

Sygn. akt KIO 89/20

WYROK
z dnia 29 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 29 stycznia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2020 r. przez odwołującego: **BUDIMEX Budownictwo sp. z o. o. z Warszawy** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie** (ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków),

przy udziale wykonawcy:

- A. **Mostostal Warszawa SA** (ul. Konstruktorska 12A, 02- 673 Warszawa) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. **ERBUD S.A.** (ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa) – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **BUDIMEX Budownictwo sp. z o. o. z Warszawy** (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, którego przedmiotem jest „Przebudowa ze zmianą sposobu użytkowania istniejących obiektów przemysłowych w Krakowie przy ul. Zabłocie 20-22.” — w formule Projektuj i Buduj (znak postępowania: ZIM.ZP.262.2.15.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 27.08. 2019 r. pod nr 2019/S 164-401814. Odwołujący - Budimex Budownictwo Sp. z o.o. z Warszawy stwierdził, że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z Warszawy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na dokonanie w ofercie Mostostalu poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, które nie wypełniały znamion oczywistych omyłek rachunkowych i stanowiły uchybienia ustawy Pzp o nieusuwalnym charakterze, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu nieodpowiadającej treści SIWZ i zawierającej błędy w obliczeniu ceny i w efekcie dokonanie wyboru podlegającej odrzuceniu oferty Mostostalu jako najkorzystniejszej;

2) art. 7 ust. 1 z uwagi na przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca podał, że „Interes Odwołującego w uzyskaniu Zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem Zamówienia, a jego prawidłowo sporządzona oferta została sklasyfikowana na 2. miejscu w klasyfikacji ofert, ofertą Mostostalu. Tym samym, z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Mostostalu i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta nie respektowała wymagań SIWZ i zawierała błędy w obliczeniu ceny nastąpił kosztom Odwołującego. W związku z tym na skutek wskazanych naruszeń Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji na pozbawieniu Odwołującego zysku, zakładanego w związku z realizacją Zamówienia, co dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia i co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stan faktyczny

1. W punkcie XV SIWZ Zamawiający w następujący sposób opisał sposób obliczenia ceny i zgodnie z którym wykonawca zobowiązany był *podać w ofercie (wzór Formularza oferty — zał. nr 3 do SIWZ) elementy wchodzące w skład ceny oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia:*
2. Z powyższych postanowień SIWZ wynika, że wykonawcy zobowiązani byli w swoich ofertach podać 4 ceny brutto:
 - A. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych (dalej jako „Cena A”);
 - B. wynagrodzenie za opracowanie koncepcji architektonicznej (dalej jako „Cena B”);
 - C. wynagrodzenie za opracowanie kompletnego projektu budowlanego dla obiektu, uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę i zaświadczenia o nie wniesieniu sprzeciwu do zgłoszeń budowy/robót budowlanych/rozbiórek (dalej jako „Cena C”);
 - D. wynagrodzenie za wykonanie projektów wykonawczych, przedmiarów robót, STWiORB i kosztorysów inwestorskich (dalej jako „Cena D”);
oraz obliczyć (dodając $A + B + C + D$) cenę brutto oferty;
 - E. cena oferty za cały przedmiot zamówienia (dalej jako „Cena E”), która stanowiła kryterium oceny i porównania ofert.
3. Ponadto dla Cen B, C i D Zamawiający określił następujące wymogi:
 - podana Cena B miała stanowić 1 % Ceny A;
 - podana Cena C miała stanowić 2,5 % Ceny A;
 - podana Cena B miała stanowić 2,41 % Ceny A.
4. Powyższe wymogi dla Cen B, C i D zostały powtórzone w § 12 ust.2 Istotnych Postanowień Umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SIWZ.
5. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w niniejszym Postępowaniu, które nastąpiło 5 listopada 2019 r., Mostostal Warszawa S.A. złożył ofertę z ceną oferty za cały przedmiot zamówienia (Ceną E) w wysokości 39 391 168,95 zł brutto, zaś Odwołujący Budimex Budownictwo Sp. z o.o. złożył ofertę z ceną oferty za cały przedmiot zamówienia (Ceną E) w wysokości 39 848 998,80 zł brutto.
6. Zamawiający w dniu 7 stycznia 2020 r. poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Mostostalu Warszawa S.A., stwierdzając, że oferta ta spełnia wymagania określone w SIWZ i uzyskała najwyższą liczbę punktów. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazywała na modyfikację ceny całkowitej zaoferowanej przez Mostostal (Cena E) w stosunku do ceny określonej podczas otwarcia ofert i jej ukształtowanie na poziomie 39.253.583,09 zł.
7. Zamawiający dokonał zmiany ceny ofertowej Mostostalu, informując Mostostal pismem z dnia 18.11.2019 r., że dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprawy oczywistych

