

WYROK

Warszawa, dnia 2 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Protokolantka: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę ELMIKO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

uczestnik po stronie zamawiającego - Elektromonter sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ELMIKO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ELMIKO sp. z o.o.

z siedzibą w Mikołowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 688 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę ELMIKO

sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy ELMIKO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Zakład Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa rozdzielni głównej na terenie GOŚ-ŁAM”. 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 24 grudnia 2024 r. pod nr S: 250/2024: 792154-2024.

W dniu 28 kwietnia 2025 r. wykonawca ELMIKO sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez wykonawcę Elektromonter sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Elektromonter”), pomimo, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, a ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta Odwołującego;

2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a omyłka w ofercie Odwołującego winna zostać obligatoryjnie poprawiona na podstawie jasnej i klarownej instrukcji poprawiania omyłek przez Zamawiającego

3. zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki (na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) do czego Zamawiający był zobowiązany, pomimo że Zamawiającego obligowała do poprawienia omyłek ustawa Pzp oraz jasne i klarowne instrukcje poprawiania omyłek zawarte w SWZ oraz załączniku nr 1a do SWZ (Formularzu cenowym);

4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że w przypadku obligatoryjnej poprawy omyłek w ofercie Odwołującego (na podstawie jasnych i klarownych instrukcji zawartych w SWZ oraz załączniku nr 1a do SWZ), oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji błędny wybór oferty Elektromonter jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta Odwołującego (którą Zamawiający bezpodstawnie odrzucił, zamiast dokonać w niej obligatoryjnej poprawy omyłek), czym Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz zmierza do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający nie zastosował jednoznacznych postanowień SWZ w stosunku do Odwołującego i wybrał ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, czym naruszył uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, co w konsekwencji doprowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy (Elektromonter) wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo faktu, że Zamawiający zobligowany był dokonać w niej poprawy omyłek (czego Zamawiający zaniechał), podczas gdy dokonanie obowiązkowej poprawy omyłek doprowadziłoby ofertę do stanu zgodności z warunkami zamówienia i w konsekwencji do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, czym Zamawiający naruszył również art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz zmierza do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający nie zastosował jednoznacznych postanowień SWZ w stosunku do Odwołującego i odrzucił jego ofertę, czym naruszył uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, co w konsekwencji doprowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy (Elektromonter) wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości;
- 2.przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności wskazanych w treści odwołania;
- 3.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującemu;
- 5.nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawy omyłek w ofercie Odwołującego;
- 6.nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 7.nakazanie Zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej – oferty Odwołującego;
- 8.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał na wymóg Zamawiającego złożenia przez wykonawców Załącznika nr 1a do SWZ – Formularza cenowego oraz sformułowane w treści rozdziału 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 5 i ppkt 6 SWZ jasne i klarowne wymagania dotyczące tego, jakie dokładnie kwoty należy wpisać w pozycjach 5.1 oraz 5.2 Formularza cenowego oraz co stanie się w przypadku wpisania przez jakiegokolwiek wykonawcę innych kwot.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wytyczne te nie zostały ograniczone do jakiegoś momentu czy etapu postępowania o udzielenie zamówienia, ale zostały wskazane jako wytyczne do postępowania Zamawiającego (przymuszające go do wykonania określonej czynności – poprawy wartości pozycji w jeden możliwy sposób i w oparciu o jeden konkretny przepis - art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – jako poprawienie omyłki.

