Sygn. aktKIO 1755/23

WYROK

z dnia 5 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 4 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 19 czerwca 2023 r. przez wykonawcę T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno Handlowe Technolight z siedzibą w Częstochowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Katowickie Inwestycje S.A. działające w imieniu i na rzecz Miasta Katowice

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w jej ramach poprawienie w ofercie odwołującego omyłki polegającej na wpisaniu w formularzu cenowym w pozycji 12 w kolumnie E kwoty 107 120,00 poprzez wpisanie w tym miejscu kwoty wynikającej z ilorazu kwoty wpisanej w kolumnie F z liczbą wpisaną w kolumnie D.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od zamawiającego Katowickie Inwestycje S.A. działające w imieniu i na rzecz Miasta Katowice na rzecz odwołującego T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno Handlowe Technolight z siedzibą w Częstochowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:……

Sygn. aktKIO 1755/23

Uzasadnienie

Katowickie Inwestycje S.A. działające w imieniu i na rzecz Miasta Katowice, dalej jako: „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest wymiana opraw oświetlenia placu manewrowego, wymiana oświetlenia zielonej doliny oraz wymiana i rozbudowa baterii kondensatorów w ramach zadania inwestycyjnego: „Modernizacja pomieszczeń w obiekcie Międzynarodowego Centrum Kongresowego w Katowicach".

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00197595/01.

W dniu 19 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Techniczno Handlowe Technolight z siedzibą w Częstochowie, dalej jako: „Odwołujący". Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że nie zawiera ona błędu w cenie;
2. art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty co do tego czy w kolumnie F dla pozycji 12 została podana wartość za demontaż, montaż i utylizację 303 opraw.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem

oferty Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący zwrócił w pierwszej kolejności uwagę na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Dalej wskazał, że złożył wraz z ofertą załącznik 1a tj. formularz cenowy. W kolumnie E tabeli formularza należało podać cenę jednostkową netto w zł zaś w kolumnie F należało podać łączną cenę netto w zł (kolumna D x E). W ostatniej (12) pozycji formularza pn.: demontaż, montaż i utylizacja opraw Odwołujący wpisał zarówno w kolumnie E jak i kolumnie F tą samą, łączną wartość dla wszystkich 303 opraw tj. 107 120,00 zł, następnie w kolumnie G, H, I wpisał dla tej wartości odpowiednio stawkę VAT, kwotę VAT i łączną cenę brutto (kolumna F+H). Kwotę uzyskaną w ten sposób Odwołujący ujawnił w formularzu oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie zakwalifikował, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w cenie, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, jak również nie wywiódł prawidłowych wniosków z faktu, iż rozliczenie kontraktu jest ryczałtowe. Wykonawca prawidłowo ustalił stan faktyczny a jedynie omyłkowo zamiast podać cenę jednostkową wpisał cenę za usługę dla wszystkich 303 opraw w dwóch kolumnach tabeli. Powyższe jest możliwe do stwierdzenia na pierwszy rzut oka, przy uwzględnieniu zasad logiki i zdrowego rozsądku.

Dalej wskazywał Odwołujący, iż aby koniecznym było odrzucenie oferty na omawianej podstawie prawnej należy ustalić z całą pewnością, że cena oferty jest nie prawidłowa. Nieprawidłowość powstaje wówczas gdy Zamawiający może stwierdzić, iż wykonawca w sposób odmienny obliczył cenę, co skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zawsze więc błąd w cenie, o którym mowa w omawianym przepisie należy odnosić do wytycznych zawartych w SWZ co do sposobu obliczenia ceny, ewentualnie do regulacji zewnętrznych jak ustawy podatkowe. Zamawiający w podstawie odrzucenia oferty Odwołującego nie wykazał natomiast, na czym miałaby polegać owa niezgodność obliczenia i nie podał które konkretnie postanowienia SWZ czy który przepis ustawy Odwołujący naruszył.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, zaistniała pomyłka nie prowadzi do wniosku, że cena byłaby inna, gdyby błędu nie popełniono. Cena nie byłaby inna, gdyż wartość zbiorcza została określona prawidłowo.