omyłek rachunkowych w ofercie Mostostalu. Zmiany w ofercie Mostostalu zostały dokonano w Pkt 1 ppkt 2-5 Załącznik nr 3 do SIWZ w następujący sposób:

„BYŁO:

- 1) za wykonanie robót budowlanych: 37 063 150,87 zł brutto
- 2) za opracowanie koncepcji architektonicznej w wysokości 1% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) powyżej, tj. 393 911,69 zł brutto,
- 3) za opracowanie kompletnego projektu budowlanego dla obiektu, uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę i zaświadczenia o nie wniesieniu sprzeciwu (...) w wysokości 2,50% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) powyżej tj. 984 779,22 zł brutto,
- 4) za wykonanie projektów wykonawczych (...) w wysokości 2,41% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) powyżej, 949 327,17 z brutto.
- 5) cena oferty za cały przedmiot zamówienia, stanowiąca sumę elementów w ppkt od 1) do 4) powyżej. tj. 3 391 168,95 zł brutto w tym stawkę podatku VAT w 23% cena oferty z cały przedmiot zamówienia 32 025 340,61 zł netto.

PO POPRAWIE JEST:

- 1) za wykonanie robót budowlanych: 37 063 150,87 zł brutto
- 2) za opracowanie koncepcji architektonicznej w wysokości 1% kwoty brutto wskazanej w int 1) powyżej. tj. 370 631,51 zł brutto,
- 3) wynagrodzenie za opracowanie kompletnego projektu budowlanego dla obiektu, uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę i zaświadczenia o nie wniesieniu sprzeciwu (...) w wysokości 2,50% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) powyżej, tj. 926 578,77 zł brutto,
- 4) za wykonanie projektów wykonawczych (...) w wysokości 2,41% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) powyżej,
- 5) cena oferty za cały przedmiot zamówienia, stanowiąca sumę elementów w ppkt od 1) do 39 253 583,09 zł brutto w tym stawkę podatku VAT w 23% za cały przedmiot zamówienia 31 913 482,19 zł netto”.

8. Z powyższej informacji wynika, że Zamawiający zmienił w ofercie Mostostalu aż 4 ceny, tj. oprócz ceny ofertowej (Ceny 9, również Ceny B, C i D, pozostawiając bez zmian Cenę A.

II. Argumentacja prawna Odwołującego

1. Oferty Mostostalu w zakresie wymogów odnośnie Cen B, C i D nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) i niezgodności te nie podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp (a także w trybie art. 87 ust. 3 pkt 3 Pzp). Z uwagi na nieusuwalne błędy odnoszące się do jednoznacznych instrukcji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny, kwalifikowane są jednocześnie jako błędy w obliczeniu ceny, będące podstawą do odrzucenia oferty z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.
2. Zamawiający wymagał w SIWZ podania 4 cen (A, B, C, D) i obliczenia 1 ceny ofertowej (tj. podania Ceny E, stanowiącej sumę Cen A+B+C+D), zaś dodatkowo cen B, C i D wymagał,

by stanowiły one określony procent Ceny A (tj. Cena B 1% Ceny A, Cena C 21,50% Ceny A, a Cena D 2,41% Ceny A). Wymagania procentowe odnośnie cen B, C i D zostały literalnie powtórzone w § 12 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy, jako wymogi odnośnie wysokości wynagrodzenia umownego wybranego Wykonawcy, a więc jako postanowienia mające istotne znaczenie na etapie realizacji i rozliczenia przedmiotu zamówienia, a nie tylko na etapie postępowania przetargowego i wyboru najkorzystniejszej oferty. Cytowane zapisy § 12 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy potwierdzają, zdaniem Odwołującego, że wymagania procentowe odnośnie cen B, C i D były istotnymi, przedmiotowymi wymogami ofertowymi, stanowiącymi element opisu przedmiotu zamówienia, a nie tylko sposobem obliczenia ceny ofertowej dla potrzeb postępowania przetargowego. Oznacza to, że naruszenie przedmiotowych wymogów ofertowych przez Mostostal stanowiło niezgodność jego z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp niedającą się poprawić w ustawowym trybie.

