

WYROK

z dnia 6 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Daniel Konicz
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Constructions Industrielles de la

Mediterranec S.A. z siedzibą w Paryżu (lider), CNIM Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w

Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejskie

Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. z siedzibą w Szanghaju, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Pzp - przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny; art. 87 ust.

2 pkt 2 ustawy Pzp - przez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego. Nakazuje Zamawiającemu - Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m. st. Warszawie spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie:

1.1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Constructions Industrielles de la Mediterranec S.A. z siedzibą w Paryżu (lider), CNIM Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

1.2. Poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w ofercie Odwołującego oczywistych omyłek rachunkowych w Załączniku 1B Formularzu Cenowym w pozycjach: „Roboty rozbiórkowe Razem”, „Przygotowanie terenu pod budowę”, „Ob. 1.11, 1.12, 1.14 Taśmociągi Razem”;

1.3. Poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie Odwołującego innych omyłek w Załączniku nr 1B Formularzu Cenowym w pozycjach: „Roboty rozbiórkowe Razem”, „Inne roboty przygotowawcze Razem”, „Przygotowanie terenu pod budowę”, „Ob. 1.02 Razem”, „Ob. 1.03, 1.04, 1.10 Razem”, „Ob. 1.05, 1.06, 1.07, 1.08, 1.09 Razem”, „Ob. 1.11, 1.12, 1.14 Taśmociągi Razem”, „Pozostałe w tym: Ob. 1.15, 1.17”, „Środki transportu Razem”, „System kontroli i AKPiA Razem” w sposób przywracający zgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie przewidzianych przez Zamawiającego limitów procentowych;

1.4. Ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3. Zasądza od Zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 302/18

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Kontrakt 5 „Zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie” Nr referencyjny JRP.27.2.2017.MP.

W dniu 19 lutego 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie

zamówienia Constructions Industrielles de la Mediterranec S.A. z siedzibą w Paryżu (lider), CNIM Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez Odwołującego, niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

(i) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy tymczasem Odwołujący

zastosował się do wymagań Zamawiającego w postaci limitów procentowych narzuconych dla poszczególnych pozycji Wyszczególnienia elementów rozliczeniowych (załącznik 1B do Formularza Cenowego);

(ii) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdy tymczasem rzekome wadliwości nie dotyczą ceny oferty (tej bowiem Zamawiający nie kwestionuje), a ponadto wynikają z zastosowanej metody zaokrąglania, nie polegają natomiast na wadliwym doborze przez wykonawcę elementów tworzących zobowiązanie wykonawcy;

(iii) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, gdy tymczasem wyjaśnienia te pozwoliłyby Zamawiającemu na jednoznaczne ustalenie, że oferta Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

(iv) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Odwołującego;

a w konsekwencji powyższego,

(v) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

(a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

(b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie,

(c) wystąpienia do Odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty;

(d) nakazania Zamawiającemu poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w odniesieniu do następujących pozycji załącznika 1B do Formularza Cenowego:

- Roboty rozbiórkowe Razem - poprzez zastąpienie kwoty 34.560.565.0 zł kwotą 34.560.566,00 zł;

- Przygotowanie terenu pod budowę - poprzez zastąpienie kwoty 49.248.805.0 zł kwotą 49.248.806,00 zł;

- Ob. 1.11, 1.12, 1.14 - Taśmociągi - Razem - poprzez zastąpienie kwoty 24.192.395,00 zł kwotą 24.192.396,00 zł;

(ii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(iii) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, zgodnie z którym oferta Konsorcjum CNIM jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający, zaniechał oceny oferty Odwołującego przez przyzmat narzuconych przez siebie procentowych ograniczeń w sposób wynikający z IDW. Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując ofertę posługiwał się programem do kosztorysowania prac budowlanych. Na ostatnim etapie prac nad wyceną pogrupowane składniki cenotwórcze (zgodnie z metodologią opracowaną przez Zamawiającego, przewidującą podział Formularza Cenowego na kilkanaście grup) przeniesione zostały do arkusza kalkulacyjnego Excel. Jakkolwiek Zamawiający nie udostępnił tabeli w tym programie (co niejednokrotnie zamawiający czynią), to Odwołujący uznał, że posługiwanie się tym narzędziem pozwoli mu uniknąć ewentualnych omyłek o charakterze kalkulacyjnym. Dla ułatwienia prac przeliczeniowych Odwołujący zastosował w arkuszu kalkulacyjnym formułę zaokrąglającą wartości występujące w dwóch miejscach po przecinku (w efekcie czego wszystkie wartości wskazane w Formularzu Cenowym zawierają