Odwołujący w wyniku omyłki podał w kolumnie dla ceny jednostkowej wartość łączną dla wszystkich urządzeń, jednak prawidłowo wyliczył wartość końcową oferty. Wynikała ona zarówno z tabeli w załączniku 1a jak i z załącznika nr 1 – formularza oferty. Obydwa złożone dokumenty stanowiły jednoznaczne oświadczenie woli wykonania zamówienia za cenę 647 449, 25 zł brutto. W tej cenie wykonawca ma zrealizować wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego jak kształtują się poszczególne ceny jednostkowe. Z przyjęcia modelu ryczałtowego wynika więc, że załącznik 1a tj. formularz cenowy miał jedynie walor pomocniczy i nie można z jego błędów wywodzić podstaw odrzucenia oferty. Zwłaszcza, że działanie Zamawiającego godzi w interes publiczny, z uwagi na to, że cena oferty kolejnego wykonawcy jest dużo wyższa – o ponad 150 tys zł. Zachowanie Zamawiającego, nacechowane nadmiernym formalizmem, należy więc ocenić jako nie gospodarne i nie znajdujące podstaw prawnych.

Zdaniem Odwołującego, podczas oceny oferty Zamawiający powinien dążyć do tego czy możliwe jest odczytanie oferty w taki sposób, aby wyodrębnić essentialia negoti przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Cena jednostkowa netto pozycji nie stanowi w niniejszej sprawie elementów przedmiotowo istotnych tej umowy. Wynika to z faktu, iż jak stanowi Umowa w § 4 ust. 1 wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w łącznej kwocie 647 449,25 zł (co wynika zarówno z formularza ofertowego jak i formularza cenowego). Umowa w ogóle nie przewiduje ujawniania cen jednostkowych, a co za tym idzie nie przewiduje również jakichkolwiek rozliczeń na ich podstawie.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 26 czerwca 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, swoje stanowisko w sprawie przedstawił Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego, pomimo przyjęcia formuły wynagrodzenia ryczałtowego, Zamawiający m.in. celem weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, a także z uwagi na późniejsze możliwe sytuacje związane z realizacją Umowy, w tym np. prace dodatkowe lub zamienne, rozliczenie umowy przy odstąpieniu od niej, etc., jako obligatoryjny element oferty ustanowił formularz cenowy. Zgodnie z intencją Zamawiającego wyrażoną wprost w treści SWZ bowiem formularz cenowy stanowić miał podstawę obliczenia ceny ofertowej, ma zatem kluczowe znaczenie przy jej weryfikacji i nie może być uznawany za pomijalny, dodatkowy, czy też nieznaczący lub wtórny.

Po zapoznaniu się z ofertą wykonawcy, będącego profesjonalistą oraz treścią formularza cenowego Zamawiający w pierwszej kolejności stwierdził, że wartość w kolumnie (F) nie jest prawidłowa z matematycznego punktu widzenia. Stosownie do formuły formularza cenowego wskazana w kolumnie (D) ilość tj. 303 sztuki winna zostać przemnożona

przez cenę jednostkową oznaczoną w kolumnie (E). Wskazana zaś w kolumnie (F) cena łączna netto nie stanowiła wyniku takiego działania matematycznego.

Wobec powyższego Zamawiający kolejno rozważył następujące kwestie:

1) Czy takie oznaczenie wartości w formularzu cenowym może stanowić oczywistą omyłkę rachunkową, a w konsekwencji zostać poprawione przez Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2) PZP,

2) Czy takie oznaczenie wartości w formularzu cenowym może stanowić inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP.

W odniesieniu do pierwszej z możliwości, na co wskazał wprost, w sposób wyraźny i jednoznaczny w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 13.06.2023 r., uznał brak możliwości poprawy z uwagi na okoliczność, że działanie matematyczne na kwotach i wartościach wskazanych w kolumnach (D) i (E) dawało łączną wartość 32.457.360,00 zł netto, która to kwota nie tylko stanowiła 38-krotność oferty całkowitej wedle ceny oznaczonej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, ale również w sposób rażący odbiegała od całkowitych cen ofertowych złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Zamawiający też, mając na względzie powyższe nie uznał, że ma co czynienia z omyłką o charakterze oczywistym, nie sposób bowiem było na podstawie złożonego formularza cenowego stwierdzić w sposób jasny i widoczny na pierwszy rzut oka na czym polegała omyłka Wykonawcy tj. w jaki sposób ów błąd rachunkowy winien zostać poprawiony. Mnogość możliwości w tym zakresie (w tym również, czego wykluczyć nie można, błąd w ramach obydwu pozycji wiersza 12, skutkujący tym, iż żadna z tych pozycji nie została prawidłowo oznaczona, a wartości dla każdej z nich, nie tylko jednej, winny być całkowicie inne, nie może zostać wykluczony), prowadzi wprost do konstatacji o braku oczywistości zaistniałej omyłki.