3. Oferta Mostostalu nie zawierała błędu (Ceny E), rozumianego jako błąd w dodawaniu Cen $A+B+C+D$ (suma tych Cen została obliczona przez Mostostal prawidłowo), natomiast niewątpliwie Ceny B, C i D z oferty nie spełniały wymagań SIWZ w zakresie odnoszącym do wymagań dotyczących poszczególnych wskaźników, tj. Cena B z oferta Mostostalu nie stanowiła 1% podanej Ceny A, Cena C z oferty Mostostalu nie stanowiła 2,50% podanej Ceny A, a Cena D z oferty Mostostalu nie stanowiła 2,41% podanej Ceny A.
4. Odwołujący wskazał na wyrok KIO 577/16, dotyczący podobnego jak w niniejszym Postępowaniu wymogu odnośnie określenia z góry w SIWZ limitu wynagrodzenia wykonawcy za dokumentację projektową jako procentu wynagrodzenia za roboty budowlane;
5. Zdaniem Odwołującego, kluczowe w niniejszej sprawie jest to, że nie ma możliwości usunięcia zidentyfikowanych niezgodności oferty Mostostalu przez Zamawiającego tak w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp jak i w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bo istnieje co najmniej kilka wariantów (możliwości) dokonania zmian cen podanych w ofercie Mostostalu, tak by Ceny B, C i D stanowiły wymagany w SIWZ procent Ceny A.
6. Każdy z tych 5 wariantów poprawienia oferty Mostostalu spełnia wymogi SIWZ (z punktu XV SIWZ), tzn. dla każdego z tych 5 wariantów: Cena B stanowi 1% Ceny A, Cena C stanowi 2,50% Ceny A, a Cena D stanowi 2,41% Ceny A. Wariantowość możliwych sposobów dokonania poprawy wynika z tego, że Zamawiający nie mógł samodzielnie ustalić, który element złożonego oświadczenia woli Mostostalu traktować jako wiążący (oświadczenie co do ceny całkowitej oferty; oświadczenie określające cenę A, czy może oświadczenia określające ceny B,C,D).
7. Wskazana powyżej wariantowość możliwych sposobów poprawienia uchybień zidentyfikowanych w ofercie Mostostalu (gdzie każdy z wariantów obliczeń jest poprawny

matematycznie i zgodny z wymogami SIWZ, lecz daje inną wysokość Ceny E i poszczególnych cen składowych), uniemożliwia uznanie tych błędów za oczywiste omyłki rachunkowe i poprawienie ich w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp (tak jak uczynił to Zamawiający), względnie uniemożliwia też zastosowanie procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp.

8. Wariantowość możliwości poprawy błędów w ofercie Mostostalu, wykazana powyżej za pomocą cen z oferty Mostostalu i wyliczeń matematycznych poczynionych na podstawie tych cen i zgodnie z zapisami SIWZ, powoduje, iż błędy w ofercie Mostostalu nie nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż ewentualna omyłka rachunkowa nie jest oczywista (nie jest oczywistym, który element oświadczenia Mostostalu dotknięty jest błędem i w jaki sposób zidentyfikowane uchybienie poprawić — które z możliwych działań matematycznych przedsięwziąć). Wskazał, że „oczywistość” omyłki oznacza sytuację, w której ta omyłka widoczna jest na pierwszy rzut oka i wypełnia ona znamiona sytuacji „niebudzącej wątpliwości” (tak np. wyrok KIO 1312/16).
9. Z tego samego powodu nie jest również możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bo bez zakazanych po otwarciu ofert negocjacji z oferentem, nie ma możliwości jednoznacznego ustalenia, które ceny z oferty Mostostalu (A, B, C, D, czy E) powinny ulec zmianie i o jakie kwoty. Intencje Mostostalu w tym zakresie nie wynikają w sposób jednoznaczny z treści złożonej przez niego oferty, a rekonstrukcja tychże intencji wymagałaby poczynienia ustaleń bezpośrednio wykonawcą, a w konsekwencji rekonstrukcji oświadczeń woli ponad podstawy wynikające z oferty.
10. W kontekście wskazanej powyżej wariantowości możliwości poprawy błędów w ofercie Mostostalu, Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1116/14, zapadłego w sprawie, w której zamawiający przy podobnych postanowieniach SIWZ i podobnym błędzie oferenta odrzucił jego ofertę, na co oferent złożył odwołanie. Oddalając odwołanie, Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego była prawidłowa, gdyż oferta ta zawierała błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający działając prawidłowo powinien był bowiem uznać, że wymaganie określone w pkt 10.4 IDW stanowi element opisu sposobu obliczenia ceny i nie wypełnienie postanowień siwz w tym zakresie musi być kwalifikowane jako niezastosowanie się do przyjętego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty. Jeśli niezastosowanie się do tego sposobu obliczenia ceny jest oczywistą omyłką rachunkową, to może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy. Jednak Izba stwierdza, że częściowo argumentacja zabawiającego i przystępującego zasługuje na uwzględnienie, 7. w takim zakresie w jaki strona i uczestnik podnoszą wariantowość możliwości poprawy oferty odwołującego. Ta wariantowość możliwości poprawy w ocenie Izby została wykazana przez przystępującego za pomocą przedstawionych wyciągów z oferty odwołującego i poczynionych na jej podstawie wyliczeń. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że błąd w obliczeniu ceny, który zaistniał

w ofercie odwołującego nie daje się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy i w tym zakresie zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy podlegał oddaleniu.

11. Skoro nie została spełniona przesłanka „oczywistości” pomyłek w ofercie Mostostalu, to za bezprawne i arbitralne należy uznać dokonane przez Zamawiającego pismem z dnia 18.11.2019 r. — już po otwarciu ofert - poprawienie oferty Mostostalu. Wobec możliwych różnych, zgodnych z SIWZ wariantów poprawy, przyjęty przez Zamawiającego sposób poprawy (uznanie, że intencją Mostostalu było podanie Ceny A i dostosowanie pozostałych cen do wymogów SIWZ z pewnością nie był jedynym możliwym sposobem poprawy zgodnym z SIWZ, a co więcej, wcale nie jest oczywistym, że stanowił on rekonstrukcję faktycznej woli Mostostalu w zakresie podawanych przez niego w ofercie cen.
12. Przeciwnie, arbitralnie przyjęty przez Zamawiającego sposób poprawy oferty Mostostalu stanowił odmienne, nowe oświadczenie woli Mostostalu sprzeczne z pierwotną intencją Mostostalu, czego dowodzi analiza matematyczna cen zawartych w ofercie Mostostalu. „Matematyka nie kłamie” i potwierdza, że punktem wyjścia w ofercie Mostostalu była cena ofertowa za cały przedmiot zamówienia, czyli Cena E (a nie Cena A, jak błędnie przyjął Zamawiający). To do Ceny E (a nie do Ceny A, jak błędnie przyjął Zamawiający) Mostostal dostosował pozostałe Ceny w swojej ofercie, dlatego Cena B w ofercie Mostostalu stanowi dokładnie 1% z jego ceny E, Cena C w ofercie Mostostalu stanowi dokładnie 2,50% z jego ceny E, Cena D w ofercie Mostostalu stanowi dokładnie 2,41% z jego Ceny E, a Cena A w ofercie Mostostalu stanowi różnic Cen E i sumy wyliczonych w oparciu o Cenę E pozostałych cen, tj. $A = E - (B + C + D)$. Ponieważ chodzi o operacje matematyczne na 8- i 10-cyrowych liczbach, to powyższe zależności nie mogą być uznane za przypadkowe, a zatem dowodzą one faktycznie przyjętego przez Mostostal sposobu podania cen w jego ofercie, który niewątpliwie był odmienny od sposobu przyjętego przez Zamawiającego do późniejszej poprawy oferty Mostostalu. Jednocześnie powyższe pokazuje w sposób wyraźny, że przy sporządzaniu oferty, Mostostal pominął wytyczne dotyczące sposobu obliczenia ceny przekazane w treści SIWZ i wiążące na równi wszystkich wykonawców. Nie było więc jego intencją (wbrew wyraźnemu nakazowi SIWZ i wbrew założeniu poczynionemu przez Zamawiającego) respektowania wymagań co do poszczególnych wskaźników procentowych oferowanych kwot — jego intencją było aby kwoty B, C, D i E miały dokładnie taką wartość jaka określona została w ofercie. Przy takiej intencji nie da się jednak na obecnym etapie „dopasować” kwoty A do tak określonych wartości w taki sposób aby respektowały one założenia Zamawiającego wyrażone w treści siwz.
13. W świetle powyższych faktów dowodzących wadliwości modyfikacji Oferty Mostostalu dokonanej przez Zamawiającego, Odwołujący na poparcie swojego stanowiska o obowiązku Zamawiającego odrzucenia oferty przywołał dodatkowo wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, wydane na kanwie analogicznych stanów faktycznych, które obrazują, jego

zdaniem, że poprawienie oferty w omawianej sytuacji nie tylko nie może nastąpić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy PZP ale również nie ma możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP: KIO 1521/17 , KIO 302/18, KIO 1248/18.

14. Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył wskazane na wstępie przepisy ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu, która w zakresie wymogów Zamawiającego odnośnie Cen B, C i D nie odpowiadała treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP), stanowiąc nadto błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP). Niezgodności te (jako „nieoczywiste” ingerujące w oświadczenia złożone przez Mostostal ponad podstawy wynikające z oferty) nie mogły podlegać poprawie przez Zamawiającego ani w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ani w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp (z uwagi na wariantowość możliwych sposobów poprawy zgodnych z siwz).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podając, że dokonana ocena ofert i podjęte czynności są zgodne z ustawą Pzp wskazał na sekcję XV SIWZ, w której określił sposób obliczenia ceny oraz na te wytyczne co do sposobu obliczenia ceny, które znalazły odzwierciedlenie również w treści Formularza oferty, a także na analogiczne postanowienia par. 12 Istotnych Postanowień Umowy – z których jasno wynika, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy to suma pozycji ust. 2 pkt 1) - 4). Wskazał, że dokonana poprawa oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, nie zmienia rankingu złożonych ofert. Oferta Wykonawcy Mostostal Warszawa S.A uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert, pod kątem zaoferowanej ceny i po dokonaniu poprawy oczywistych omyłek rachunkowych pozostała na pierwszym miejscu, W kryterium oceny ofert - cena uzyskała najwyższą liczbę punktów - 60.

Odnosząc się do treści odwołania (str. 5 pkt 6-8. Odwołania) Zamawiający ponownie zwrócił uwagę, że wbrew twierdzeniom Odwołującego o modyfikacji ceny całkowitej zaoferowanej przez Mostostal (...)” oraz że „(1..) Zamawiający, dokonał zmiany: ceny ofertowej Mostostalu (...)” dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., które to działanie było uzasadnione. Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny miała, charakter oczywisty, której racjonalny Wykonawca, składając ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego nie popełniłby. Ta omyłka była skutkiem wadliwych działań matematycznych, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do wyjaśnień Wykonawcy. Została stwierdzona przez Zamawiającego samodzielnie i o jej poprawieniu Wykonawca został powiadomiony i, która to czynność nie była kwestionowana przez Wykonawcę. Podkreślił, że Zamawiający jest również związany zapisami SIWZ. Dlatego też musi on działać zgodnie z wszystkimi tymi elementami, które są i muszą być brane pod uwagę przy ocenie ofert, nie tylko na etapie spełniania

warunków udziału w postępowaniu, ale i na etapie badania pod kątem odrzucenia. Zamawiający w sposób jasny i czytelny starał się opisać sposób obliczenia ceny, bowiem biorąc pod uwagę fakt skomplikowanej metodologii jej wyliczenia, chciał mieć możliwość - w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości - jej poprawy. Zatem poprawa omyłek w obliczaniu ceny powinna uwzględniać określony w SIWZ w punkcie XV (instrukcji) opis sposobu obliczenia ceny. Przeprowadzenie obliczeń z wykorzystaniem podanych w ofercie danych wyjściowych oraz zastosowaniem wskazanej w SIWZ metodologii i uzyskanie prawidłowego wyniku, zawsze będzie działaniem w ramach poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych. Odnosząc się do argumentacji prawnej Zamawiający wskazał, że błędem w obliczeniu ceny, rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędem w obliczeniu ceny będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakres czynności czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji „ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości”, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonych w treści SIWZ wymaganiom. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. W omawianym stanie rzeczy, nawet Odwołujący nie podnosi tej kwestii. Obecne regulacje w zakresie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych pozostawiają Zamawiającemu znacznie szersze możliwości weryfikacji. Celem zmiany ustawy Pzp w 2016 roku, w tym zakresie, co wynikało bezpośrednio z uzasadnienia do jej projektu, było usprawnienie procedur udzielania zamówienia publicznego oraz zmniejszenie liczby odrzuconych ofert i unieważnianych postępowań. Odnośnie wykładni pojęcia „oczywistej omyłki rachunkowej”, to było ono przedmiotem licznych orzeczeń KIO. Oczywistą omyłką rachunkową jest konsekwencja niewłaściwego przeprowadzenia obliczeń arytmetycznych (wyrok KIO 2162/11). Oczywistą omyłką rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez Wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości, przez zsumowanie, odjęcie, pomnożenie lub podzielenie poszczególnych pozycji. W uchwale (W sprawie o sygn. KIO/KD 2/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Przez” omyłką rachunkową w obliczaniu ceny” należy rozumieć omyłkę w przeprowadzaniu rachunków na liczbach. Omyłką rachunkową w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty. Jeżeli charakter

omyłki i okoliczności jej popełnienia wskazują, iż każdy racjonalnie działający Wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej (poprawnej) treści, można uznać, iż omyłka ma charakter "oczywisty". Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny jest obligatoryjne. Oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji. W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych i sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 1967 roku, sygn. akt II Cz 48/67). Wyjaśnienie pojęcia oczywistej omyłki rachunkowej zostały również uwzględnione. W wyroku KIO 2463/11. Popełniona omyłka ma charakter oczywisty, jeżeli została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień Wykonawcy. W przypadku poprawienia w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej nie dochodzi do zmiany treści oświadczenia woli Wykonawcy. Z punktu widzenia prawidłowości poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych ważne jest tylko stwierdzenie, że mamy do czynienia z oczywistym charakterem omyłki rachunkowej. "Omyłka oczywista to taka, której charakter przypadkowy, niezamierzony jest dostrzegalny na pierwszy rzut oka, bez potrzeby wykonania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Oczywista omyłka de facto nie zmienia treści oświadczenia wykonawcy, a jej poprawienie polega na jedynie formalnym doprowadzeniu treści oświadczenia do prawidłowego brzmienia" (wyrok KIO 2025/14).- W ocenie KIO dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty. Odnosząc powyższe do oferty Wykonawcy, zaistniała oczywista omyłka rachunkowa. Zaprezentowane przez Odwołującego stanowisko że „ (...) istnieje co najmniej kilka wariantów (możliwości) dokonania zmian cen podanych w ofercie Mostostalu (...)” (str. 8 pkt 5. odwołania) i stwierdzenie, że „(...) każdy z tych 15 wariantów poprawienia oferty Mostostalu spełnia wymogi SIWZ (...)” (str. 8 pkt 6. odwołania) jest nieprawdziwe. Przedstawiony przez Odwołującego W tabeli (str. 8 odwołania) WARIANT 2, 3 i 4 jest tym samym Wariantem - zostały pogrubione tylko inne wartości. Poza tym warianty te przedstawiają błąd logiczny Odwołującego, polegający na przyjęciu, że cena oferty (przed dokonaniem poprawy oczywistej omyłki rachunkowej) za cały przedmiot zamówienia pkt 5) Formularza oferty Wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., tj. 39 253 583,09 zł brutto, jest wynagrodzeniem za wykonanie robót budowlanych. Od tego wynagrodzenia dopiero Odwołujący wylicza odpowiednio procenty (96). Czyli tak naprawdę dwukrotnie liczy określony procent (0/0) i dwukrotnie go sumuje, co automatycznie podwyższa cenę oferty. Dopiero taka próba poprawy, przez Zamawiającego, oferty Wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. doprowadziłaby do niezgodności oferty z treścią SIWZ (sekcja XV) i naruszenia art. 7 ust. 1

ustawy Pzp. Przytoczone przez Odwołującego — w treści odwołania - wyroki KIO nie dotyczą stanu faktycznego odpowiadającego niniejszemu postępowaniu. Zamawiający podniósł, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żaden z podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia nie kierował do Zamawiającego pytań w kwestii związanej z opisem sposobu ustalenia ceny, co w ocenie Zamawiającego jednoznacznie wskazuje na klarowność przyjętego opisu i jego jednoznaczność.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Mostostal Warszawa SA z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania. Z kolei wykonawca ERBUD S.A. z Warszawy zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego wnosząc z kolei o uwzględnienie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Stosownie do postanowień sekcji XV pkt 1 ppkt 1) - 5) SIWZ oraz wzoru Formularza oferty (zał. nr 3 do SIWZ) wykonawca zobowiązany był podać w ofercie elementy wchodzące w skład ceny oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia, a mianowicie:

- 1) wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych w zł brutto,
- 2) wynagrodzenie za opracowanie koncepcji architektonicznej - w wysokości 1% kwoty brutto wskazanej w pkt 1) - w zł brutto,
- 3) wynagrodzenie za opracowanie kompletnego projektu budowlanego dla obiektu, uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę i zaświadczenia o nie wniesieniu sprzeciwu do zgłoszeń budowy/robót budowlanych/rozbiórek - w wysokości 2,50% kwoty brutto wskazanej w pkt 1) - w zł brutto,
- 4) wynagrodzenie za wykonanie projektów wykonawczych, przedmiarów robót, STWiORB i kosztorysów inwestorskich w wysokości 2,41% kwoty brutto wskazanej w pkt 1) - w zł brutto,
- 5) cenę oferty za cały przedmiot zamówienia, stanowiącą sumę elementów w pkt od 1) do 4) powyżej - w zł brutto w tym stawkę podatku VAT w (%) oraz cenę stanowiącą cenę oferty za cały przedmiot zamówienia w zł netto.

Analogiczny nakaz podania ceny oferty oraz jej elementów składowych zamieszczony został w § 12 ust. 1 oraz w § 12 ust. 2 istotnych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 1 do SIWZ („Wzór Umowy”).

Izba tym samym – uwzględniając wskazane powyżej wymagania dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny - zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym po jego stronie wykonawcą Mostostal, że postanowienia SIWZ, w tym Formularza Oferty oraz Istotnych

Postanowień Umowy tworzą spójną całość pozwalającą wyłącznie w jeden sposób przyjąć wymagania w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty. Tak jak prawidłowo podnosił Przystępujący Mostostal, wielkości procentowe określone w sekcji XV pkt 1 ppkt 2) — 4) SIWZ (i odpowiednio w pkt 1 ppkt 2 — 4 Formularza Oferty) nie stanowiły limitów kwotowych stanowiących maksymalną wartość wynagrodzenia za dany element składowy, lecz konkretny (oznaczony) procent wartości podawanej przez wykonawców w punkcie 1 ppkt 1 Formularza Oferty, czyli zawsze stanowiły określony procent wartości wynagrodzenia brutto za wykonanie robót budowlanych. W odniesieniu do tych kwot Zamawiający nie pozwolił wykonawcom na jakąkolwiek swobodę w kształtowaniu treści swojego zobowiązania, lecz w sposób wiążący narzucił wszystkim uczestnikom postępowania to, jaki procent wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych stanowić mają wynagrodzenia za wykonanie świadczeń sekcji XV pkt 1 ppkt 2) — 4) SIWZ (odpowiednio - wskazanych w pkt 1 ppkt 2 - 4 Formularza Oferty).

W tym stanie faktycznym Wykonawca Mostostal SA. w Formularzu oferty w punkcie 1.5) podał, że cena oferty za cały przedmiot zamówienia, stanowiąca sumę elementów w ppkt od 1) do 4) to kwota: 39.391.168,95 zł brutto w tym stawka podatku VAT w 23% cena oferty za cały przedmiot zamówienia 32025 340,61 zł netto. Natomiast w ppkt 1) tytułem wynagrodzenia za roboty budowlane wskazał kwotę 37 063150,87 zł brutto. Z kolei w ppkt 2) tytułem wynagrodzenia za opracowanie koncepcji architektonicznej - w wysokości 1% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) – wskazał na kwotę 393 911,69 zł brutto, w ppkt 3) tytułem wynagrodzenia za opracowanie kompletnego projektu budowlanego dla obiektu. uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę i zaświadczenia o nie wniesieniu sprzeciwu do zgłoszeń budowy/robót budowlanych/rozbiórek - w wysokości 2,50% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) – na kwotę 984 779,22 zł brutto, a w ppkt 4) tytułem wynagrodzenia za wykonanie projektów wykonawczych, przedmiarów robót, STWiORB i kosztorysów inwestorskich w wysokości 2,41% kwoty brutto wskazanej w ppkt 1) na kwotę 949 327,17 zł brutto. To oznacza, że Wykonawca Mostostal wskazując na reguły obliczania wynagrodzenia określone w ppkt 2), 3) i 4) – odpowiednio 1%, 2,5% oraz 2,41 % od wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych - mnożąc uwzględnił nieprawidłowo kwotę wynagrodzenia za wykonanie całego przedmiotu zamówienia w miejsce wskazanej kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Zamawiający zatem uwzględniając powyższe i jednocześnie reguły określone w sekcji XV dokonał (na podstawie art. 87 ust 2 pkt 2) ustawy Pzp) w jedyny możliwy i dopuszczalny specyfikacją sposób poprawy w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a mianowicie stosując do przeliczeń kwotę brutto: 37.063.150,87 zł brutto w miejsce zastosowanej omyłkowo kwoty: 39.391.168,95 zł brutto. Izba ponownie podkreśla, że według specyfikacji elementy składowe ceny wskazane także w Formularzu Oferty stanowią określony procent wartości robót

budowlanych wskazanych w ofercie, co przesądza o jedynym dopuszczalnym sposobie poprawienia ewentualnych omyłek rachunkowych w spornym zakresie. Stanowią one (jak już wskazano) oznaczony (stały) procent wartości brutto wskazanej w pkt 1 ppkt 1 Formularza Oferty, która to kwota jest niezmienna, zatem korekcie ulec mogły (skutkiem poprawienia w tym stanie faktycznym) wyłącznie wartości podane w pkt 1 ppkt 2) - 4) Formularza Oferty. Niewątpliwie kwota wskazana w pkt 1 ppkt 5 Formularza Oferty (i w sekcji XV pkt 1 ppkt 5 SIWZ) jest wynikiem prostego działania matematycznego (dodawania) elementów wymienionych w ppkt 1 - 4. Zamawiający zatem wyliczył (w oparciu o proste działanie arytmetyczne polegające na mnożeniu przez ułamek) prawidłowe wartości elementów wynagrodzenia wskazanych w pkt 1 ppkt 2) - 4) Formularza Oferty i następnie zsumował te wartości z wartością wykazaną w pkt 1 ppkt 1 Formularza Oferty. Tym samym skorygowana w pkt 1 ppkt 5 Formularza Oferty kwota netto ceny za cały przedmiot zamówienia jest konsekwencją poprawienia przez Zamawiającego ceny brutto za cały przedmiot zamówienia. Jej poprawienie także ma charakter działania arytmetycznego, wynikającego z przyjęcia w Formularzu Oferty stawki 23% VAT, co również ma charakter stricte arytmetyczny. Powyższe nie wynikało z wyjaśnień treści oferty uzyskanych od wykonawcy Mostostal w trybie art 87 ust 1 Pzp. Zamawiający dokonał poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek) wyłącznie na podstawie treści oferty i SIWZ.

Odnosnie wariantów II - V wskazywanych w odwołaniu Izba podzieliła pogląd Przystępującego Mostostal, że w tym stanie faktycznym nie byłyby możliwe do zastosowania takie przeliczenia, ponieważ każdy z kwestionowanych wariantów opiera się na zmianie wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych z pkt 1 ppkt 1 Formularza Oferty (sekcja W pkt 1 ppkt 1 SIWZ, podczas gdy ze wskazanych postanowień dokumentacji przetargowej (SIWZ i jej załączników) jednoznacznie wynika, że kwota za wykonanie robót budowlanych podana w pkt 1 ppkt 1 Formularza Oferty jest kwotą bazową (nie podlega przeliczeniom) do obliczenia wartości elementów wynagrodzenia wskazanych w pkt 1 ppkt 2) — 4) Formularza Oferty (sekcja XV pkt 1 ppkt 2 - 4 SIWZ). Nie mogłaby być tym samym modyfikowana w drodze poprawek z zastosowaniem procedury z art. 87 ust.2 pkt 2 czy też art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że tym samym nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 3, a tym samym także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ustawy Pzp, albowiem wybór oferty najkorzystniejszej dotyczy w konsekwencji oferty której treść odpowiada treści specyfikacji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....