Sygn. akt: KIO 4345/26

WYROK

Warszawa, dnia **1 października 2026 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:M.W.

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 31 sierpnia 2026 r. przez wykonawcę **MPJ sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Zieleń Miejska" sp. z o.o. w Pruszkowie**

na *budowę dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych nr 2 i nr 3 z parkingiem, utwardzeniami terenu, zbiornikami retencyjnymi, altaną śmietnikową, stacją ładowania pojazdów, przyłączem wody, kanalizacji na dz. nr ew. 71/6, 71/9, 71/11, 72/3 obr. 0009 w Pruszkowie*

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Glif sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Glif sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Glif sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2. zasądza od wykonawcy **Glif sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim** na rzecz wykonawcy **MPJ sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 4345/26

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

Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Zieleń Miejska" sp. z o.o. w Pruszkowie, zwane dalej „zamawiającym", prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2026 r. poz. 793), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych nr 2 i nr 3 z parkingiem, utwardzeniami terenu, zbiornikami retencyjnymi, altaną śmietnikową, stacją ładowania pojazdów, przyłączem wody, kanalizacji na dz. nr ew. 71/6, 71/9, 71/11, 72/3 obr. 0009 w Pruszkowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 czerwca 2026 r., nr 2026/BZP 00270289.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 31 sierpnia 2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej również „Izbą", wniósł odwołanie wykonawca MPJ sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GLIF mimo, iż oferta złożona przez tego Wykonawcę zawiera błędy w obliczeniu ceny, niemożliwe do poprawienia zgodnie z przepisami ustawy
2) art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji gdy złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu, gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez GLIF jako oferty najkorzystniejszej;

2)odrzucenie oferty GLIF z uwagi na fakt, że zawiera błędy w obliczeniu ceny niemożliwe do poprawienia zgodnie z

przepisami ustawy Pzp,

3)powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty GLIF.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Glif sp. z o.o. w Grodzisku Mazowieckim. Wniósł o oddalenie odwołania. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. W zgłoszeniu przystąpienia, sprzeciwie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 223 ust. 1 Pzp stanowi, że *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 223 ust. 2 Pzp stanowi, że *Zamawiający poprawia w ofercie:*

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych

dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych nr 2 i nr 3 z parkingiem, utwardzeniami terenu, zbiornikami retencyjnymi, altaną śmietnikową, stacją ładowania pojazdów, przyłączem wody, kanalizacji na dz. nr ew. 71/6, 71/9, 71/11, 72/3 obr. 0009 w Pruszkowie.

Kolejno ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

Rozdział I – Informacje ogólne

1. Przedmiot zamówienia

1.1/ Przedmiotem zamówienia jest:

Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych nr 2 i nr 3 z parkingiem, utwardzeniami terenu, zbiornikami retencyjnymi, altaną śmietnikową, stacją ładowania pojazdów, przyłączem wody, kanalizacji na dz. nr ew. 71/6, 71/9, 71/11, 72/3 obr. 0009 w Pruszkowie"

1.3/ Szczegółowy zakres robót będących przedmiotem zamówienia określają:

- projektowane postanowienia umowy (wzór umowy) – załącznik nr 4 do SWZ.

- dokumentacja projektowa – załącznik nr 8 do SWZ

- decyzja Starosty Pruszkowskiego nr 1385/2023 z dnia 03.10.2023r budowę trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych z dwoma parkingami, dwiema stacjami ładowania pojazdów i zbiornikami retencyjnymi na dz. Nr ew. 72/3, 71/9, 71/6,71/11 obręb 0009 w Pruszkowie.

1.7/ Warunki rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia.

a) *Wynagrodzenie wykonawcy jest ceną ryczałtową obejmującą najszerszy zakres zamówienia wynikający z niniejszej specyfikacji warunków zamówienia, dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (dalej STWiOR).*

b) *Z uwagi na ryczałtową formę wynagrodzenia podstawą wyceny oferty jest dokumentacja projektowa, STWiOR, wzór umowy oraz SWZ. Załączone przedmiary stanowią jedynie materiał pomocniczy.*

c) *Ceną oferty jest kwota wynagrodzenia ryczałtowego zaoferowana przez Wykonawcę w formularzu oferty. Do oferty nie należy załączać kosztorysu ofertowego. Zamawiający, będzie wymagać od Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu - sporządzenia i przedłożenia - w wersji papierowej - nie później niż w dacie podpisania Umowy kosztorysu ofertowego szczegółowego (opisującego parametry cenotwórcze, tj. Robociznę, Koszty pośrednie, Koszt zakupu materiałów, Zysk).*

   Kosztorys ofertowy (opisujący parametry cenotwórcze, tj. Robociznę, Koszty pośrednie, Koszt zakupu materiałów, Zysk) posłuży do rozliczeń w przypadku wystąpienia robót dodatkowych, robót zamiennych, zaniechania robót oraz odstąpienia stron od umowy, na zasadach określonych we wzorze Umowy.