Co się zaś tyczy drugiego z analizowanych rozwiązań, na co wskazuje również w treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy, Zamawiający nie uznał, aby możliwe było dokonanie poprawy formularza cenowego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Jak bowiem wyraźnie wynika z powołanej normy prawnej, inna omyłka podlegająca poprawie na jego podstawie nie może powodować istotnych zmian w treści złożonej oferty. W ocenie Zamawiającego zaś sam formularz cenowy, mając na względzie nadane mu SWZ znaczenie tj. kształtujące wartość ostatecznej ceny ofertowej stanowi o istotności tego elementu. Jeżeli zaś w sposób jednoznaczny nie sposób było ustalić intencji Wykonawcy w zakresie wypełnienia tego dokumentu, a w konsekwencji ustalenia właściwych wartości, które pozwoliłyby na obliczenie ceny ofertowej, to w zaistniałym stanie faktycznym dokonanie zmiany ceny w ramach danego wiersza (wiersz 12) musiałoby prowadzić do istotnej zmiany oferty. Jeżeli bowiem Zamawiający poprawiłby wartość jw. wskazano poprzez zmianę w kolumnie (F) to cena wskazana w formularzu ofertowym odbiegałaby w istotny, rażący wręcz sposób, od tak ustalonej ceny. Jeżeli zaś Zamawiający dokonałby innej poprawy ceny, w tym poprzez zmianę wartości w kolumnie (E) to, mając na względzie okoliczność, iż Wykonawca po otwarciu ofert wiedział, że cena jego (wskazana w formularzu ofertowym), jest ceną najkorzystniejszą, nawet błędnie oznaczają wartość w kolumnie € mógłby wyrazić zgodę na dokonanie takiej poprawy omyłki, niejako modyfikując ofertę złożoną, celem uzyskania zamówienia, pomimo iż wypełniając formularz ofertowy istotnie popełnił błąd.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, że z uwagi na rangę nadaną SWZ formularzowi cenowemu i jego istotne znaczenie dla prawidłowego obliczenia ceny ofertowej, a także na jego znaczenie na etapie realizacji przedmiotu Umowy, Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny, którego Zamawiający, na podstawie nadanych mu ustawą prawo zamówień publicznych uprawnień do poprawy ofert wykonawców, nie mógł wyeliminować.

Zamawiający odrzucał możliwość wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia na podstawie art. 223 ust. 1 PZP, uznając iż z uwagi na rangę elementu, jaki miałby podlegać wyjaśnieniom, a także etap Postępowania, na którym, jak wyżej, Odwołujący miał świadomość cen, jakie złożyli pozostali oferenci, wezwanie takie mogłoby doprowadzić do nieuprawnionej zmiany oferty po dacie otwarcia ofert i niedozwolonych negocjacji cenowych pomiędzy Zamawiający, a Wykonawcą.

Mając na względzie okoliczność, iż żadne z ww. rozwiązań, z przyczyn wyżej oznaczonych w ocenie Zamawiającego nie było działaniem prawidłowym i zgodny z obowiązującymi przepisami prawa tj. ustawą Prawo zamówień publicznych, Zamawiający postanowił o odrzuceniu oferty Odwołującego. W jego ocenie bowiem, skoro błąd Wykonawcy dotyczący zaoferowanej ceny ofertowej, a nie dał się usunąć na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 lub 3 PZP, to stanowił on błąd w obliczeniu ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Nie nastąpiło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wymiana opraw oświetlenia placu manewrowego, wymiana oświetlenia zielonej doliny oraz wymiana i rozbudowa baterii kondensatorów w ramach zadania inwestycyjnego: „Modernizacja pomieszczeń w obiekcie Międzynarodowego Centrum Kongresowego w Katowicach".

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, oferty w postępowaniu zostały złożone przez dwóch wykonawców. Oferta Odwołującego opiewała na kwotę 647 449,25 zł brutto. Z kolei oferta drugiego oferenta na kwotę 847 470,00 zł brutto.

Zgodnie z rozdziałem 13 SWZ:

„1. Cenę oferty należy wyliczyć w oparciu o dołączony do SWZ opis przedmiotu zamówienia oraz z zastosowaniem formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ.

2. Ceną oferty jest kwota brutto wymieniona w formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszej SWZ. Cena winna być podana (liczbowo) zgodnie z formularzem cenowym. Należy podać ponadto cenę wraz z należnym podatkiem VAT.

3. Formą wynagrodzenia za przedmiot zamówienia, zgodnie z projektowanymi postanowieniami umownymi jest wynagrodzenie ryczałtowe, zgodne z ofertą Wykonawcy.