po przecinku dwie cyfry 0). Koncepcji, zgodnie z którą zdecydował się opracować swoją kalkulację Odwołujący nie sposób odmówić zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wszystkie ceny zostały podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz do 1 grosza. W tym zakresie Zamawiający nie miał uwag uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego. Wątpliwości Zamawiającego zmaterializowały się dopiero wtedy, gdy postanowił on zweryfikować czy podane przez Odwołującego sumy kwot w określonych grupach nie przekraczają narzuconych limitów. Dokonując oceny w tym zakresie Zamawiający zestawiał wartość końcową z oferty Konsorcjum CNIM z poszczególnymi limitami procentowymi. W celu zobrazowania tej metodologii Odwołujący posłużył się pierwszą z pozycji, którą Zamawiający uczynił podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum CNIM (Roboty rozbiórkowe Razem):

$1.728.028.230,00$ (końcowa wartość oferty) $\times 0.02$ (limit w postaci 2%) = $34.560.564,60$ zł
(kwotowe określenie równowartości 2%)

Uzyskaną w ten sposób kwotę dla danej grupy pozycji (w tym przypadku - Roboty rozbiórkowe Razem) Zamawiający zestawiał z wpisaną przez Odwołującego kwotą $34.560.565,00$ zł i stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera wartości przewyższające maksymalne progi procentowe. Analogiczna metoda dot. pozostałych przypadków rzekomej wadliwości oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego procentowe limity narzucone przez Zamawiającego nie zostały przekroczone. Obowiązkiem wykonawców było przedstawić kalkulację z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Analogiczne ograniczenie należy więc, zdaniem Odwołującego, zastosować wobec procentowych limitów narzuconych przez Zamawiającego (choć wersja ta jawi się jako niekorzystna dla wykonawców, gdyż w wielu przypadkach Zamawiający nie wskazywał na dokładność „po przecinku” określając dany próg procentowy, np. 2%, w innych już tak, np. 11,35%).

Wobec powyższego nie budzi wątpliwości, że oferta Odwołującego przewiduje zachowanie wszystkich limitów procentowych wynikających z Formularza Cenowego. Skoro wyliczona przez Zamawiającego kwota $34.560.564,60$ zł stanowi 2% wartości oferty, to wynikająca z treści oferty wartość $34.560.565,00$ zł stanowi 2,00000002314777%. Oznacza to, że wzrost procentowej wartości pojawia się dopiero na ósmym miejscu po przecinku, co przedkłada się na jedną stumilionową część finalnej wartości ocenianej pozycji. Tak właśnie obrazują się konsekwencje przekroczenia o 40 groszy (przy wartości analizowanej pozycji wynoszącej ponad 35 i pół miliona zł) wyliczonej przez Zamawiającego kwoty. Ponownego podkreślenia wymaga, że powyższe jest efektem zaokrąglenia wartości pozycji przenoszonych do Formularza Cenowego. Uniknięcie wniosku o niezgodności oferty Konsorcjum CNIM ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w wyniku powyższych wyliczeń możliwe było przy zastosowaniu się do wynikających z dokumentacji przetargowej ograniczeń. Skoro bowiem Zamawiający sformułował progi procentowe z dokładnością maksymalnie do dwóch miejsc po przecinku (i w taki sposób nakazał również wypełnić

Formularz Cenowy), to nie istnieją podstawy do badania ich spełnienia z dokładnością do ósmego miejsca po przecinku.