Rozdział II – Przedmiot zamówienia i wymagania stawiane wykonawcy

12. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY.

12.1/ W ofercie należy podać całkowitą cenę oferty brutto, podatek VAT i cenę netto za wykonanie przedmiotu zamówienia. W cenie brutto uwzględnia się podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaży towaru – usług – podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług.

Ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT, zgodnej z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, należy do Wykonawcy.

12.2/ Wykonawca w Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik rn1 do SWZ określi składniki cenotwórcze, tj:

1) stawka roboczogodziny R - zł / r-g (netto)

2) narzuty:

- koszty pośrednie (Kp) - % (R, S)

- koszty zakupu (Kz) -. % Mbezp

- zysk Z - % (R+S+Kp (R+S))

12.3/ Określenie składników cenotwórczych potrzebne jest do rozliczenia przez zamawiającego zmiany wynagrodzenia w wyniku wystąpienia robót dodatkowych, robót zamiennych, robót zaniechanych.

12.4/ Brak określenia roboczogodziny oraz wskaźników narzutów, będzie skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy przez Zamawiającego, jako niezgodnej z treścią SWZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

12.5/ Zamawiający nie będzie wzywał do uzupełnienia składników cenotwórczych.

12.6/ Cena brutto oferty określona w formularzu musi być wyrażona w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Kwoty należy zaokrąglić do pełnych groszy przy czym końcówki poniżej 0,5 pomija się a końcówki 0,5 i powyżej zaokrągla się do 1 grosza (ostatnią pozostawioną cyfrę powiększa się o jednostkę).

12.7/ Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w niniejszej SWZ, obejmować wszystkie koszty, jakie ponosi Wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.

12.8/ Cena oferty jest ceną ryczałtową.

12.9/ Cenę ofertową Wykonawca oblicza w następujący sposób:

a) podając cenę ryczałtowa netto

b) wskazując zastosowana stawkę podatku VAT,

c) obliczając wysokość podatku VAT,

d) podając cenę brutto stanowiąca sumę wartości netto i wysokości podatku VAT.

12.10/ Zamawiający poprawi w ofercie Wykonawcy:

- oczywiste omyłki pisarskie;

- oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;

- inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

(por. SWZ w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego i przystępującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).
Kolejno ustalono, że przystępujący w formularzu ofertowy oświadczył:
III. Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtowa cenę::
- oferty brutto: 18 973 970,63 zł
Podatek VAT %: 1 465970,63 zł (w tym 1 185 971,26 zł – 8%, i 279 999,37 zł – 23%)
- oferty netto: 17 508 000,00 zł
IIIa. Deklaruje następujące składniki cenotwórcze:
1) stawka roboczogodziny R 40,00 zł / r-g
2) narzuty:
- koszty pośrednie (Kp) 63,0 % (R, S)
- koszty zakupu (Kz) 6,5 % Mbezp
- zysk Z 6,0 % (R+S+Kp (R+S))
IV. Oświadczam, że:
1. Powyższa cena brutto zawiera wszystkie koszty jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty.
(por. oferta przystępującego, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).
Kolejno ustalono, że 25 sierpnia 2026 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.
(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy)
<u>Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.</u>

Przystępujący w formularzu ofertowy oświadczył:
III. Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtowa cenę:
- oferty brutto: 18 973 970,63 zł
Podatek VAT %: 1 465 970,63 zł (w tym 1 185 971,26 zł – 8%, i 279 999,37 zł – 23%)
- oferty netto: 17 508 000,00 zł
Odwołujący trafnie podniósł w odwołaniu, że cena oferty obarczona została błędem w jej obliczeniu w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, który nie mógł zostać poprawiony w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp jako oczywista omyłka rachunkowa ani w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Nie było sporne między stronami, że nie jest możliwe jednoczesne uznanie za prawidłowe obliczenie ceny przy przyjęciu wszystkich składników wskazanych przez przystępującego w ofercie:

1) ceny netto 17 508 000,00 zł,

2) ceny brutto 18 973 970,63 zł,

3) VAT 8% w kwocie 1 185 971,26 zł,

4) VAT 23% w kwocie 279 999,37 zł.