4. Rozliczenia będą prowadzone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

5. Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

6. Cena ofertowa/ceny jednostkowe muszą obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty, a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy.

7. Wykonawcy ponoszą wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.

8. Zgodnie z art. 225 ustawy Pzp jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek:

a) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;

b) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego;

c)wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku;

d)wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

Informację w powyższym zakresie wykonawca składa na druku oferty - ***załącznik nr 1do SWZ*** *Brak złożenia ww. informacji będzie postrzegany jako brak powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego."*

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ, Odwołujący zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w SWZ, zgodnie z formularzem cenowym (załącznik 1a) i specyfikacją techniczną (załącznik nr 6):

- cenę netto 526 381,51 zł (suma pozycji 1-2 z kolumny F formularza cenowego),

- cenę brutto 647 449,25 zł (suma pozycji 1-12 z kolumny I formularza cenowego),

- w tym VAT w wysokości 121 067,74 zł (suma pozycji 1-12 z kolumny H formularza cenowego).

Zgodnie z załącznikiem 1a Odwołujący dla pozycji nr 12 przedstawił następujące dane:

Lp.	Nazwa produktu	j.m.	Ilość	Cena jednostkowa netto [zł]	Łączna cena netto [zł] kolumna D*E	VAT (%)	Kwota VAT [zł] kolumna F*G	Łączna cena brutto [zł] kolumna F+H
A	B	C	D	E	F	G	H	I
12	Demontaż, montaż i utylizacja opraw	Szt.	303	107 120,00	107,120,00	23	24 637,60	131 757,60

W dniu 13 czerwca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta drugiego z wykonawców. Oferta Odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie ww. czynności:

„Na podstawie art. 226 ust.1 pkt.10 ustawy Pzp /Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu/.

Wykonawca popełnił błąd w załączniku nr 1 a do formularza oferty w pozycji 12 - „Demontaż, montaż i utylizacja opraw". W kolumnie E (Cena jednostkowa netto[zł]) i F (Łączna cena netto[zł]) zostały wpisane takie samą wartość tj. 107 120,00.

Zamawiający nie może zakwalifikować tego błędu jako oczywistą omyłkę rachunkową. W świetle art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp /Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek/ oczywista omyłka możliwa do poprawienia to taka omyłka, która daje się ustalić jednoznacznie bez możliwości opcji. Opcjonalność poprawienia omyłki wyłącza jej oczywistość, a zatem i możliwość dokonania jej poprawienia. Aby stwierdzić, że została popełniona oczywista omyłka rachunkowa musi wystąpić błąd w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych, i błąd ten musi mieć charakter oczywisty, nie budzący wątpliwości co do prawidłowego wyniku.

Zgodnie z drukiem formularza cenowego należało pomnożyć kolumnę D (ilość) przez kolumnę E (cena jednostkowa netto), aby w kolumnie F otrzymać łączną cenę netto. W tym przypadku mnożąc cenę jednostkową określoną przez wykonawcę w wysokości 107 120 przez 303 szt. dawałoby to łączną cenę netto w wysokości 32 457 360 zł netto. Jest to wartość niewspółmiernie większa (blisko 38 razy wyższa) od ceny, jaką wykonawca zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zamawiający nie może poprawić oferty uznając ten błąd (wpisanie w dwóch pozycjach tej samej wartości) jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Obowiązkiem zamawiającego jest wyeliminowanie z prowadzonego postępowania każdej oferty, która w swojej treści zawiera błąd w obliczeniu ceny. Błędem w obliczeniu ceny będzie każdy „(...) błąd polegający na nieprawidłowym ustaleniu stanu faktycznego podlegającego wycenie, na przyjęciu niewłaściwych danych do obliczenia ceny, każdy inny niż oczywista omyłka rachunkowa błąd, powstały w szczególności poprzez zastosowanie niewłaściwych jednostek, niewłaściwych ilości, zakresu czynności, pominięcie wyceny czy też przyjęcie niewłaściwej stawki podatku Vat(...)" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 02.02.2018r. KIO 129/18). Nie jest rolą zamawiającego domyślanie się intencji wykonawcy przy określaniu cen ofertowych, ani tym bardziej ustalanie ich za niego. Przykładowo, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 06.07.2020r. (KIO 973/20) wskazała, iż „(...) ustawodawca przewidział jedynie dopuszczalność poprawienia omyłek, które są zwykle drobnymi pomyłkami (za słownikiem języka polskiego

Wydawnictwa Naukowego PWN, tom III, str. 359, wyd.2007), a nie przewidział poprawienia formularza cenowego poprzez dokonanie wpisania wszystkich wymaganych treścią SIWZ cen jednostkowych,(...) dokonanie poprawienia - dopisania cen jednostkowych netto spowoduje istotną zmianę treści oferty polegającą na tym, że pierwotnie oferta nie zawierała essentialia negotii, a wskutek uzupełnienia cen jednostkowych netto powstała nowa treść oferty."

