

sygn. akt: KIO 1294/23

WYROK
z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” sp. z o.o., ul. Energetyczna 10; 42-504 Będzin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, ul. Jagiellońska 72; 25-602 Kielce**, przy udziale wykonawcy **Fabe Polska sp. z o.o., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” sp.**

z o.o., ul. Energetyczna 10; 42-504 Będzin i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” sp. z o.o., ul. Energetyczna 10; 42-504 Będzin**, tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r. poz. 1129) 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. akt: KIO 1294/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa południowej obwodnicy Morawicy w ciągu DW 766 od skrzyżowania z projektowaną obwodnicą DK 73” - w systemie zaprojektuj i zbuduj*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z dnia 20 stycznia 2023 r., pod nr 2023/S 015-037174.

Dnia 28 kwietnia 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 8 maja 2023 roku, wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BANIMEX” sp. z o.o. (dalej *Odwołujący*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec niezgodnych z treścią Prawa zamówień publicznych czynności zamawiającego polegających na:

- poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty nr 1 złożonej przez wykonawcę FABE Polska sp. z o. o., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa (dalej FABE) z dokumentami zamówienia, niepowodującej – zdaniem zamawiającego – istotnych zmian w treści oferty;
- zaniechaniu odrzucenia oferty FABE, podczas gdy podlega ona odrzuceniu, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę FABE, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 223 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez bezpodstawne i nieuprawnione dokonanie poprawy formularzu OFERTA w pkt II.1 w zakresie wynagrodzenia zaoferowanego przez FABE za opracowanie dokumentacji projektowej, ponieważ prowadzi do istotnej zmiany treści oferty oraz nieuprawnionej zmiany oświadczenia woli w zakresie ceny za realizację zamówienia;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty FABE w postępowaniu, podczas gdy podlega ona odrzuceniu, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez FABE;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez FABE i uznaniu za najkorzystniejszą ofertę odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przez przepisów prawa zamówień publicznych. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28.04.2023 r. oferta odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów. Gdyby jednak zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucił ofertę złożoną przez FABE, to właśnie oferta odwołującego byłaby najwyższej punktowana. Odwołujący może utracić zatem korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci pozbawienia go dostępu do uzyskania przedmiotowego zamówienia, zatem interes odwołującego doznaje uszczerbku.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z warunkami zamówienia dotyczącymi sposobu obliczenia ceny, określonymi przez zamawiającego w pkt. XIV.6 SWZ oraz we wzorze formularza ofertowego zastrzeżono, że koszt prac projektowych nie może przekroczyć 4% wynagrodzenia wykonawcy za roboty budowlane.

W postępowaniu złożona została m.in. oferta nr 1 przez wykonawcę FABE, zgodnie z którą wykonawca zaoferował wykonanie całego przedmiotu zamówienia za kwotę 38.196.594,50 PLN, podatek VAT 23%, 8.785.216,74 PLN, razem brutto: 46 981 811,24 PLN. Natomiast

w pkt. II.1 formularza ofertowego wskazano wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowej w wysokości netto: 1.594.005,00 PLN, podatek VAT 23%, 366.621,15 PLN, co razem stanowi cenę brutto: 1.960.626,15 PLN. Z rachunku matematycznego wynika,

że w ofercie nr 1 stosunek wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych do wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych nie mieści się w tym limicie i wynosi 4,1731%.

O powyższych okolicznościach zamawiający powziął wiedzę już w dniu składania ofert oraz został dodatkowo poinformowany pismem odwołującego.

Wobec zaistniałej wadliwości oferty złożonej przez FABE zamawiający winien odrzucić ją na podstawie art. 226 ust. 5 i 10 ustawy Pzp, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, które nie mogą zostać poprawione w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jak to uczynił zamawiający, lub naprawione poprzez złożenie przez wykonawcę wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przedstawiona wadliwość oferty FABE nie wypełnia przesłanek pozwalających na uznanie jej jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dla stwierdzenia wystąpienia innej omyłki wystarczająca jest sama rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SWZ w zakresie warunków zamówienia. Wskazuje się przy tym, że zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy

w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki” (wyrok Sąd Okręgowy w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09). Zaoferowanie przez FABE w formularzu ofertowym konkretnej kwoty za wykonanie prac projektowych, które przekraczają dopuszczalny udział w wartości wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem są one wynikiem świadomego i celowego procesu myślowego towarzyszącego działaniom podejmowanym