Jak podał Odwołujący, w dniu 10 marca 2025 r. odbyła się aukcja elektroniczna, w wyniku której – po uwzględnieniu wszystkich kryteriów oceny ofert – oferta Odwołującego stała się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 marca 2025 r., Odwołujący złożył zaktualizowany Załącznik nr 1a do SWZ Formularz cenowy, w którym pojawiła się omyłka w pozycjach 5.1 oraz 5.2. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z jasnymi i precyzyjnymi wytycznymi Zamawiającego, Zamawiający miał obowiązek poprawy tych dwóch pozycji i to

w jeden możliwy sposób i do jednej, znanej wszystkim wysokości, która wynikała z postanowień rozdziału 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 5 i ppkt 6 SWZ oraz treści Załącznika nr 1a do SWZ (Formularza cenowego). Tymczasem, jak podał Odwołujący, Zamawiający, zamiast dokonać obligatoryjnej czynności poprawienia omyłki i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w dniu 18 kwietnia 2025 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Elektromonter oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zaznaczył, że niedopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w sytuacji, gdy możliwe jest dokonanie oprawy w ofercie „innych” omyłek.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie oczywistym jest, że Zamawiający jest w stanie dokonać poprawy omyłek w ofercie Odwołującego w jeden możliwy sposób, który Zamawiający sam na siebie narzucił w postanowieniach rozdziału 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 5 i ppkt 6 SWZ oraz w postanowieniach Załącznika nr 1a do SWZ, czyli:

- 1) omyłkowo błędnie wpisaną pozycję 5.1 w Załączniku nr 1a do SWZ (Formularzu cenowym) należy poprawić w ten sposób, że cenę tam wpisaną dostosowuje się do wartości 8% wartości z pozycji 4 (rozdział 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 5 SWZ)
- 2) omyłkowo błędnie wpisaną pozycję 5.2 w Załączniku nr 1a do SWZ (Formularzu cenowym) należy poprawić w ten sposób, że cenę tam wpisaną dostosowuje się do wartości 10% wartości z pozycji 5.1 (rozdział 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 6 SWZ).

Odwołujący wskazał, że z uwagi na to, że wartości w pozycjach 5.1 (1 725 400,00) oraz 5.2 (123 000,00) nie są zgodne z wymogiem procentowym i jednocześnie wpisują się w obligatoryjną poprawę omyłek, zgodnie z działaniem arytmetycznym opisanym przez Zamawiającego w rozdziale 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 5 i ppkt 6 SWZ, to Zamawiający zobowiązany był do poprawy tych omyłek w sposób następujący:

poz. 5.1 – 1 428 768,00

poz. 5.2 – 142 876,80,

a po dokonaniu tych popraw – do uwzględnienia konsekwencji rachunkowych ww. popraw, czyli uzgodnienia wartości w pozycji 5.3 (podsumowaniu wartości 5.1 i 5.2) oraz w pozycji 6 (podsumowaniu całej ceny ofertowej):

poz. 5.3 – 1 571 644,80

poz. 6 – 19 431 244,80.

W konsekwencji powyższego, cena całkowita oferty uległaby obniżeniu do wartości 19 431 244,80 złotych, co powoduje, że oferta ta jest jeszcze korzystniejsza, a jej wybór cechuje się większym zastosowaniem przez Zamawiającego zasady gospodarności (art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Odwołujący podkreślił:

1. Zamawiający przede wszystkim zobowiązany jest do dokonania poprawy „innych” omyłek (do czego zobowiązany jest ustawą Pzp oraz wymogami SWZ, a sposób poprawy dyktują jednoznaczne instrukcje zawarte w SWZ i Załączniku nr 1a do SWZ, które wymuszają swoje zastosowanie w analizowanym przypadku
2. po dokonaniu poprawy „innych” omyłek – znika niezgodność oferty z SWZ, a zatem znika również podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na rzekomą niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) – czyli czynność odrzucenia oferty winna zostać unieważniona.