Obowiązkiem Zamawiającego było podstawzić wyliczone kwoty do formuły, którą sam wykonawcom narzucił (a więc, przenosząc to na powyższy przykład, sprawdzić czy kwota $34.560.565,00$ zł stanowi 2% wartości oferty, bez wnikania w odległe miejsca po przecinku). Zamawiający winien zweryfikować czy kwoty, które otrzymał w wyniku przeprowadzonych przez siebie operacji odpowiadają poziomowi dokładności określonego w dokumentacji. W ten, zgodny z postanowieniami dokumentacji przetargowej, sposób Zamawiający doszedłby do jedynego słusznego wniosku o zgodności oferty Konsorcjum CNIM ze specyfikacją.

Odwołujący argumentował, że w każdym przypadku odchylenia od progów procentowych widoczne są najwcześniej na ósmym miejscu po przecinku. Co więcej, przenosząc owe odchylenia na kwoty wyrażone w PLN okazuje się, że w żadnym przypadku nie przekraczają one kwot kilkudziesięciogroszowych (przy wielomilionowych kwotach). Tabela nie pozostawia również wątpliwości, że weryfikacja oferty Odwołującego przez pryzmat reguł określonych w dokumentacji przetargowej (z uwzględnieniem narzuconego tam stopnia dokładności) wszystkie progi procentowe są na dokładnie oczekiwanym przez Zamawiającego poziomie. Zdaniem Odwołującego wystąpienie liczonych w groszach odchyleń nie ma najmniejszego wpływu na poprawność oferty. Wbrew temu, co napisał w treści Formularza Cenowego Zamawiający wykonawcy nie mieli faktycznej możliwości wskazywania w pozycjach, w których obowiązywał próg procentowy jakiegokolwiek kwoty odpowiadającej wartości od 0% do np. 2% (jak w przypadku przywołanej powyżej pozycji Roboty rozbiórkowe Razem), pomimo że taką możliwość zdaje się sugerować sformułowanie „do 2%”. Zamawiający wyznaczył limit procentowy w odniesieniu do wszystkich kilkunastu grup pozycji kosztorysowych. Oznacza to, że gdyby wykonawca chciał wycenić grupę pozycji pn. Roboty rozbiórkowe na kwotę niższą niż równowartość 2% oferty (np. odpowiadającą 1,5% oferty), to musiałby brakującą wartość (0,5%) ująć w innym miejscu w Formularzu Cenowym. To z kolei prowadziłoby do tego, że wartość grupy pozycji, dokąd zostałaby

przeniesiony ów koszt musiałaby wzrosnąć ponad narzucony próg (np. gdyby ujęto to w Kosztach Ogólnych, to ich procentowa wartość wynosiłaby nie 4%, a 4,5%, a więc przekraczałaby o 0,5% maksymalny próg). Powyższe oznacza, że wykonawcy nie mieli w istocie swobody w zakresie określania wartości procentowych w przedziale wskazanym przez Zamawiającego - sformułowanie np. „do 2%” oznaczało bowiem obowiązek przewidzenia w tym zakresie poziomu wynoszącego właśnie 2%. W przeciwnym razie wartość końcowa nie sumowałaby się do 100% lub wykonawcy zmuszeniu byłiby do przekroczenia progów procentowych. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przypadku oferty Konsorcjum CNIM. Odwołujący zachował bowiem narzucone przez Zamawiającego progi, a wpisane do Formularza Cenowego kwoty sumują się do kwoty końcowej oferty.