w celu obliczenia ceny oferty. Dlatego nie można tych omyłek poprawić w oparciu o pkt. 3 tego artykułu, jako innej omyłki, gdyż sposób ich poprawy nie jest oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości oraz nie wynika z danych zawartych w samej ofercie, tak aby zamawiający samodzielnie mógł dokonać tej korekty. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone także w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1145/17). Analogiczna sprawa została poddana kognicji Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu Odwoławczym w związku z którym zapadł wyrok z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1521/17, w którym Izba podzieliła opinię i stanowisko zamawiającego i przystępującego potwierdzając niemożliwość poprawienia przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie wartości netto, dotyczącej dokumentacji projektowej w celu uzyskania poziomu ceny zgodnego z wymaganiami zamawiającego, tj. poziomu ceny nie przekraczającego 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych. Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego, który twierdził, że zamawiający powinien był poprawić jego ofertę w ten sposób, żeby wskazać sztywną kwotę, stanowiącą 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych, ponieważ jest to kwota najbardziej zbliżona do kwoty podanej w ofercie odwołującego. W takiej sytuacji to odwołujący decydowałby ostatecznie, czy zaakceptuje sposób poprawy przedstawiony przez zamawiającego. Izba wskazuje, że przedstawiony sposób rozumowania jest błędny, ponieważ wartość elementu dotyczącego wartości prac projektowych nie jest wartością sztywną, a może mieścić się przedziale do 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych. W omawianym przypadku zamawiający bez wątplenia nie posiada wystarczających

danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny elementu składającego się na wykonanie prac projektowych. Tym samym „aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych, zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1820/22). Co kluczowe poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (sygn. akt KIO 1127/10, KIO 2540/10, KIO 2457/14; KIO 1127/10; KIO 2813/12). Warto w tym miejscu podkreślić, że choć niektóre przytoczone w niniejszym piśmie orzeczenia zapadły na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, to w dalszym ciągu zachowują swoją aktualność, zwłaszcza w okolicznościach niniejszego stanu faktycznego, mając na uwadze niezmiennione w istotny sposób brzmienie przepisów nowej ustawy, regulujących poruszone zagadnienia.

W art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp ustawodawca zdecydował się na powtórzenie regulacji z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją obu przepisów zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Przesłanka ta wielokrotnie była przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: KIO), co doprowadziło do wykształcenia się jednolitej linii orzeczniczej. Uznaje się, że błędem w obliczeniu ceny lub kosztu jest błąd w rachunku matematycznym, którego nie można poprawić z uwagi na to, że nie wiadomo, który składnik działania matematycznego jest prawidłowy (por. Małgorzata Kotwica, DNPZP 2020, Nr 11). Zatem, oferta FABE powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 226 ust. 10 ustawy Pzp – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 990/13) wskazała na następującą definicję błędu w obliczeniu ceny „ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”. Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty (...) ma miejsce wówczas, gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego”.

Zgodnie z tezą wyroku z dnia 24 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 34/22 (LEX nr 3317674) „z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p., mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Cena ta została jednak w takim przypadku ustalona prawidłowo, tj. nie zawiera omyłek rachunkowych, w związku z czym zamawiający nie może w nią ingerować. Z tych powodów ustawodawca przesądził, że taką ofertę należy odrzucić”.

Zamawiający oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia powinien badać oferty w kontekście wymagań, które postawił w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione oraz jaki zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SWZ (konkluzja z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 42/23). Z kolei w wyroku z dnia 25 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2939/22 Izba wskazała: „Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. 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 odmiennosc 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”.

Przenosząc powyższe orzecznictwo na grunt przedmiotowego postępowania zważyć należy, że działanie zamawiającego polegające na poprawieniu w ofercie FABE innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty nosi wszystkie znamiona czynności podjętej

z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający w dokumentach zamówienia wyraźnie i jednoznacznie opisał w jaki sposób należy obliczyć cenę ofertową oraz wartość poszczególnych elementów cenotwórczych i zastrzegł, że koszt prac projektowych nie może przekroczyć 4% wynagrodzenia wykonawcy za roboty budowlane. O tym, że opis sposobu obliczenia ceny dokonany przez zamawiającego nie może budzić żadnych wątpliwości świadczy fakt, że wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli ofertę