Tymczasem, jak stwierdził Odwołujący, błędne, niezgodne z ustawą Pzp oraz postanowieniami SWZ (dokumentów zamówienia), zaniechanie poprawienia „innych” omyłek, w sposób jednoznacznie przewidziany w SWZ (a w konsekwencji nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego) nie tylko narusza wskazane przepisy ustawy Pzp, ale również podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych:

a) uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), ponieważ Zamawiający nie zastosował wobec Odwołującego obligatoryjnej poprawy omyłek – do czego był zobowiązany przepisami ustawy Pzp i własnymi postanowieniami SWZ (którymi sam zobowiązał się do dokonania takich popraw), a zatem zmienił (wobec Odwołującego) reguły gry w trakcie jej rozgrywania – co dobitnie świadczy o naruszeniu konkurencji i nierównym traktowaniu wykonawców

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zastosował się do obowiązujących go na równi z wykonawcami zasad narzuconych przez SWZ, jak również nie zastosował SWZ do Odwołującego (czym naruszył pozycję Odwołującego, która powinna być równa pozycji innych wykonawców w postępowaniu).

Odwołujący stwierdził ponadto, że poprawa omyłek, skutkująca obniżeniem całkowitej ceny oferty nie narusza żadnej konkurencji w postępowaniu, ani równego traktowania wykonawców, ponieważ oferta Odwołującego od samego początku była ofertą najkorzystniejszą – a zatem była taką ofertą zarówno w sytuacji, gdy cena całkowita oferty wynosiła 19 708 000,00 złotych (przed poprawą omyłek), jak również będzie taką ofertą najkorzystniejszą w przypadku poprawy omyłek – za cenę 19 431 244,80 złotych. Poprawa omyłek i obniżenie ceny całkowitej oferty nie wpłynie więc w absolutnie żaden sposób na ranking ofert i nie spowoduje, że oferta Odwołującego stanie się nagle ofertą najkorzystniejszą (w sposób nieprzewidziany).

b) udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp), jako że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy – wymuszających dokonanie poprawy omyłek (art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), jak również naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy i odrzucenie oferty Odwołującego, która:

- a. jest ofertą najkorzystniejszą
- b. zawiera omyłki, które muszą być poprawione
- c. nie podlega odrzuceniu

i w konsekwencji nieprawidłowy wybór jako najkorzystniejszej – oferty Elektromonter – która ofertą najkorzystniejszą nie jest – prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy (z naruszeniem tych przepisów ustawy Pzp)

c) gospodarności (art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), ponieważ w sytuacji, gdy Zamawiający może zgodnie z przepisami wybrać ofertę Odwołującego, która jest tańsza od oferty Elektromonter, Zamawiający wybiera droższą ofertę Elektromonter, nieprawidłowo odrzucając ofertę Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Elektromonter.

Pismem z dnia 22 maja 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy Odwołujący zmodyfikował żądania wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawy wartości spornych pozycji 5.1 i 5.2 Formularza cenowego złożonego po aukcji elektronicznej do wartości tych pozycji wskazanych w pierwotnym Formularzu cenowym.

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 uczestnika 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.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej wraz ze wszystkimi niezbędnymi uzgodnieniami i decyzjami, oraz wykonanie nowego obiektu rozdzielni głównej 15kV (wraz z wyposażeniem) na terenie GOŚ ŁAM, rozruch i przełączenie ze starej na nową rozdzielnię RG (rozdział 3 ust. 2 SWZ).

Zamawiający w rozdziale 8 SWZ ustanowił zasady obowiązujące przy obliczaniu ceny:

„4.1. Cenę oferty należy podać w pkt 4 Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

4.2. Cenę oferty należy obliczyć w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1a do SWZ, t.j.

1) w poz. 1 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie robót budowlanych w budynku trafostacji. Budynek w technologii żelbetowej z dachem dwuspadowym wraz z instalacjami wewnętrznymi;

2) w poz. 2.12 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie robót elektrycznych, będącą sumą cen brutto wyszczególnionych w poz. 2.1 – 2.11 Formularza cenowego;

3) w poz. 3 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie robót drogowych, tj. drogi dojazdowe, wjazdy, drogi wewnętrzne, parkingi;

4) w poz. 4 Formularza cenowego podać cenę brutto stanowiącą sumę cen brutto wskazanych w poz. 1, poz. 2.12. i poz. 3 Formularza cenowego;