Jak trafnie podniósł odwołujący w odwołaniu, jeżeli przyjmiemy:

X – wartość netto części zamówienia opodatkowanej stawką VAT 8%,

Y – wartość netto części zamówienia opodatkowanej stawką VAT 23%,

to przy założeniu, że wskazane przez wykonawcę wartości netto i brutto są prawidłowe, muszą być jednocześnie spełnione następujące równania:

X + Y = 17 508 000,00 zł

oraz

1,08X + 1,23Y = 18 973 970,63 zł.

Rozwiązanie powyższego układu równań daje:

X = 17 072 462,47 zł

Y = 435 537,53 zł.

Oznacza to, że przy wskazanej w ofercie cenie netto i brutto podatek VAT powinien wynosić odpowiednio:

- dla części opodatkowanej stawką 8%:

17 072 462,47 zł × 8% = 1 365 797,00 zł

- dla części opodatkowanej stawką 23%:

435 537,53 zł × 23% = 100 173,63 zł

co łącznie daje:

1 365 797,00 zł + 100 173,63 zł = 1 465 970,63 zł.

Tymczasem przystępujący podał w formularzu następujące wartości podatku:

podatek VAT 8% = 1 185 971,26 zł oraz VAT 23% = 279 999,37 zł.

Odwołujący trafnie podniósł także w odwołaniu, że istnieją co najmniej dwa i to znacznie różniące się sposoby poprawienia ww. błędu w obliczeniu ceny.

Po pierwsze możliwe jest przyjęcie, że poprawna jest wartość ceny netto oraz wartość brutto. W takim przypadku po rozwiązaniu ww. układu równań należałoby skorygować wartość podatku VAT na:

dla części opodatkowanej stawką 8%:

17 072 462,47 zł × 8% = 1 365 797,00 zł

- dla części opodatkowanej stawką 23%:

435 537,53 zł × 23% = 100 173,63 zł

Gdyby jednak uznać za prawidłowe wskazane przez wykonawcę kwoty VAT, to:

1 185 971,26 / 8% = 14 824 640,75 zł netto

279 999,37 / 23% = ok. 1 217 388,57 zł netto

co daje razem ok. 16 042 029,32 zł netto, a po dodaniu VAT – ok. 17 507 999,95 zł brutto.

Jak trafnie wywiódł odwołujący są to kwoty odmienne niż wskazane w formularzu ofertowym. Wartość podatku VAT została wyliczona bowiem od zupełnie innej kwoty netto (ok. 16 042 029,32 zł netto) niż podana przez przystępującego (17 508 000,00 zł). Niezwykle niepokojące było również to, że przy drugim sposobie poprawienia błędu, wartość brutto uwzględniająca zadeklarowane przez przystępującego kwoty podatku VAT wyniosła około 17 507 999,95 zł, a więc odpowiadała kwocie 17 508 000,00 zł, którą przystępujący wskazał w formularzu ofertowym, ale jako cenę netto. Jak trafnie wywiódł odwołujący różnica 0,05 zł względem kwoty 17 508 000,00 zł wynikała wyłącznie z zaokrągleń przy odtwarzaniu podstaw opodatkowania z podanych przez przystępującego kwot VAT. Nie można było zatem wykluczyć, że intencją przystępującego było właśnie zaoferowanie zamawiającemu ceny 17.508.000 zł brutto, a nie ceny 17.508.000 zł netto, na co wprost wskazywały wartości wyliczonego podatku VAT. Nie można było się zatem zgodzić ze stanowiskiem przystępującego wyrażonym w sprzeciwie, jakoby istniał tylko jeden możliwy sposób poprawienia błędu w cenie jego oferty.

Powyższe oznaczało także, że przystępujący obliczył cenę oferty niezgodnie z wymaganiami, które zamawiający opisał w pkt 12.9 SWZ. Zgodnie z tym postanowieniem, *cenę ofertową Wykonawca oblicza w następujący sposób:*

a) podając cenę ryczałtowa netto,

b) wskazując zastosowaną stawkę podatku VAT,

c) obliczając wysokość podatku VAT,

d) podając cenę brutto stanowiąca sumę wartości netto i wysokości podatku VAT.

Wykonawca podał bowiem cenę netto, następnie ujawnił zastosowane stawki podatku VAT i obliczył podatek VAT. Jednakże kwoty podatku VAT nie zostały obliczone od wartości netto wynikającej z formularza ofertowego przystępującego.

Izba wzięła pod uwagę, że pozostała treść oferty przystępującego nie pozwalała na ustalenie, jaka była rzeczywista intencja (zamiar) wykonawcy. Jak słusznie wskazał odwołujący, zamawiający nie wymagał bowiem złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, w oparciu o który można byłoby ustalić wartość netto prac objętych stawką VAT w wysokości 23% oraz wartość prac objętych stawką VAT w wysokości 8%. Powyższe wynikało z faktu, że zamawiający przewidział, iż taki dokument wykonawcy będą składali dopiero na etapie przed podpisaniem umowy.