w przedmiotowym postępowaniu wyczyli wynagrodzenie za prace projektowe zgodnie

z zawartymi w SWZ warunkami zamówienia oraz zastrzeżonym przez zamawiającego limitem, obowiązującym wszystkich uczestników postępowania. W postępowaniu wartości prac projektowych nie jest wartością sztywną, a może mieścić się przedziale do 4% wynagrodzenia wykonawcy za roboty budowlane, zatem może to być dowolny mniejszy procent,

a dopuszczalnych kombinacji jest w zasadzie bardzo wiele. Już samo porównanie jaki procent ofert wynagrodzenia za roboty budowlane został zaoferowany przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu wskazuje, że rozbieżność ta waha się w granicach od 2,40 do 3,98% – ten stan rzeczy obrazuje załączone do niniejszego odwołania tabelaryczne zestawienie cen ofert w rozbiciu na wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej, roboty budowlane oraz pełnienie nadzoru autorskiego (dowód: zbiorcze zestawienie (porównanie) ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu).

Innymi słowy, zarówno w dokumentach zamówienia jak i w ofercie FABE brak jest jednoznacznego wskaźnika, który pozwoliłby na stwierdzenie, że wykonawca ten miał zamiar zaoferowania wynagrodzenia za dokumentację projektową w wysokości dokładnie (nie mniej

i nie więcej niż) 4% wartości robót budowlanych. Zamawiający wprowadzając w tym zakresie korektę w trybie dokonania poprawienia innej omyłki w praktyce samodzielnie – za wykonawcę – wskazał cenę oferty za realizację tego elementu zamówienia, albowiem nie istniał wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty. Ponadto z zachowania innych konkurencyjnych wykonawców nie sposób wyczytać woli, czy jakiejś jednoznacznej praktyki, zgodnie z którą wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej miałyby opiewać na 4% wartości robót budowlanych. Konkludując powyższe, nie ma jednego sposobu w jaki sposób ustalić wynagrodzenie za dokumentację projektową,

a wysokość wynagrodzenia za ten element w wybranej ofercie, stanowi przejaw wyłącznej inwencji i woli zamawiającego. Gdyby natomiast FABE zastosowało się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia jego pierwotna oferta (przed dokonaniem poprawienia omyłek przez zamawiającego) byłaby inna – świadczy to niezbitcie

o istotności dokonanej zmiany (poprawki) oferty. Podążając za przeciwną logiką, tj. uznaniu za dopuszczalną czynność zamawiającego polegającą na samodzielnym poprawieniu

i wpisaniu ceny za wykonanie elementu zamówienia, a w konsekwencji dokonanie istotnej zmiany w zakresie ceny oferty za wykonanie całego zamówienia, skutkowałoby przyzwoleniem na to, aby wykonawca mógł, według własnego uznania już po złożeniu oferty, sterować wynikiem postępowania, bowiem to od niego zależałoby, czy wyrazi zgodę na poprawienie omyłki.

Zaskarżone działania i zaniechania zamawiającego stanowi wyraźny przejaw nierównego traktowania wykonawców oraz braku zapewnienia uczciwej konkurencji między wykonawcami. Skoro bowiem zamawiający postawił w SWZ określone wymogi względem sposobu obliczenia ceny, to powinien ich skrupulatnie przestrzegać w trakcie badania i oceny ofert.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

W toku badania ofert zamawiający stwierdził w ofercie przystępującego omyłkę, polegającą na jej niezgodności z dokumentami zamówienia i zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej PZP) dokonał jej poprawienia, jako że nie powodowała istotnych zmian w treści jego oferty, niezwłocznie go o tym zawiadamiając. Omyłka wystąpiła w formularzu OFERTA (w pkt II.1), gdzie przystępujący przekroczył wskazany przez zamawiającego próg składnika wynagrodzenia w zakresie opracowania dokumentacji projektowej o 0,1731% w odniesieniu do ustanowionego maksymalnego progu 4% wartości robót budowlanych wskazanych przez niego w pkt II.2. Poprawa polegała na redukcji wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej z 4,1731% do 4% wartości robót budowlanych i w konsekwencji na zmniejszeniu łącznego wynagrodzenia (ceny oferty)

o kwotę w wysokości 66 141,22 zł netto + VAT 15 212,48 zł, brutto: 81 353,70 zł. W wyniku dokonania ww. poprawy cena oferty (poz. RAZEM) wynosi: netto: 39 883 858,78 PLN, obowiązujący podatek VAT w wysokości 23%, tj. 9.173 287,53 PLN brutto 49 057 146,31 PLN słownie PLN brutto: czterdzieści dziewięć milionów pięćdziesiąt siedem tysięcy sto czterdzieści sześć złotych 31/100.

