dla części 8. Poprawione pozycje formularza cenowego zostały zaznaczone na kolor czerwony. W wyniku naniesionej korekty zmianie uległa wartość oferty:

Część 7

Było:

Netto: 5 216 114,02 zł

Brutto: 6 415 820,24 zł

Powinno być:

Netto: 4 827 835,21 zł

Brutto: 5 938 237,31 zł

Część 8

Było:

Netto: 5 029 387,31 zł

Brutto: 6 186 146,39 zł

Powinno być:

Netto: 4 668 013,90 zł

Brutto: 5 741 657,10 zł

Wykonawca zobowiązany jest do wyrażenia zgody na poprawienie w ofercie omyłek do dnia 14.09.2023r. Wykonawca zobowiązany jest przesłać pismo za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego postępowania tj.

Formę i postać składanych dokumentów wskazano w dokumentacji zamówienia.

Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie, Zamawiający uzna za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.”.

Opierając się o powyższy materiał dokumentacyjny i dokonując analizy spornych formularzy cenowych i dokonanej przez Zamawiającego poprawy rzekomych oczywistych omyłek rachunkowych Izba doszła do wniosku, że treść formularzy cenowych była mało przejrzysta z punktu widzenia obowiązku wykonawców ich odpowiedniego wypełnienia wraz z wyceną i mogła prowadzić do rozbieżności interpretacyjnych co do poprawności matematycznego sposobu wyliczenia cen jednostkowych.

Należy podkreślić, że w formularzach tych w kolumnach 11 i 12 Zamawiający podał matematyczny sposób wyliczenia poszczególnych wartości, natomiast w kolumnie 10 takiego wzorca do wyliczenia ceny jednostkowej w tej kolumnie nie przewidziano, co zdaniem Izby - otworzyło Odwołującemu drogę do własnego wyliczenia ceny jednostkowej.

Należy stanowczo zanegować okoliczność, że Zamawiający miał w spornej kolumnie 10 punkt wyjścia do dokonywania działań matematycznych polegających na podzieleniu zadeklarowanej przez Odwołującego wartości przez liczbę trzy.

Wymaga wskazania, że sposób wyliczenia ceny w kolumnie 10 z punktu widzenia matematycznego nie był obarczony wadą.

W konsekwencji Zamawiający nie udowodnił, że wynik działań matematycznych w wyliczeniach Odwołującego był niepoprawny.

Ponadto, z racji przesądzenia przez Zamawiającego na gruncie SWZ, że decydujące znaczenie będzie miała sama cena ryczałtowa – w ocenie Izby – wartości podane w tym formularzu cenowym należało potraktować jako mające charakter jedynie informacyjny i nie stanowiły cen kosztorysowych będących podstawą do rozliczeń z wykonawcą, tym bardziej, że sam Zamawiający postanowił w objaśnieniach do tych formularzy cenowych, że wszystkie ilości z powyższej tabeli są poglądowe i służą wycenie ofert, a wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i nie będzie zmniejszane lub zwiększane w przypadku wykonania mniejszej lub większej liczby czynności, niż wskazane w kolumnie 5 formularza.

W związku z powyższym należy podnieść, że stosownie do art.8 ust.1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie

oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. , i oraz z 2023 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Według zapatrywania Izby - ocenę treści spornego formularza cenowego należało dokonywać również przy uwzględnieniu przepisu art.632 § 1 kodeksu cywilnego

Zdaniem Izby - nadanie powyższemu formularzowi cenowemu takiego znaczenia jak zaprezentował Zamawiający pozostawałoby w sprzeczności z treścią art.632 § 1 kodeksu cywilnego, który przewiduje, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Na tle zatem tak sformułowanego przez Zamawiającego formularza cenowego nie można mówić zatem o oczywistości omyłki, skoro sposób wyliczenia cen jednostkowych nie został doprecyzowany poprzez wskazanie wzoru matematycznego ich wyliczenia.

Jednocześnie zaś wobec wyraźnego oświadczenia Odwołującego co zadeklarowanej wysokości całkowitej ceny ryczałtowej nie można mówić omyłkach rachunkowych, skoro ten wskazał w jaki sposób dokonał wyliczenia tych cen jednostkowych prowadzących do wyliczenia ceny głównej.