5) w poz. 5.1 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie prac projektowych wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń (z zastrzeżeniem, że cena brutto za realizację prac projektowych wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń uwzględniona w cenie oferty, nie może przekroczyć 8% ceny brutto robót wskazanych w poz. 4 Formularza cenowego. W przypadku niespełnienia wymogu, Zamawiający przyjmie wartość 8% i poprawi omyłkę na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp);

6) w poz. 5.2 Formularza cenowego podać cenę brutto za nadzór autorski (z zastrzeżeniem, że cena brutto za świadczenie usług nadzoru autorskiego uwzględniona w cenie oferty, nie może przekroczyć 10% ceny brutto za realizację prac projektowych wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń, wskazanych w poz. 5.1 Formularza cenowego. W przypadku niespełnienia wymogu, Zamawiający przyjmie wartość 10% i poprawi omyłkę na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp);

7) w poz. 5.3 Formularza cenowego podać cenę brutto stanowiącą sumę cen brutto wskazanych w poz. 5.1 i 5.2 Formularza cenowego;

8) w poz. 6 Formularza cenowego podać cenę brutto stanowiącą sumę cen brutto wskazanych w poz. 4 i poz. 5.3 Formularza cenowego. Cenę tę należy podać w pkt 4 Formularza oferty stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. W przypadku rozbieżności pomiędzy ceną brutto w pozycji 6 „Razem całe zamówienie” w Formularzu cenowym, a ceną brutto podaną w pkt 4 Formularza oferty, Zamawiający przyjmie za prawidłowe ceny wynikające z obliczeń dokonanych w Formularzu cenowym.”.

Zamawiający przewidział dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej (rozdział 15 ust. 1 SWZ).

Zgodnie z rozdziałem 15 ust. 11 SWZ:

„11. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta po przeprowadzeniu aukcji zostanie najwyższej oceniona, do przedłożenia aktualnego Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ. Zamawiający informuje, że wiążącą i stałą jest cena zaoferowana podczas aukcji i w zaktualizowanym Formularzu cenowym nie może ona ulec zmianie. Ceny za poszczególne pozycje podane w zaktualizowanym Formularzu cenowym nie mogą być wyższe niż ceny podane w pierwotnej ofercie. Formularz cenowy po aukcji Wykonawca składa jedynie w zakresie podziału zaoferowanych cen po aukcji, pozostałe zapisy formularza są wiążące.”.

W rozdziale 15 ust. 12 Zamawiający przewidział:

„12. Po przeprowadzonej aukcji Zamawiający może wezwać wszystkich Wykonawców, którzy złożyli postąpienia, do przedłożenia aktualnego Formularza cenowego po aukcji stanowiącego załącznik nr 1a do SWZ. Ceny za poszczególne pozycje podane w Formularzu cenowym po aukcji nie mogą być wyższe niż ceny podane w pierwotnej ofercie. Zamawiający informuje, że wiążącą i stałą jest cena zaoferowana podczas aukcji i w zaktualizowanym Formularzu cenowym nie może ona ulec zmianie. Złożone Formularze cenowe po aukcji będą służyć w szczególności do badania ofert w zakresie zaoferowanej ceny.”.

We wzorze Formularza cenowego (Załącznik 1a do SWZ) Zamawiający spornym pozycjom nadał nazwę:

Poz. 5.1 „Prace projektowe wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń (wartość max. do 8% wartości z pozycji 4 - RAZEM ROBOTY)”

Poz. 5.2 „Nadzór autorski (wartość max. do 10% wartości z pozycji 5.1 Prace projektowe wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń)”.

Analogicznie do powyższych postanowień, we wzorze Formularza cenowego (Załącznik 1a do SWZ) Zamawiają zastrzegł:

„UWAGA!