Zamawiający pomija również, że odpowiednikiem tych kilku pozycji, gdzie, w wyniku zaokrąglenia „do góry” powstał problem rzekomego przekroczenia progów procentowych jest również kilka pozycji, gdzie wartości zaokrąglone zostały „do dołu”. Efektem jest to, że pozycje te sumują się do wartości końcowej z oferty Odwołującego, a wszystkie pozycje, w których Zamawiający postawił progi procentowe przewidują dokładnie oczekiwany przez niego poziom. Odwołujący podkreślił, że ma świadomość, iż reguły matematyczne obok metody zaokrąglania przewidują metodę odcięcia (polegającą na odcięciu wyniku powyżej określonego miejsca po przecinku). Okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Nawet gdyby Zamawiający nie dopatrzył się podstaw do zaokrąglania wartości procentowych, to bezspornie zobligowany był do zastosowania metody odcięcia zgodnie z poziomem dokładności, który sam przewidział w dokumentacji (a więc do zachowania maksymalnie drugiego miejsca po przecinku). zaistniała sytuacja nie może być, w myśl bogatego i utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „Izba”), uznana za niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia uzasadniającą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Bezsporne jest, iż niezgodność, o której mowa w tym przepisie musi mieć charakter merytoryczny, a nie jedynie formalny. Wystąpi więc ona wówczas, gdy nie będzie możliwe postawienie znaku równości pomiędzy zobowiązaniem wynikającym z oferty wykonawcy a tym, które opisane zostało w dokumentacji i którego realizacji oczekuje zamawiający. Tym samym sankcją odrzucenia nie są obarczone wadliwości, które na treść tego zobowiązania nie wpływają. Odwołujący przytoczył na poparcie swoich twierdzeń orzecznictwo KIO. 20. W tym miejscu Odwołujący ponownie podkreśla, że złożonej przez niego ofercie nie sposób zarzucić merytorycznej niezgodności z wymaganiami Zamawiającego. To sam Zamawiający nie zastosował się do określonych przez siebie reguł, czym niejako „wygenerował” wadliwość oferty Odwołującego. Odwołujący nie podważa uprawnienia Zamawiającego do maksymalnie szczegółowej weryfikacji ofert wykonawców, jednak, gdyby weryfikacja ta odbyła się w zgodzie z postanowieniami IDW (tj. Zamawiający zbadałby osiągnięcie limitów procentowych na narzuconym przez siebie poziomie), nie doszłoby do odrzucenia oferty Konsorcjum CNIM. O braku merytorycznej niezgodności oferty Konsorcjum CNIM ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia świadczy również powszechnie znana na rynku praktyka. Warto podkreślić, iż wobec coraz powszechniejszego stosowania przez zamawiających procentowych ograniczeń w poszczególnych fragmentach dokumentów obrazujących składniki kosztotwórcze oraz możliwych wątpliwości interpretacyjnych w przypadku, gdy progi te są przekroczone z uwagi jedynie na procedurę zaokrąglania kwot (jak w analizowanym przypadku) zamawiający niejednokrotnie stwierdzają wprost, że tego typu odstępstwa nie będą traktowane jako podstawa do odrzucenia oferty w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wskazał, że w taki sposób prowadzi swoje postępowania na przykład Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. Jako przykład powyższego Odwołujący przywołał postępowanie pn. „Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 5 zadań: Zadanie nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ostrołęce. Zadanie nr 2. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ostrowi Mazowieckiej. Zadanie nr 3. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Przasnyszu. Zadanie nr 4. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach. Zadanie nr 5. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Zwoleńiu” prowadzone przez warszawski oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

Odwołujący wskazał ponadto, że działanie Zamawiającego w sposób ewidentny uchyla również wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadzie proporcjonalności. 27.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreśla, iż działanie Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie również w obliczu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i konsekwencji, które z tego faktu wynikają. Bezsporne jest, że w przypadku ryczałtu dokumentom o charakterze kosztorysowym (niezależnie od ich zróżnicowanego nazewnictwa) przypisuje się drugorzędne (najczęściej jedynie informacyjne) znaczenie.

Ponadto zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał badania wpływu zarówno rzekomych omyłek w ofercie Konsorcjum CNIM, jak i samego Formularza Cenowego na zakres świadczenia wykonawcy. W tym miejscu podkreślić należy, że bez znaczenia jest