Powyższa zmiana ceny jest wynikiem matematycznego działania i nie ingeruje

w oświadczenie woli przystępującego w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zamawiającego określonymi w treści SWZ. Świadczy o tym treść oświadczeń przystępującego złożonych w ofercie. Zamawiający, podejmując decyzję

o poprawieniu omyłki w okolicznościach niniejszej sprawy, kierował się ww. zasadami i wytycznym wskazanymi w bieżącym orzecznictwie KIO, a także interpretacją zgodną

z dokonaną przez ustawodawcę zmianą w zakresie przepisu art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych (ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.). Z ww. zasad/wytycznych/interpretacji wynika, iż obecnie brak jest podstaw do odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy, która zawiera omyłkę: możliwą do poprawienia, nieistotną, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty, co zaistniało w niniejszej sprawie. Zamawiający posiadał możliwość jednoznacznego poprawienia omyłki, czego dokonał. Dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło więc bez konieczności prowadzenia jakichkolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym oraz przystępującym, za zgodą przystępującego, który nie zakwestionował czynności dokonania ww. poprawy, a tym samym w sposób jednoznaczny uznał racje i prawa zamawiającego do dokonania przedmiotowej zmiany. Odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierwszej kolejności obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności

z dokumentami zamówienia niemających istotnego charakteru. Zatem art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP (dawniej 87 ust. 2 pkt 3 PZP) z założenia ustawodawcy dopuszcza pewną ingerencję, jakkolwiek w niewielkim (nieistotnym) zakresie. Poprawka taka nie może być istotna, powinna doprowadzić do zgodności treści oferty z dokumentami zamówienia w sposób jak najmniej ingerujący w treść oferty i powinna być dokonana w sposób racjonalny i dający się uzasadnić. Aby spełnić ww. wymogi, należało znaleźć jak najbliższy punkt wspólny pomiędzy SWZ

i ofertą, realizujący jednocześnie postulat zgodności z dokumentami zamówienia, jak

i najmniejszej ingerencji w treść oferty. W przypadku niniejszego postępowania, jest to wskazany w SWZ 4% jako wartość maksymalna, a redukcja wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej z 4,1731% do 4%. Powyższy błąd uznano za omyłkę również w tym znaczeniu, że nie ma podstaw do zakwalifikowania jej jako działania wynikającego z celowego zignorowania przez przystępującego znanego mu wymogu SWZ lub celowego działania wbrew temu wymogowi, jak to próbuje podkreślić odwołujący nie przedstawiając w tym zakresie żadnej argumentacji. Trudno sobie wyobrazić, aby wykonawcy celowo składali oferty niezgodne z warunkami zamówienia lub popełniali błędy w obliczeniu ceny oferty, mając świadomość, że ich oferty zostaną przez zamawiającego z tych powodów odrzucone, a mimo to decydowali się na ponoszenie kosztów związanych z jej przygotowaniem i złożeniem,

z wniesieniem wadium (w przedmiotowym postępowaniu wadium wynosiło 500 000,00 złotych) oraz ewentualnych kosztów związanych z zastosowanych środków ochrony prawnej. Nie ma także podstaw, jak twierdzi odwołujący, do uznania, że przystępujący popełnił błąd