Dostrzeżenia wymagało również, że przy drugim, równie uprawnionym sposobie poprawy ceny oferty przystępującego rezultat poprawienia błędu różniłby się o około 1.500.000 zł w stosunku do pierwszego sposobu poprawienia.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.* Z przywołanego przepisu wynika zasada niezmienialności ofert po upływie terminu ich składania, zakaz negocjowania ich treści oraz dokonywania zmiany ich treści. Powyższe jest warunkiem przestrzegania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 Pzp. Przypomnienia wymaga także, że z wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C - 387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), ale także i poprzednio wydawanych orzeczeń (wyroki TS UE w sprawie C-324/14 Apelski, w sprawie C-336/12 Manova czy w sprawie C 599/10 SAG ELV Slovensko) wynika, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom pomiędzy zamawiającym a wykonawcami dokonywanymi po otwarciu ofert. Trybunał wskazywał wyraźnie, że *w związku z tym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo)* Trybunał zaznaczył jednak także, że *art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych* (wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).*W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty* (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy złamaniem zasady niezmienialności oferty byłoby negocjowanie przez zamawiającego z przystępującym sposobu poprawienia błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający, aby ustalić, który sposób poprawienia jest właściwy, musiałby podjąć z wykonawcą pertraktacje celem ustalenia rzeczywistej, lecz nieujawnionej w ofercie struktury ceny, w szczególności podstaw opodatkowania oraz wartości robót przypisanych odpowiednio do stawki VAT 8% i 23%. Przypomnienia bowiem wymagało, że w pkt 12.1 SWZ zamawiający wskazał, że u*stalenie prawidłowej stawki podatku VAT, zgodnej z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, należy do Wykonawcy.* Przystępujący zaś, znając już ceny ofertowe, jakie zostały zaoferowane w postępowaniu, w drodze negocjacji z zamawiającym mógłby zdecydować się na taki sposób poprawienia, który byłby mu najbardziej dogodny.

W okolicznościach tej sprawy, poprawienie w pierwszy sposób ceny oferty przystępującego było dla niego dogodne, gdyż uzyskiwał cenę wyższą o 1,5 mln zł, a mimo tego jego oferta w dalszym ciągu była ofertą najkorzystniejszą. Nie dziwiło zatem stanowisko przystępującego wyrażone w sprzeciwie, który wskazywał, że należy

przyjąć właśnie to rozwiązanie. Należało zadać sobie jednak pytanie, jak zachowałby się przystępujący w sytuacji, gdyby cena jego oferty była ofertą najkorzystniejszą, tylko gdyby przyjąć drugi sposób poprawienia błędu.

Powyższe okoliczności przesądzają, że w okolicznościach tej sprawy brak było możliwości poprawienia błędu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp ani w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po pierwsze, dostrzeżenia wymagało, że oba przepisy stanowią wyjątek od zasady niezmienialności ofert wynikającej z art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp, a więc muszą być wykładane ściśle. Izba stwierdziła, że omawiany błąd nie miał charakteru oczywistej omyłki rachunkowej w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp. Błąd nie polegał jedynie na nieprawidłowo przeprowadzonym działaniu arytmetycznym na liczbach. Ponadto w sprawie nie mamy do czynienia jedynie z abstrakcyjną zmienną liczbową. Kwota, jaka stoi za wyliczeniami, wynika z prawnopodatkowej kwalifikacji przez wykonawcę określonego elementu świadczenia. Sposób poprawienia nie jest także bezsporny, jedyny możliwy, rzucający się w oczy, a poprawienie wymagałoby podjęcia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą.

Izba stwierdziła także, że rozpatrywany błąd nie miał też charakteru tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp). Sposób poprawienia nie jest bezsporny, jedyny możliwy, rzucający się w oczy, a poprawienie wymagałoby podjęcia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, celem ustalenia jaki był jego zamiar. Powyższe wprost godziłoby w podstawowe zasady systemu zamówień publicznych, wynikające z art. 16 Pzp, jak zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto poprawienie dotyczyło istotnego elementu treści oferty przystępującego, jakim była cena i prowadziłoby do możliwości zmiany tej ceny aż o około 1,5 mln zł, co wyklucza możliwość uznania tego za zmianę nieistotną.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nr 1 odwołania zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji zasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Zamawiający nieprawidłowo wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, która podlegała odrzuceniu.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego i wybrał ją jako najkorzystniejszą.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykonanie czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba*

rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem przystępujący wnoszący sprzeciw. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) 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:……