

WYROK

Warszawa, dnia 19 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2025 r. przez wykonawcę „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

A. INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

B. Semago Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącemu postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie unieważnienie czynności poprawy oferty złożonej przez „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy z dnia 20 lutego 2025 r. oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonanie poprawy oferty „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w ten sposób, że w kolumnie E dla poz. III.1 i VIII.4 TER wpisana zostanie wartość wskazana dla tych pozycji w kolumnie G z jednoczesnym uwzględnieniem skutków tej poprawy

w pozostałych pozycjach TER i Formularza oferty,

2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącego postępowanie: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział 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 „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 619 zł 15 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dziewiętnaście złotych piętnaście groszy) poniesioną przez „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącego postępowanie: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział

w Warszawie na rzecz „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 19 619 zł 15 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset dziewiętnaście złotych piętnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy.

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Pełnienie nadzoru naukowo-technicznego z elementami kontroli Inwestorskiej dla inwestycji

polegającej na budowie drogi ekspresowej S7 na odcinku Kielpin – Trasa Armii Krajowej w Warszawie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 grudnia 2024 r. pod nr 744243-2024.

W dniu 26 lutego 2025 r. wykonawca „B-Act” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego polegających na nieprawidłowym, niezgodnym z przepisami ustawy Pzp oraz wolą wykonawcy uwidocznioną w ofercie, poprawieniu oferty Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez poprawienie oferty Odwołującego w trybie wskazanym w ww. przepisie polegające w szczególności na zmianie wartości wskazanych w kolumnie G Tabeli Elementów Rozliczeniowych NNR (dalej: „TER”) dla poz. III.1 i VIII.4 na wartości wskazane dla tych pozycji w kolumnie E TER, podczas gdy takie działanie Zamawiającego skutkowałoby doprowadzeniem oferty Odwołującego do stanu niezgodności z warunkami zamówienia w zakresie opisanego w kolumnie H dla poz. VIII.4 wymogu, aby wartość poz. VIII.4 TER nie przekraczała 1% wartość wyliczonej jako suma pozycji VIII.1, VIII.2 i VIII.3. Odwołujący stwierdził, że prawidłowe zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno prowadzić do usunięcia niezgodności treści oferty z wymaganiami dokumentów zamówienia. Zdaniem Odwołującego, ustalając sposób poprawy oferty Odwołującego i prawidłowo stosując art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający winien był wpisać w kolumnie E dla poz. III.1 i VIII.4 wartość wpisaną w kolumnie G dla tych pozycji, co jest również działaniem zgodnym z intencją Wykonawcy ujawnioną w treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) Nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności poprawy oferty Odwołującego z dnia 20 lutego 2025 r.;
- b) dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, w tym jej poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ten sposób, iż w kol. E dla poz. III.1 i VIII.4 TER wpisana zostanie wartość wskazana dla tych pozycji w kol. G, z jednoczesnym uwzględnieniem skutków tej poprawy w pozostałych pozycjach TER i Formularza oferty;
- 2) Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego;
- 3) Odwołujący wniósł nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą wykonawca złożył wypełnioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych NNT („TER”). Zgodnie z Rozdziałem 17 pkt. 17.1 i 17.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) cena oferty winna zostać wyliczona w oparciu o TER. Cena oferty powinna uwzględniać wszystkie pozycje opisane

w TER. W szczególności, w TER wyszczególnione zostały m.in. pozycje:

- a) III.1 - „Prawa autorskie i majątkowe”;
- b) VIII.4 – „Prawa autorskie i majątkowe”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ww. pozycje zostały określone przez Zamawiającego jako rozliczane ryczałtowo (w przeciwieństwie do niektórych innych pozycji TER opisanych jako rozliczane obmiarowo w oparciu o ilości wskazane przez Zamawiającego). Jak zauważył Odwołujący, z tej przyczyny, w TER Zamawiający dla ww. pozycji przekreślił kolumnę D („Liczba jednostek”), wobec czego wartość wskazywana przez wykonawcę w kolumnie E („Cena jednostkowa netto w polskich złotych”) jest równa wartości wskazywanej w kolumnie G („Wartość netto w polskich złotych”). Co ważne, zdaniem, Odwołującego, dla objętych odwołaniem pozycji nie wykonuje się *de facto* działań arytmetycznych, tj. nie ma zabiegu mnożenia stawki jednostkowej przez ilość jednostek. Ponadto, we wzorze TER w kolumnie H Zamawiający wskazał m.in. w odniesieniu do poz. VIII.4, iż wartość tej pozycji ma stanowić „nie więcej niż 1 % wartości wyliczonej jako suma pozycji VIII.1, VIII.2 i VIII.3 niniejszego formularza TER NNT”.