w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, że naruszone zostały zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Nie zaistniała sytuacja, gdzie zamawiający odmiennie potraktowałby oferty zawierające taką samą omyłkę. Gdyby w innych ofertach stwierdzono podobne, nieistotne uchybienia, każda z nich zostałaby poprawiona na zasadach określonych w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Podejmując decyzję o poprawieniu w ofercie przystępującego innej omyłki na mocy art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP zamawiający, jak już wskazano powyżej, dysponował wystarczającymi danymi do dokonania tych czynności, tj. wartością maksymalną za dokumentację projektową – 4% i określoną przez przystępującego kwotą za wykonanie robót budowlanych – 46 981 811,24 złotych brutto. Zasada ta zgodna jest z wyrażoną w bieżącym orzecznictwie, w szczególności w wyroku KIO 157/23 z dnia 1 lutego 2023 r., cyt. „Nie ma potrzeby samodzielnego poszukiwania odpowiedzi na pytanie, jaką kwotę należy skonkretyzować, w ramach trzyprocentowego progu, za realizację pierwszego etapu. Oferta odbiega od wymogu zamawiającego o 0,226% i tylko w tym zakresie należy dokonać poprawienia omyłki. W ocenie Izby przy tym nie ma znaczenia, co legło u podstaw rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią SWZ w przedmiotowym zakresie – czy błędna interpretacja SWZ czy inne powody (nie ma zatem również znaczenia, jakie działania Odwołujący podejmował w innych częściach postępowania, ani treść składanych przez niego wyjaśnień). Znaczenie ma wyłącznie to, że omyłka ta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Przy czym należy zauważyć, że celem Zamawiającego przy określaniu progu trzyprocentowego za pierwszy etap realizacji było uniknięcie problemów przy realizacji umowy, w sytuacji, gdyby wykonawcy określili wartość pierwszego etapu na, przykładowo, 90% wartości całej umowy. W ocenie Izby przekroczenie progu określonego przez Zamawiającego o wartość na poziomie 0,2% nie sprzeciwia się takiej intencji Zamawiającego i w żaden sposób nie zmierza do obejścia wymagań Zamawiającego – jest to więc omyłka, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Aby uczynić zadość równemu traktowaniu wykonawców (czyli, w tej sytuacji, aby każdy potencjalny wykonawca nie przekroczył w ofercie trzyprocentowego progu wartości całej umowy) należy dokonać poprawienia omyłki. W jaki sposób należy to zrobić – opisała Izba w analogicznej sytuacji w uchwale z 19 marca 2019 r., sygn. akt KIO/KU 16/19. Poglądy

wyrażone tamże Izba w niniejszym składzie w pełni podziela i przyjmuje za własne. Izba mianowicie wskazała, że „Z logicznego zaś punktu widzenia należy stwierdzić, że dokonanie poprawki na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwe przy zachowaniu pewnych naczelných zasad: poprawka nie może być istotna, powinna doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji w sposób jak najmniej ingerujący w treść oferty i powinna być dokonana w sposób racjonalny i dający się uzasadnić. Aby spełnić ww. wymogi, należy znaleźć jak najbliższy punkt wspólny pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ofertą, realizujący jednocześnie postulat zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i najmniejszej ingerencji w treść oferty” (wytyczne te związane z art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych pozostają aktualne na gruncie obecnego brzmienia art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych).

W wyroku KIO z 13 czerwca 2017 r., KIO 1088/17) czytamy: *Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Izby punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy takiej omyłki jest rozpatrywanie jej w kontekście całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Zgodnie z tym stanowiskiem nie stoi na przeszkodzie poprawieniu innej omyłki okoliczność, że zmiana dotyczy ważnych elementów umowy czy elementów zamówienia, które są istotne dla zamawiającego, ani nawet fakt, że poprawienie omyłki spowoduje zmianę ceny. Znaczenie ma bowiem okoliczność czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy*”. Izba w wyroku tym wskazała,

iż „w przypadku poprawienia innej omyłki każdorazowo zostaje zmieniona treść oferty. Granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru”.

W tym miejscu warto również przywołać definicję omyłki – w zgodzie ze słownikowym rozumieniem słowa „omyłka”, oznacza „sposrzczenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.” (Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>).

Mając na uwadze przedstawione w przedmiotowym odwołaniu stanowisko odwołującego, koniecznym jest podnieść, iż jest ono merytorycznie niezasadne oraz nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie zamawiającego argumentacja oraz zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego niniejszego postępowania. Dlatego też, zdaniem zamawiającego, przedmiotowe odwołanie jako nie odnoszące się w żaden sposób do prawidłowo wykonanych przez zamawiającego czynności, powinno zostać oddalone.

Pisemne stanowisko w sprawie złożył również wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zdaniem Izby czynność zamawiającego była prawidłowa. W całości należy podzielić stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego. Wskazać bowiem należy, iż nie jest właściwe twierdzenie odwołującego o niemożliwości zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skoro ustawodawca wyraźnie nadał uprawnienie zamawiającemu w tym zakresie, inaczej przepis ten pozostawałby martwy.

Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

„Art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Przepis ten nie stanowi zatem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawienia omyłek, którego może dokonać zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) wykonawcy nie będzie istotne. (...). Punktem wyjścia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest jej odniesienie do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne

przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach” (Prawo zamówień publicznych – komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021).