1. Cenę oferty należy podać w pkt 4 Formularza oferty, stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ.

2. Cenę oferty należy obliczyć w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1a do SWZ, t.j.

1)w poz. 1 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie robót budowlanych w budynku trafostacji. Budynek w technologii żelbetowej z dachem dwuspadowym wraz z instalacjami wewnętrznymi;

2)w poz. 2.12 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie robót elektrycznych, będącą sumą cen brutto wyszczególnionych w poz. 2.1 – 2.11 Formularza cenowego;

3)w poz. 3 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie robót drogowych, tj. drogi dojazdowe, wjazdy, drogi wewnętrzne, parkingi;

4)w poz. 4 Formularza cenowego podać cenę brutto stanowiącą sumę cen brutto wskazanych w poz. 1, poz. 2.12. i poz. 3 Formularza cenowego;

5)w poz. 5.1 Formularza cenowego podać cenę brutto za wykonanie prac projektowych wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń (z zastrzeżeniem, że cena brutto za realizację prac projektowych wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń uwzględniona w cenie oferty, nie może przekroczyć 8% ceny brutto robót wskazanych w poz. 4 Formularza cenowego. W przypadku niespełnienia wymogu, Zamawiający przyjmie wartość 8% i poprawi omyłkę na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp);

6)w poz. 5.2 Formularza cenowego podać cenę brutto za nadzór autorski (z zastrzeżeniem, że cena brutto za świadczenie usług nadzoru autorskiego uwzględniona w cenie oferty, nie może przekroczyć 10% ceny brutto za realizację prac projektowych wraz z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń, wskazanych w poz. 5.1 Formularza cenowego. W przypadku niespełnienia wymogu, Zamawiający przyjmie wartość 10% i poprawi omyłkę na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp);”.

W przedmiotowej sprawie niesporna jest okoliczność, że w pierwotnym Formularzu cenowym (Załącznik 1a do SWZ) Odwołujący wycenił:

Poz. 4 na kwotę 30 294 900,00 PLN,

Poz. 5.1 na kwotę 984 000,00 PLN,

Poz. 5.2 na kwotę 84 870,00 PLN.

W Formularzu cenowym złożonym na wezwanie Zamawiającego po przeprowadzonej aukcji elektronicznej Odwołujący wycenił ww. pozycje w następujący sposób:

Poz. 4 na kwotę 17 859 600,00 PLN,

Poz. 5.1 na kwotę 1 725 400,00 PLN,

Poz. 5.2 na kwotę 123 000,00 PLN.

Nie ma też sporu pomiędzy stronami co do tego, że poz. 5.1 i 5.2 zostały określone w Formularzu cenowym złożonym po aukcji elektronicznej w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Spór dotyczy możliwości poprawienia oferty złożonej przez Odwołującego.

Izba za niezasadne uznała zarzuty podniesione w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że pozycje 5.1 i 5.2 Formularza cenowego złożonego przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego wystosowane po przeprowadzonej aukcji elektronicznej mogłyby podlegać poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyby poprawa miała ograniczać się do wyliczenia wartości tych pozycji zgodnie z postanowieniami rozdziału 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 5 i 6 SWZ, powtórzonymi w Formularzu cenowym. Zamawiający ustanowił jasne reguły obliczania wartości spornych pozycji, a także określił jednoznaczny sposób poprawienia wartości wskazanych w tych pozycjach. W takich okolicznościach, możliwość zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie budzi wątpliwości.

Jednakże w przedmiotowej sprawie czynność poprawienia omyłek w sposób przewidziany w SWZ nie doprowadziłaby do zgodności oferty Odwołującego z treścią dokumentów zamówienia. Pomimo dokonania poprawy poz. 5.1 i 5.2 Formularza cenowego Odwołującego w sposób określony w SWZ, tj. pomimo zmiany wartości ww. pozycji w następujący sposób:

Poz. 5.1 – 1 428 768,00 PLN

Poz. 5.2 – 142 876,80 PLN,

przedmiotowe pozycje nadal byłyby niezgodne z SWZ, tj. z postanowieniami rozdziału 15 ust. 11 SWZ, zgodnie z którym ceny za poszczególne pozycje podane w zaktualizowanym Formularzu cenowym nie mogą być wyższe niż ceny podane w pierwotnej ofercie. Niesporne jest między stronami, że pomimo dokonania przez Zamawiającego poprawy poz. 5.1 i 5.2 zaktualizowanego Formularza cenowego zgodnie z wytycznymi przyjętymi w SWZ, ceny w tych pozycjach byłyby wyższe niż w pierwotnym Formularzu cenowym.