W granicach rozpoznawanej sprawy, na szczególną uwagę zasługuje ratio legis przepisu art.223 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp stanowiącego podstawę prawną działania Zamawiającego.

Otóż, zdaniem Izby - przepis ten znajduje zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach takich, w których występuje oczywista omyłka rachunkowa w ofercie wykonawcy.

W przekonaniu Izby - ustawodawca przewidział ten przepis w celu ochrony oferty wykonawcy w okolicznościach, gdyby cena główna oferty nie budziła żadnych wątpliwości, a jedynie sposób jej wyliczenia dotknięty byłyby oczywistą wadą.

W rozpoznawanej sprawie poprawienie przez Zamawiającego rzekomych omyłek rachunkowych w formularzu cenowym doprowadziło jednak do zmiany ceny głównej, czyli w istocie było propozycją Zamawiającego zmiany ceny oferty Odwołującego – jej essentialia negotii, czyli czynność taka stanowiła niedopuszczalną próbę negocjacji co do tej ceny.

W dalszej kolejności wymaga wskazania, że stosownie do przepisu art.223 ust.3 ustawy Pzp w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Zgoda wykonawcy zatem będzie wymagana jedynie w przypadku innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Natomiast, taka zgoda wykonawcy nie jest wymagana w przypadku poprawienia w jego ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, co oznacza, że ustawodawca przewidział, że oczywista omyłka rachunkowa to taka, która **nie będzie budziła jakichkolwiek wątpliwości** i **nie spowoduje** pomiędzy wykonawcą a zamawiającym **sporu** co do istnienia takiej oczywistej omyłki rachunkowej.

Słowa „oczywiście" zgodnie z definicją Wydawnictwa Naukowego PWN (vide: tom III, str.268, wyd.2007) używamy, aby powiedzieć, że coś jest całkowicie oczywiste i **nie powinno budzić wątpliwości.**

Natomiast, omyłka to pomyłka zwykle **drobna** (por. Wydawnictwo Naukowe PWN (vide: tom III, str.359, wyd.2007).

Według zapatrywania Izby – zmiana w ofercie ceny głównej nie może być w żaden sposób uznana za drobną.

Jednocześnie pojęcie „Oczywistej omyłki" według źródła Wikipedia należy rozumieć jako **bezsporną**, niezamierzoną, często drobną, ale istotną pomyłkę w dokumencie (np. literówka w nazwisku), która zazwyczaj może być sprostowana na drodze uproszczonej (na przykład:

- bez udziału strony, której dotyczy;
- na niejawnym posiedzeniu sądu;
- przez zamawiającego w toku badania ofert wykonawców zamówienia publicznego itp.).

Odchodząc jednak od strony ściśle językowej badanych pojęć i przechodząc na grunt ustawy Pzp, Izba reprezentuje pogląd, że gdyby chodziło ustawodawcy, o sytuację kwalifikowaną, wymagającą określonego procesu oceny przez Zamawiającego, jak w przypadku przesłanek innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, to w ustawie byłaby ustanowiona również instytucja zgody

wykonawcy na dokonanie stosownego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej.

Zresztą, dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający z naruszeniem przepisu art.223 ust.3 ustawy Pzp bezpodstawnie posłużył się instytucją zgody, żądając od Odwołującego jej wyrażenia na dokonanie poprawienia spornej omyłki rachunkowej, zapewne zdając sobie sprawę z ciężaru gatunkowego zmiany zryczałtowanej ceny głównej oferty i obawiając się zaocznego charakteru własnego zachowania.

Wobec powyższego Izba uznała, że Odwołujący udowodnił, że Zamawiający bezpodstawnie skorzystał z przepisu art.223 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba oddaliła dowody Zamawiającego z formularzy cenowych Odwołującego z 2020 r. uznając, że były one składane w innej sprawie, dotyczyły odmiennych elementów przedmiotu zamówienia i nie zawierały w treści formularzy uwag Zamawiającego w zakresie znaczenia ceny ryczałtowej.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589
ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..