Izba nie stwierdziła, iż w omawianym zakresie mogła wystąpić wariantowość w możliwości poprawienia omyłki w ofercie przystępującego, gdyż zamawiający wyraźnie rozdzielił etapy finansowania rzeczzonego zadania inwestycyjnego. Dlatego też prawidłowe ustalenie przez zamawiającego wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, w zakresie nieodpowiedniego zastosowania współczynnika przeliczeniowego dotyczącego kosztów za wykonanie dokumentacji projektowej dawało podstawę do jego konwalidowania w sposób, który doprowadzał do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu nie zachodziła sytuacja, na którą zwracał uwagę odwołujący, albowiem wyszczególnienie elementów zamówienia, za które będzie otrzymywał wynagrodzenie wykonawca były rozliczane odrębnie. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, a Izba każdą z rozpoznawanych spraw bada odrębnie, konieczne jest ustalenie prawidłowego stanu faktycznego sprawy i dokonanie oceny prawidłowości dokonywanych w niej czynności. Nie ma zatem możliwości, aby przyjął założenia, które feruje odwołujący o wariantowości możliwości dokonania poprawy oferty. Należy bowiem wskazać, że skoro omyłka w ofercie przystępującego dotyczyła tylko jednego z jej elementów, to tylko w tym zakresie możliwa była jej poprawa, co prawidłowo uczynił zamawiający. Podnieść również należy, iż stopień i zakres dokonanej poprawy nie spowodował istotnej zmiany w treści oferty, gdyż czynność zamawiającego doprowadziła jedynie do doprowadzenia zgodności treści oferty do wymagań zamawiającego opisanych w SWZ. Nie zmienił się bowiem zakres świadczenia, czas jego realizacji, czy inne elementy z tym związane.

Zdaniem Izby, poprawienie przez zamawiającego oferty przystępującego nastąpiło w najbardziej transparentny sposób, uwzględniający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalnie do stwierdzonego naruszenia.

Ponadto wskazać należy, iż dokumentacja projektowa stanowi część przedmiotu umowy. Jest ona więc jednym ze składników wynagrodzenia ryczałtowego brutto, który to składnik bez prowadzenia jakichkolwiek negocjacji między stronami został przez zamawiającego poprawiony zgodnie z zasadami określonymi w dokumentach zamówienia. W konsekwencji nie spowodowało to ani nie mogło spowodować naruszenia zasad konkurencji, gdyż nie doprowadziło do zmiany rankingu ofert. Poprawka została dokonana w odniesieniu do wynagrodzenia za dokumentację projektową – stanowiącą niewielki tylko i nieistotny procent zakresu prac do wykonania w ramach robót budowlanych (przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane). Dokonana przez zamawiającego zmiana dotyczyła zmiany kwoty wskazanej przez wykonawcę w zakresie wyłącznie jednego z nieistotnych (biorąc pod uwagę rodzaj zamówienia) składników wynagrodzenia, a konsekwencją tej poprawki było skorygowanie ceny oferty, przy czym korekta ta była efektem działań arytmetycznych.

Jak słusznie wskazał zamawiający, *ratio legis* przepisu art. 226 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają

w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ustawy nowelizującej

w poprzednim stanie prawnym (tj. w okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.): „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i 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. (...) Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

Zamawiający prawidłowo dokonując czynności poprawy przyjął, iż skoro przystępujący przekroczył wskazany przez zamawiającego próg składnika wynagrodzenia w zakresie dokumentacji projektowej o 0,1731 % w odniesieniu do ustanowionego maksymalnego progu 4 %, to możliwe i zasadne jest dokonanie poprawienia takiej omyłki do progu wskazanego przez zamawiającego jako próg maksymalny, czyli 4%, tym bardziej, że taki poziom procentowy w stosunku do pierwotnej ceny oferty (pozycja Razem w tabeli nr 1) zamiast do wartości robót budowlanych zastosował przystępujący. Dokonanie poprawki nastąpiło zatem według jasnej i jednoznacznej zasady, określonej w SWZ do progu

wskazanego jako maksymalny odnoszący się do wartości robót budowlanych, czyli 4%.

Zdaniem Izby, stanowisko odwołującego stanowi jedynie polemikę ze stanowiskiem zamawiającego, jednakże niemającą żadnego umocowania w aktualnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....