Izba stwierdziła, że poprawa oferty Odwołującego przez dobór kwot dla poz. 5.1 i 5.2 z pierwotnego Formularza cenowego wykracza poza możliwość poprawy oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i stanowiłaby *de facto* negocjacje treści oferty, co jest niezgodne z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest bowiem podstaw do tak dalekiej ingerencji Zamawiającego w treść oferty wykonawcy. Zmiana wnioskowana przez Odwołującego skutkowałaby samodzielnym kształtowaniem oferty przez Zamawiającego. Zamawiający nie dokonywałby poprawy spornych pozycji zgodnie z regułami przewidzianymi w SWZ, tylko uznając, że przewidziany w SWZ sposób poprawy nie doprowadzi do zgodności oferty z treścią SWZ, dokonałby wyboru, że dla pozycji 5.1 i 5.2 właściwa jest wartość z pierwotnego Formularza cenowego, mimo że z treści zaktualizowanego Formularza wynika wola zmiany wartości tych pozycji, podobnie, jak i pozostałych.

W ocenie Izby, nie jest rolą Zamawiającego podejmowanie decyzji co do wyceny poszczególnych elementów zamówienia. Wycena zamówienia stanowi czynność należą do wykonawcy. Zamawiający zaś jest uprawniony do poprawienia omyłek popełnionych w treści złożonej oferty, jednak w ramach ściśle określonych reguł, zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z poglądem utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający musi mieć wiedzę, w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z postanowień SWZ oraz z treści oferty. Ponadto, musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty. Tymczasem, Zamawiający nie miał podstaw, aby samodzielnie wywieść, że poz. 5.1 i 5.2 zaktualizowanego Formularza cenowego powinny zostać wycenione na kwoty wskazane w pierwotnym Formularzu cenowym. Przeciwnie, treść złożonego po aukcji Formularza cenowego wskazywała na wolę Odwołującego wyceny poz. 5.1 i 5.2 na kwoty inne niż pierwotnie skalkulowane.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, wnioskowany przez Odwołującego sposób poprawienia oferty nie wynika ani z treści SWZ, ani z treści złożonej oferty. Co za tym idzie, wnioskowane przez Odwołującego działanie Zamawiającego

polegające na:

- poprawieniu poz. 5.1 i 5.2 Formularza cenowego zgodnie z postanowieniami rozdziału 8 ust. 4 pkt 4.2 ppkt 5 i 6 SWZ, powtórzonymi w Formularzu cenowym
- stwierdzeniu, że pomimo ww. czynności oferta Odwołującego nadal jest niezgodna z treścią SWZ, bowiem kwoty z poprawionych pozycji są niezgodne z postanowieniami rozdziału 15 ust. 11 SWZ,
- „pobraniu” kwot z pierwotnego Formularza cenowego dla dwóch spornych pozycji,

stanowiłyby niedozwolone negocjacje polegające na dokonaniu wyboru pomiędzy kwotami wynikającymi z poprawienia oferty w sposób przewidziany w SWZ (odpowiednio do kwot: poz. 5.1 - 1 428 768,00 PLN, poz. 5.2 - 142 876,80 PLN), a kwotami z pierwotnej oferty (poz. 5.1 - 984 000,00 PLN, poz. 5.2 - 84 870,00 PLN). Tego rodzaju samodzielna „wycena” elementów zamówienia przez Zamawiającego wykracza poza możliwość poprawienia oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji, nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp.

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 § 8 ust. 2 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”).

Jak stanowi 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.

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W takiej sytuacji Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

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

Przewodnicząca:.....