wskazanie w pkt. 12.3.1 IDW, iż kompletna oferta zawierać musi m. in. Formularz Cenowy. Postanowienie to należy odczytywać jedynie jako przywołanie zawartości oferty o charakterze formalnym (jako komplet dokumentów, które należy złożyć), a nie merytorycznym. Świadczy o tym chociażby wymienienie w gronie tych dokumentów również wadium (pkt 12.3.1 lit. g), które, co nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie Izby, nie stanowi merytorycznej części oferty. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego klauzula 14.4 Warunków Szczególnych Kontraktu w jednoznaczny sposób rozstrzyga, iż Formularz Cenowy nie będzie miał żadnego przełożenia na reguły i przebieg płatności dokonywane na rzecz wybranego wykonawcy. Dokumentem, który kwestie te będzie rozstrzygał będzie jedynie Plan Płatności, opracowany po zawarciu umowy. Co szczególnie istotne, Zamawiający nie zdecydował się w jakikolwiek sposób powiązać treści Planu Płatności z Formularzem Cenowym. Stanowi to ostateczny dowód, iż Formularz Cenowy nie może być traktowany jako element przyszłego zobowiązania wykonawcy. W związku z powyższym Formularz Cenowy, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie powinien być traktowany jako element merytoryczny oferty. Niemniej jednak, jeśli Zamawiający miał w tym zakresie odmienne zdanie, to zdaje się nie budzić wątpliwości, że przed podjęciem radykalnej decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum CNIM powinien skorzystać z procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do trzech pozycji, w których Zamawiający dopatrył się dodatkowo błędów rachunkowych (Roboty rozbiórkowe Razem, Przygotowanie terenu pod budowę, Ob. 1.11, 1.12, 1.14 - Taśmociągi - Razem) Odwołujący wskazuje, że w takim przypadku Zamawiający winien dokonać ich poprawienia w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w następujący sposób:

- Roboty rozbiórkowe Razem - poprzez zastąpienie kwoty 34.560.565,00 zł kwotą 34.560.566,00 zł;
- Przygotowanie terenu pod budowę - poprzez zastąpienie kwoty 49.248.805.0 zł kwotą 49.248.806,00 zł;
- Ob. 1.11, 1.12, 1.14 - Taśmociągi - Razem - poprzez zastąpienie kwoty 24.192.395.0 zł kwotą 24.192.396,00 zł.

Nie sposób również zgodzić się z Zamawiającym, iż zmaterializowała się druga z przesłanek odrzucenia oferty, tj. błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Po pierwsze w doktrynie wyrażane są daleko idące wątpliwości czy aby błąd, o którym mowa w tym przepisie może dotyczyć czegokolwiek poza ceną w rozumieniu art. 2 pkt 1 Pzp Ponadto z uwagi na fakt, że Pzp nie zawiera definicji legalnej błędu, zgodnie z art. 14 Pzp błąd należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 k.c. można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie rzeczy lub o treści czynności prawnej. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Jeśliby nawet więc zgodzić się z Zamawiającym, iż mamy do czynienia z wadliwościami wypełnienia Formularza Cenowego (czemu Odwołujący zaprzecza), to uchybienia te nie powinny zostać zakwalifikowane jako błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący wskazał, że do błędów w obliczeniu ceny zalicza się zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości, wadliwego zakresu czynności czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT.

We wniesionej pismem z dnia 28 lutego 2018 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający domagał się oddalenia odwołania w całości. Odnosząc się do argumentacji zawartej w odwołaniu, Zamawiający wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie Formularza Cenowego. Zamawiający przywołał postanowienia

SIWZ, z których wynika, że Formularz Cenowy jest integralną częścią kontraktu oraz że charakter ryczału należy odnosić do poszczególnych pozycji Formularza Cenowego a nie tylko do ceny ofertowej, jak czyni to Odwołujący. Zamawiający wskazał również na postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu, zgodnie z którymi Plan płatności jest powiązany z Formularzem Cenowym. W konsekwencji przywołanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ w ocenie Zamawiającego Formularz Cenowy nie miał znaczenia tylko informacyjnego, ale stanowi treść oferty. Odnosząc się do niezgodności treści oferty Odwołującego z Treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, że nie jest to o jaką kwotę ceny