Z przywołanej treści SWZ i TER Odwołujący wywiódł, że oferty złożone w postępowaniu powinny spełniać wymogi:

a) WYMAGANIE NR 1 [W1]:

- wartość wskazana w kolumnie E dla poz. III.1 TER winna być równa wartości wskazanej dla tej pozycji w kolumnie G

(nie ma działania arytmetycznego w tym zakresie);

- wartość wskazana w kolumnie E dla poz. VIII.4 TER winna być równa wartości wskazanej dla tej pozycji w kolumnie G (nie ma działania arytmetycznego w tym zakresie);

bowiem są to zakresy rozliczane ryczałtowo, dla których nie ma określonych jednostek przeliczeniowych;

b) WYMAGANIE NR 2 [W2] - wartość wskazana w kolumnie G dla poz. VIII.4 TER nie może być wyższa niż 1' wartości wyliczonej jako suma poz. VIII.1, VIII.2 i VIII.3 TER.

Odwołujący podał, że w dniu 20 lutego 2025 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przekazując Wykonawcy poprawioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych, w której poprawione pozycje zaznaczone zostały kolorem czerwonym, a także dokonując poprawy w zakresie pkt. 3 Formularza oferty co do ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego oraz ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia objętego opcją.

Jak wynika z ww. pisma Zamawiającego i załączonej do niego poprawionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w TER Odwołującego wartości wskazane w kolumnach E i G dla poz. III.1 i VIII.4 nie były sobie równe, wobec czego Zamawiający dokonał poprawy oferty Wykonawcy w zakresie obu ww. pozycji w ten sposób, iż do kolumny G przepisał wartość

z kolumny E (zmieniając wartość kolumny G dla poz. III.1 z 15.500 zł na 10.000 zł i dla poz. VIII.4 z 4.500 zł na 10.000 zł) i następnie na tej podstawie Zamawiający zmodyfikował również łączne wartości za wykonanie odpowiednio zamówienia podstawowego i zamówienia objętego opcją.

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na poprawienie w ofercie przedmiotowych omyłek lub zakwestionowania sposobu ich poprawienia, w terminie do dnia 26 lutego 2025 r.

Odwolujący stwierdził, że opisana powyżej czynność Zamawiającego poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego dokonana została z naruszeniem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że prawidłowe zatem zastosowanie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polega na usunięciu stwierdzonej niezgodności treści oferty

z wymaganiami dokumentów zamówienia, przy czym skutek poprawy nie powinno dojść do innej niezgodności oferty z wymaganiami dokumentów zamówienia.

Odwolujący wskazał, mając na uwadze ww. WYMAGANIE NR 1 [W1] i WYMAGANIE NR 2 [W2], które muszą być spełnione jednocześnie, że prawidłowe zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno polegać na tym, że stwierdziwszy niezgodność w TER polegającą na tym, że w przypadku poz. III.1 wartość z kolumny E nie jest równa wartości

z kolumny G oraz że w przypadku poz. VIII.4 wartość z kolumny E nie jest równa wartości

z kolumny G, Zamawiający winien zastosować taki sposób poprawy, który będzie zgodny zarówno z WYMAGANIEM NR 1, ale także WYMAGANIEM NR 2 (dochowanie wymaganego limitu %). Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego, przy dokonaniu poprawy innej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powinno odbyć się w oparciu o następujące rozumowanie:

a) skoro wartości z kolumny E i G nie są równe, należy wskazać wartość właściwą, (tj. poprawić wartość z kolumny E na wartość z kolumny G albo poprawić wartość z kolumny G na wartość z kolumny E), czyli taką, która spełniać będzie również WYMAGANIE NR 2;

b) ustalwszy, że WYMAGANIE NR 2 spełnia wartość wpisana w kolumnie G, wartość tę należy pozostawić bez zmian poprawić wartość wpisaną w kolumnie E nadając jej wartość z kolumny G.

Powyższe jest możliwe tym bardziej, że dla ustalenia wartości w obu kolumnach nie przeprowadza się żadnych wyliczeń.

Odwolujący zwrócił uwagę, że sposób poprawy oferty Odwołującego opisany w piśmie Zamawiającego z dnia 20 lutego 2025 r. pomija WYMAGANIE NR 2. Dokonanie poprawy

w sposób opisany przez Zamawiającego będzie skutkować przekroczeniem w przypadku poz. VIII.4 TER opisanego w kolumnie H TER limitu 1% wartości wyliczonej jako suma pozycji VIII.1, VIII.2 i VIII.3 (tj. naruszeniem WYMAGANIA NR Na skutek poprawienia oferty

w sposób opisany przez Zamawiającego zaistnieje zatem stan niezgodności oferty Odwołującego z wymogami SWZ. Odwołujący wskazał, że sytuacja taka nie będzie natomiast zachodzić w przypadku poprawienia oferty Odwołującego w ten sposób, iż w kolumnie E dla poz. III.1 i VIII.4 wpisana zostałaby odpowiednio wartość wpisana przez Wykonawcę

w kolumnie G dla tych pozycji (tj. odpowiednio 15.500 zł i 4.500 zł). Odwołujący zaznaczył, że taki sposób poprawy, w odróżnieniu do wskazanego przez Zamawiającego, nie wpływa na inne pozycje TER i łączną cenę za wykonanie zamówienia. Nie wpływa on również na miejsce Odwołującego w rankingu, a nadto pozostawiałoby ofertę w zgodności z wymaganiami dokumentacji zamówienia w kwestii maksymalnych % dla poszczególnych elementów wyceny. Powyższe byłoby także zgodne z wolą Odwołującego uwidocznioną w ofercie, tj. określoną przezeń stawką ryczałtową uwzględnianą do wyliczenia łącznej ceny za wykonanie zamówienia.

W dniu 3 marca 2025 r. Odwołujący rozszerzył treść odwołania stawiając zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w zakresie wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy danymi wpisanymi w kolumnach E i G dla poz. III.1 i VIII.4 TER, w celu określenia prawidłowego, zgodnego z wolą Odwołującego, sposobu poprawy, mimo iż procedura poprawy tzw. innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszcza poprzedzenie jej wyjaśnieniami Wykonawcy.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Semago Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 12 marca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez dokonanie poprawy oferty Odwołującego w sposób, w jaki uczynił to Zamawiający w piśmie z dnia 20 lutego 2025 r.

Izba stwierdziła, że sposób poprawy oferty Odwołującego jest niezgodny z celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. regulacją, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten ma zatem służyć doprowadzeniu oferty do zgodności z postanowieniami dokumentów zamówienia. Tymczasem skutek poprawy przeprowadzonej przez Zamawiającego jest przeciwny – w wyniku poprawy oferta Odwołującego staje się niezgodna z postanowieniami dokumentów zamówienia.

Izba miała na uwadze, że z konstrukcji formularza TER oraz treści kolumn C i D TER wynika, że część usług objętych jego treścią miała zostać wyceniona obmiarowo (w oparciu o ilości ustalone przez Zamawiającego), inne zaś pozycje należało wycenić jako pozycje ryczałtowe, w tym poz. III.1 i VIII.4 TER, obejmujące wycenę praw autorskich i majątkowych.

Sporne pozycje III.1 i VIII.4 TER obejmują prawa autorskie i majątkowe do wykonanych przez wykonawcę opracowań. Pozycje te podlegają wycenie jako ryczałt. Nie mają tu zatem zastosowania reguły matematyczne przewidziane przez Zamawiającego w TER polegające na przemnożeniu kolumny D i E, tj. liczby jednostek przez cenę jednostkową. Wskazuje na to wprost treść kolumny D Tabeli Elementów Rozliczeniowych, którą Zamawiający wykreślił w spornych pozycjach - w sposób oczywisty Zamawiający nie określił liczby jednostek tego elementu zamówienia, przez które należałoby przemnożyć cenę jednostkową. W świetle powyższego, dla wyceny spornych pozycji punktem wyjścia nie są ceny jednostkowe, ale ryczałtowe wynagrodzenie za element zamówienia objęty daną pozycją TER.

Należy wyjść również z założenia, że wolą wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego, w tym w zakresie maksymalnych limitów zastrzeżonych w kolumnie H Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W przeciwnym razie złożenie oferty byłoby bezcelowe. Wola wykonawcy została odzwierciedlona w kolumnie G Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

W przedmiotowej sprawie, wobec zakresu przedmiotu zamówienia objętego spornymi pozycjami oraz ryczałtowego charakteru ich wyceny brak jest podstaw do przyjęcia, że to kwota z kolumny E jest wartością właściwą. Wobec braku sporu co do tego, że tego rodzaju omyłkę można poprawić oraz niewątpliwego zamiaru wykonawcy złożenia oferty zgodnej

z wymogami Zamawiającego, zasadnym jest przyjęcie, że to wartości z kolumny G są wartościami, które wykonawca prawidłowo przyjął do obliczenia ceny oferty. Podkreślenia przy tym wymaga, że omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mają przymiotu oczywistości. Tym samym, sposób ich poprawienia może być bardziej skomplikowany niż w przypadku omyłek oczywistych.

Z uwagi na powyższe, poprawa oferty powinna polegać na wpisaniu wartości z kolumny G w kolumnie E w spornych pozycjach i przeliczeniu skutków takiej poprawy w pozostałych pozycjach TER.

Wobec uwzględnienia przez Izbę zarzutu głównego, zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśnienia treści oferty Odwołującego nie podlegał rozpoznaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie

z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (pkt 2 lit. a) oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takiej sytuacji Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca:.....