Nie bez znaczenia jest bowiem okoliczność, że Zamawiający żądał obliczenia ceny (SWZ - Rozdział II- Wymagania stawiany wykonawcom pkt 13 - Sposób obliczenia ceny ofertowej) w oparciu o dołączony do SWZ opis przedmiotu zamówienia oraz z zastosowaniem formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 a do SWZ. Fakt żądania formularza cenowego i na jego podstawie dokonania obliczenia ceny obliguje wykonawcę do zrealizowania tego w sposób prawidłowy. „O możliwości odstąpienia od badania formularza cenowego nie może stanowić ryczałtowy charakter ceny oferty. Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może uchylić się w żaden sposób." (wyrok KIO 2392/12 i KIO 2410/12).

W związku z powyższym, Zamawiający nie mogąc poprawić błędnie obliczonej ceny jako oczywistą omyłkę rachunkową, jak również innej omyłki polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, odrzuca ofertę."

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. W ramach dokonywanej subsumpcji, Izba jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana w odwołaniu.

Powyższy pogląd jest również prezentowany przez Sąd Najwyższy, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (np. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II: CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Zdaniem Izby, okoliczności które zaistniały na tle rozpatrywanego stanu faktycznego, uzasadniają zastosowanie przez Zamawiającego procedury poprawy omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. W związku z powyższym, czynność odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, była nieprawidłowa.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustalając wystąpienie tej przesłanki, zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w dokumentach zamówienia, w szczególności czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa lub wymaganych cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w dokumentach zamówienia i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nieznajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego (tak: M. Jaworska w: M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2022).

Stanowisko tożsame zostało również przyjęte w orzecznictwie, gdzie wskazuje się, iż dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność

sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, będących podstawą dokonywanej kalkulacji w świetle dokumentów zamówienia (tak np.: wyrok KIO z dnia 25 listopada 2022 r., KIO 2939/22).

Zamawiający opisując powody odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazuje tak naprawdę na czym polegają błędne założenia Odwołującego i wywodzi obowiązek odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP tylko i wyłącznie z tego względu, iż jego zdaniem, błąd popełniony przez Odwołującego nie da się zakwalifikować do poprawy jako oczywista omyłka, a więc powinien być potraktowany jako błąd w obliczeniu ceny.

Tymczasem, zdaniem Izby, błąd popełniony przez Odwołującego w formularzu cenowym da się poprawić, a Zamawiający dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi by takiej czynności dokonać.

Już na pierwszy rzut oka widać, że błąd został popełniony w kolumnie E lub F bowiem w obu z nich wpisana jest identyczna kwota. Nie można jednak pomijać pozostałych danych, które znajdują się w treści formularza cenowego i umożliwiają dojście do jednoznacznego wniosku, że kwota w kolumnie F jest prawidłowa, a kwota w kolumnie E została wpisana omyłkowo. Zdaniem Izby przemawiają za tym następujące argumenty:

- Pod kolumną F znajduje się dodatkowe zsumowanie wartości wszystkich łącznych cen netto w niej wpisanych – 526 381, 51. Zsumowanie pierwszych jedenastu pozycji daje kwotę 419 261,51. Odjęcie tej kwoty od kwoty zsumowanej znajdującej się pod tabelą daje kwotę w wysokości 107 120,00, a więc kwotę wpisaną w wierszu 12 jako łączna cena netto za zrealizowanie tej pozycji. Uwzględniając zatem pozostałe wpisane w formularzu łączne kwoty netto za realizację określonych pozycji, nie ma innej możliwości niż to, że kwota 107 120,00 stanowi łączną cenę netto za realizację pozycji 12, a nie cenę jednostkową za jej realizację.

- W kolumnie H została podana kwota podatku, którą należało wyliczyć od łącznej ceny netto, a nie od ceny jednostkowej. Należy więc uznać, że kwota 107 120 zł stanowi łączną cenę netto za realizację pozycji 12, gdyż podatek należało wyliczyć właśnie od tej kwoty.

- Pod kolumną I znajduje się zsumowana kwota łączna brutto, opiewająca na 647 449,25, co jest tożsame z ceną wskazaną w formularzu ofertowym. Nie ma zatem możliwości by cena jednostkowa za zrealizowanie pozycji wskazanej w wierszu 12 wynosiła 107 120,00 zł, gdyż prowadziłoby to do rozbieżności między całkowitą ceną oferty wskazaną w formularzu cenowym, a tą wskazaną w formularzu oferty. Tymczasem wszystkie działania z kwotą 107 120,00 zł traktowaną jako łączna cena netto za zrealizowanie pozycji 12 odpowiadają wszystkim pozostałym wartościom wpisanym w formularzu cenowym.

Analiza treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający również zauważył absurd traktowania kwoty 107 120,00 jako ceny jednostkowej, co prowadziłoby do zwiększenia ceny ofertowej w sposób, który nie jest uzasadniony logiką i doświadczeniem życiowym. Zdaniem Izby powyższa okoliczność powinna była wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, a przy uwzględnieniu pozostałych danych znajdujących się w formularzu, powinna była sprawić, że dojdzie on do przekonania, że ww. kwota nie stanowi ceny jednostkowej. Zamawiający nie powinien bowiem podejmować czynności w postępowaniu w sposób automatyczny, bez racjonalnie usprawiedliwionych założeń, z pominięciem zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz znanego mu, choćby orientacyjnie, poziomu cen za realizację przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, jedyny możliwy do wyciągnięcia wniosek jest taki, że kwota wskazana przez Odwołującego w kolumnie F jest prawidłowa, a błąd nastąpił przy wpisywaniu kwoty w kolumnie E – tj. ceny jednostkowej za realizację demontażu, montażu i utylizacji jednej sztuki opraw. Ustalenie powyższego możliwe jest bez ingerencji wykonawcy – przy wykorzystaniu danych znajdujących się w treści formularza cenowego załączonego do oferty.

Oczywiście zamawiający mógłby swoją czynność poprawienia stwierdzonej omyłki poprzedzić czynnością wezwania wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jednakże nie jest to czynność obligatoryjna, co wynika wprost z brzmienia tego przepisu, który posługuje się sformułowaniem „może". Zdaniem Izby okoliczności niniejszej sprawy pozwalają na poprawienie zaistniałej omyłki bez uprzedniego wzywania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień.

Skoro zatem nie ma wątpliwości co do tego, gdzie została popełniona omyłka, należy przeanalizować możliwość i sposób jej poprawienia. W niniejszej sprawie nie ma innej możliwości niż zaistniała omyłkę poprawić poprzez wpisanie w

kolumnie E kwoty wynikającej z ilorazu kwoty wpisanej w kolumnie F z liczbą wpisaną w kolumnie D. Liczba opraw wskazana w kolumnie D jest bowiem stała.

Zdaniem Izby podstawą prawną takiego działania powinien być art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. Omyłka popełniona przez Odwołującego nie ma bowiem charakteru rachunkowego – Odwołujący nie poczynił błędnych działań matematycznych, a po prostu błędnie wpisał w kolumnie E kwotę za realizację całej pozycji 12. Działania matematyczne zostały przez Odwołującego wykonane prawidłowo.

Dalej Izba pragnie wskazać, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 ustawy PZP (odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 ustawy PZP) było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (…).”*

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu namówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) (vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11). Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać należy za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co również istotne, wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy (§ 4 wzoru umowy). Wykonawca za realizację przedmiotu umowy wystawi jedną fakturę VAT (§ 7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy). Wiążąca dla wykonawcy jest zatem cena brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym poszczególne elementy składające się na cenę oferty mają znaczenie informacyjne. Tym bardziej omyłka popełniona przez Odwołującego nie ma żadnego znaczenia w kontekście jego oświadczenia woli, jakim jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w formularzu ofertowym, która to cena odpowiada również tej wpisanej w formularzu cenowym.

Podsumowując, w ocenie Izby, mając na uwadze fakt przyjętego w postępowaniu rozliczenia ryczałtowego zamówienia, a także mając na względzie, że podana cena ofertowa łączna jest zbieżna tak na formularzu ofertowym i formularzu cenowym, a omyłka wynikała z wadliwego wypełnienia wyłącznie jednej wartości w wierszu formularza cenowego, mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, a Zamawiający powinien był tę omyłkę poprawić, czego zaniechał, a więc odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 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).

Przewodniczący: ……