zaoferowane przez Odwołującego przekraczają wyznaczone przez Zamawiającego limity procentowe, ale to, że do ich przekroczenia w ogóle doszło. W ocenie Zamawiającego każde takie przekroczenie nawet o 1 gorsz, czy też o jedną milionową procenta musi być zakwalifikowane jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający zwrócił uwagę, że przekroczenia, jakie pojawiły się w ofercie Odwołującego, dotyczą kwot z dokładnością do dziesiętnych złotych, tak więc nie ma mowy o jakichkolwiek zaokrągleniach tych kwot. Ponadto wszystkie składowe spornych pozycji są podane w dokładności do złotych, zatem nie było potrzeby zaokrąglania jakichkolwiek kwot. Zamawiający nie zgadza się również ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie zastosowania metody odcięcia i wskazuje, że poziom dokładności został określony co do cen, a nie dla poziomu procentowego dla poszczególnych pozycji. W ocenie Zamawiającego błędy w ofercie Odwołującego nie wynikają z problemów z zaokrągleniem kwoty do dwóch miejsc po przecinku (bo kwoty podane są z reguły z dokładnością do 1 zł), ale z właściwym zastosowaniem progów procentowych, które zostały przekroczone. Odwołujący podkreślił też, że w odwołaniu brak zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stąd też kwestia poprawienia przedmiotowych błędów w ofercie odwołującego nie powinna być przedmiotem rozstrzygnięcia, ponieważ prowadziłoby to do rozstrzygnięcia poza zakresem zarzutów. Niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego nie sposób dokonać poprawienia omawianych błędów. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał co najmniej trzy możliwości dokonania poprawy, tj.:

- zmniejszyć cenę łączną o kwoty przekroczeń dla poszczególnych zagregowanych pozycji,
- pozostawić cenę łączną w wysokości wynikającej z treści oferty, ale przenosić pomiędzy poszczególnymi zagregowanymi pozycjami kwoty przekroczeń i do której pozycji i w jakiej kwocie takiego przeniesienia dokonać,
- dla obu powyższych przypadków, tj. pozostawienia bez zmian lub zmiany ceny łącznej, modyfikować poszczególne pozycje składowe dla pozycji zagregowanych i jak to zrobić, tzn. które zmniejszyć i które odpowiednio zwiększać i w jakich kwotach.

W związku z powyższym Zamawiający musiałby dalece ingerować w treść oferty, według swojego własnego uznania zmieniając treść Formularza Cenowego w zakresie poszczególnych pozycji. Zamawiający ponadto stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, który wyraża się błędnym obliczeniu przez Odwołującego cen ryczałtowych za poszczególne pozycje i ich wartości procentowych w odniesieniu do ceny ofertowej. Zdaniem Zamawiającego błąd w obliczeniu ceny nie musi dotyczyć tylko ceny ofertowej, może odnosić się również do poszczególnych cen jednostkowych. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem dotyczącym naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż kwestia przekroczenia wartości progów procentowych jest oczywista wobec tego nie wiadomo czego jeśli ewentualne wyjaśnienia miałyby dotyczyć sposobu poprawienia tych błędów, byłyby w ocenie Zamawiającego negocjacjami co do ceny. Natomiast kwestia poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych nie zmienia ostatecznego wyniku oceny oferty odwołującego, zgodnie z którym oferta ta podlegać powinna odrzuceniu.

W dniu 23 lutego 2018 r. wykonawca Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd.

z siedzibą w Szanghaju, zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy

Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła wykonawcę Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. z siedzibą w Szanghaju, (dalej: Przystępujący) do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 8 lutego 2018 r. „Informacja dla wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone”, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) i 6) ustawy Pzp, wskazując na przekroczenie ustalonych przez Zamawiającego progów procentowych w następujących pozycjach Załącznika nr 1B:

- „Roboty rozbiórkowe Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 2% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 34 560 564,60 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 34 560 565,00 PLN. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że kwota ta nie stanowi sumy poszczególnych kwot składających się na „Roboty rozbiórkowe” (sumuje się na kwotę 34 560 566,00 PLN).
- „Inne roboty przygotowawcze Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 0,25% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 4 320 070,58 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 4 320 071,00 PLN.
- „Przygotowanie terenu pod budowę”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 2,85% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 49 248 804,56 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 49 248 805,00 PLN. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że kwota ta nie stanowi sumy poszczególnych kwot składających się na „Przygotowanie terenu pod budowę” (sumuje się na kwotę 49 248 806,00 PLN).
- „Ob. 1.02 Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 3,8% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 65 665 072,74 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 65 655 073,00 PLN.
- „Ob. 1.03, 1.04, 1.10 Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 0,8% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 13 824 225,84 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 13 824 226,00 PLN.
- „Ob. 1.05, 1.06, 1.07, 1.08, 1.09 Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 48,2% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 832 909 606,86 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 832 909 607,00 PLN.
- „Ob. 1.11, 1.12, 1.14 Taśmociągi Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 1,4% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 24 192 395,22 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 24 192 395,00 PLN. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że kwota ta nie stanowi sumy poszczególnych kwot składających się na „Ob. 1.11, 1.12, 1.14 Taśmociągi” (sumuje się na kwotę 24 192 396,00 PLN).
- „Pozostałe w tym: Ob. 1.15, 1.17”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 3% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 51 840 846,90 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 51 840 847,00 PLN.
- „Środki transportu Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 0,3% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 5 184 084,69 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 5 184 085,00 PLN.
- „System kontroli i AKPiA Razem”, gdzie poszczególne kwoty składające się na tą pozycję nie mogły przekroczyć 4,3% wartości Kontraktu 5, tj. kwoty 74 305 213,89 PLN, tymczasem Odwołujący wskazał kwotę 74 305 214,00 PLN.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ aktualizuje się w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada wymogom zamawiającego zawartych w treści SIWZ. Wobec tego określenie

zakresu przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od oczekiwań zamawiającego, skalkulowanie ceny z pominięciem wytycznych zamawiającego, może być, jak wskazuje się w orzecznictwie, podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Jak wynika wprost z treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim ustaleniu, że stwierdzone w ofercie omyłki nie należą do kategorii określonych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie;
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wprowadzenie powołanego przepisu miało na celu umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne 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, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie.

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku jej poprawienia. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek, polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zatem granicą dla dokonania zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe jest brak doprowadzenia do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym ("istotne zmiany") zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. W konsekwencji za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian.

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach, na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ - uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niewątpliwie każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób,

że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy, w ocenie składu orzekającego zaistniałe w ofercie odwołującego niezgodności z treścią SIWZ należało zakwalifikować jako inną omyłkę, którą należy poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym przywrócić zgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zaistniałe niezgodności są wynikiem dokonanych przez Odwołującego zaokrąglenia i jako takie kwalifikują się pod dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i powinny zostać poprawione. Zdaniem składu orzekającego nie sprzeciwia się temu konstrukcja formularza cenowego, poprawa zaistniałych omyłek może nastąpić w sposób dowolny. Skład orzekający miał przede wszystkim na uwadze okoliczność, że przekroczenia wskazanych przez Zamawiającego limitów procentowych w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego przekładają się (po ich wyrażeniu w PLN) na znikome kwoty w stosunku do ceny oferty, są to kwoty rzędu 0,42 PLN (vide: poz. „Ob.1.02 Razem”, 0,16 PLN (vide: pozycja Ob. 1.03, 1.04, 1.10 Razem) czy nawet 0,1 PLN (vide: pozycja „Pozostałe w tym: Ob. 1.15, 1.17”). Stąd też, mając na uwadze okoliczności rozpoznawanego stanu faktycznego, Izba uznała, że nie ma przeszkód do poprawienia oferty wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz że nie spowoduje to istotnej zmiany treści tej oferty.

W konsekwencji powyższego potwierdziły się również pozostałe zarzuty odwołania, tj. Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Ponadto potwierdził się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczący zaniechania poprawy oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że orzeczonego przez Izbę nakazu poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie należy odczytywać jako orzeczonego poza granicami odwołania, z uwagi na okoliczność, iż zarzut naruszenia tego przepisu nie został przez Odwołującego wprost sformułowany w treści odwołania. Jak bowiem wynika z treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przepis ten wprost odsyła do postanowień przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Innymi słowy - nie jest możliwe odrzucenie oferty bez uprzedniego badania czy nie występują w jej treści omyłki, które należy poprawić. Stąd też orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: