

## **WYROK**

**z dnia 14 stycznia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **AWIMA sp. j. B. W., ul. 3-go maja 2B/22; 05-410 Józefów**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnika Warszawska, Plac Politechniki 1; 00-661 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **CLAR SYSTEM S.A., ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AWIMA sp. j. B. W., ul. 3-go maja 2B/22; 05-410 Józefów w części 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 2 zamówienia.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Politechnika Warszawska, Plac Politechniki 1; 00-661 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AWIMA sp. j. B. W., ul. 3-go maja 2B/22; 05-410 Józefów**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Politechnika Warszawska, Plac Politechniki 1; 00-661 Warszawa** na rzecz wykonawcy **AWIMA sp. j. B. W., ul. 3-go maja 2B/22; 05-410 Józefów** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Warszawska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Usługa sprzątnia*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 września 2021 r., pod nr 2021/S 183-476498.

Dnia 21 grudnia 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 30 grudnia 2021 roku wykonawca AWIMA sp. j. B. W. i (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części II zamówienia „Bytnara 25”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, a także naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,
3. art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, ewentualnie
4. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,
5. art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w związku z tym pozbawienie odwołującego możliwości weryfikacji poprawności zbadania oferty przez zamawiającego,
6. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia,
  - b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części II zamówienia,
  - c) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, w tym poprawienia oferty odwołującego w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert zgodnie z wymogami, jakie nakłada na niego ustawa Pzp, oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana w zakresie części II zamówienia jako najkorzystniejsza, w świetle kryteriów oceny ofert określonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący w zakresie części II złożył ofertę sporządzoną w sposób w pełni prawidłowy, odpowiadającą przedmiotowi zamówienia. Innymi słowy, w wyniku naruszenia przepisów ustawy interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w zakresie części II doznał uszczerbku, bowiem zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego, która była najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w postępowaniu, czym pozbawił odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. Zważywszy zatem na zakres podniesionych zarzutów, odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego zgodnie z żądaniami odwołującego. W wyniku zasygnalizowanych naruszeń ustawy odwołujący został narażony na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji kontraktu na rzecz zamawiającego, które to zamówienie powinno zostać udzielone odwołującemu. W konsekwencji, odwołujący może nie uzyskać zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W orzecznictwie i w doktrynie podnosi się, iż mówiąc o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, chodzi o niezgodność oferty z jakimikolwiek merytorycznymi warunkami co do przedmiotu lub realizacji zamówienia postawionymi przez

zamawiającego w dokumentach zamówienia. Przy czym chodzi tu o inne przypadki niż błędy w obliczeniu ceny albo też omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 10 i 11). Przesłanka ta nie obejmuje również błędów formalnych. Do odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia może dojść wyłącznie wówczas, gdy oferta jest niezgodna z nimi w sposób zasadniczy i nieusuwalny, zaś zamawiający jednoznacznie potrafi stwierdzić, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż w żadnym wypadku nie doszło do jakiegokolwiek niegodności merytorycznej treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia. Co więcej, w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie wykazał niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia.

Dla odwołującego nieprawdopodobne jest, w jaki sposób i dlaczego zamawiający powiązał treść wyjaśnień odwołującego złożonych w dniu 8 grudnia 2021 r. z tym, iż rzekomo treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Abstrahując już od faktu, że niezgodność z warunkami zamówienia, może mieć jedynie charakter merytoryczny, a nie formalny- wskazać należy, iż zamawiający powołuje się lakonicznie na „sposób obliczenia ceny podany w tabeli kalkulacyjnej Formularza oferty”. Rzecz jednak w tym, że zamawiający w udostępnionym przez siebie wzorze formularza oferty, w tym w tabeli kalkulacyjnej, ani w żadnym innym udostępnionym dokumencie nie określił sposobu obliczenia ceny. Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia, jaka powinna być kolejność wypełniania poszczególnych rubryk formularza kalkulacyjnego. W rozdziale 16 SWZ ust. 1 wskazał jedynie, iż *„Wykonawca zobowiązany jest podać na Formularzu oferty (załącznik nr 3 do SWZ) łączną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia wraz z wyszczególnieniem kwot za wykonanie usług w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia”*.

Zdaniem odwołującego oczywiste jest, że zamawiający odrzucił ofertę po pierwsze, powołując się na jej niezgodność z warunkami zamówienia, odnosząc się do wymogów - co należy podkreślić - których nie było w treści SWZ. Po wtóre zaś, zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, zupełnie niewłaściwie stosując tę przesłankę odrzucenia oferty, która zgodnie z wykładnią systemową oraz celowościową (wielokrotnie powielaną przez doktrynę oraz

orzecznictwo) - zupełnie nie odnosi się do sytuacji faktycznej jaka miała miejsce w tym postępowaniu. Nie można mówić o jakiegokolwiek merytorycznej niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia. Zamawiający zdaje się nie rozumieć, na czym polega istota niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, co spowodowało bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego.

2. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że oferta odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustalając wystąpienie tej przesłanki, zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w dokumentach zamówienia, w szczególności czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. W zakresie kosztu weryfikacja powinna dotyczyć ujęcia w ofercie całkowitego kosztu nabycia przedmiotu zamówienia i innych kosztów ponoszonych w trakcie cyklu życia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny lub kosztu powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny lub kosztu wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności przepisów podatkowych. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cenotwórczych, wynikających z przepisów prawa lub wymaganych cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w dokumentach zamówienia i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nieznajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. Nie stanowi błędu w obliczeniu ceny lub kosztu popełnienie przez wykonawcę omyłek w arytmetycznym dokonaniu obliczeń, służących do ich wyliczenia, które mogą być poprawione na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Omyłkę rachunkową stanowi omyłka w dokonywanych rachunkach prowadzących do wyliczenia ceny lub kosztu. Poprawieniu podlega jedynie oczywista omyłka rachunkowa, za którą uznaje się w szczególności omyłkę polegającą na błędnym wykonaniu w ofercie działań

arytmetycznych, polegających np. na błędnym przemnożeniu określonych ilości przez cenę jednostkową lub błędnym zsumowaniu poszczególnych pozycji w kosztorysie.

Biorąc pod uwagę powyższe i przenosząc na grunt niniejszej sprawy, można stwierdzić z całą pewnością, że w przypadku oferty odwołującego nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, a jedynie z oczywistą omyłką rachunkową, o jakiej mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, którą zamawiający był zobowiązany poprawić, gdy tymczasem odrzucił on ofertę odwołującego. Odwołujący zwrócił uwagę, że obliczenie ceny to nie to samo, co jej podanie. Obliczenie jest procesem rachunkowym, zaś podanie sprowadza się do napisania w odpowiedniej pozycji formularza ofertowego oferowanej ceny. Brak jest zatem również podstaw do uznania, że nie można w ofercie odwołującego ustalić wartości początkowej (wyjściowej). Wartościami wyjściowymi były bowiem ceny jednostkowe- koszty pracowników, koszty materiałów eksploatacyjnych (w szczególności: środki czystości, środki do dezynfekcji itd.), pozostałe koszty, których to cen jednostkowych zamawiający nie kwestionował. Zamawiający miał również świadomość o zadeklarowanych przez odwołującego stawkach VAT. Zgodnym z zasadami logiki jest wyjście przez wykonawców podczas kalkulacji ceny ofert, od cen jednostkowych, a następnie zsumowanie tych pozycji i określenie ceny całkowitej oferty. Takowy również sposób wyliczeń ceny oferty wynika z treści wezwania do wyjaśnień z dnia 2 grudnia 2021 r., gdzie zamawiający porównywał jedynie sumę poszczególnych cen jednostkowych obliczonych przez odwołującego i obliczonych przez zamawiającego. Innymi słowy, zamawiający nie kwestionował tego, iż podane przez odwołującego w formularzu kalkulacyjnym ceny jednostkowe uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Tak więc, stanowisko zamawiającego wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem odrzucił on ofertę odwołującego bez jakichkolwiek podstaw tak faktycznych, jak i prawnych, a tym samym naruszył wskazane w petitum odwołania przepisy ustawy, które to naruszenie miało oczywisty wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, ewentualnie zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było 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. Zamawiający ma zatem obowiązek poprawienia w ofertach również oczywistych omyłek rachunkowych. Jako omyłki rachunkowe definiuje się takie błędy w ofercie, które wynikają z błędnego dokonania obliczeń rachunkowych, matematycznych. Przy czym, co bardzo istotne, poprawieniu podlegają nie tylko omyłki rachunkowe, które widoczne są na pierwszy rzut oka. Czasami w celu zidentyfikowania, czy wykonawca rzeczywiście popełnił oczywistą omyłkę rachunkową, konieczne jest wykonanie różnego rodzaju obliczeń, które wskażą zamawiającemu, w którym miejscu wykonawca popełnił omyłkę. Pamiętać również należy, że przepis nakłada obowiązek uwzględnienia po poprawieniu omyłki rachunkowej konsekwencji rachunkowych, co skutkuje koniecznością poprawienia wszystkich wartości w ofercie, na które wpływ miało poprawienie omyłki. Omyłka rachunkowa może polegać na nieprawidłowym zsumowaniu pozycji kosztorysu lub nieprawidłowym przemnożeniu cen jednostkowych przez określoną liczbę. Odwołujący wskazał, że zamawiający *de facto* „wychwycił” omyłkę zanim odwołujący złożył jakiegokolwiek doświadczenia, tj. już w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający dostrzegł, że odwołujący popełnił omyłkę przy zsumowaniu cen jednostkowych. Należy zatem uznać, że samo wyjaśnienie odwołującego miało charakter „wtórny” w stosunku do tego, iż zamawiający spostrzegł omyłkę na pierwszy rzut oka już samodzielnie weryfikując ofertę odwołującego.

Zamawiający winien był zatem poprawić wartość brutto usługi za wykonanie części II zamówienia, zgodnie z przyjętymi przez siebie w piśmie z dnia 2 grudnia 2021 r. założeniami. Mianowicie, w wierszach dotyczących wartości brutto usługi za 1 miesiąc, zamawiający powinien był poprawić oczywiste omyłki wynikające z błędnego zsumowania poszczególnych cen jednostkowych w następujący sposób:

a) w stosunku do sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych dla II części zamówienia – 10 720,10 zł zamiast 11 075,06 zł;

b) w stosunku do sprzątnięcia na terenach zewnętrznych przyległych do budynku dla II części zamówienia – 1 399,66 zł zamiast 1 264,79 zł,



a następnie poprawić wszystkie pozostałe wartości w ofercie, na które wpływ miało poprawienie omyłki, tym bardziej, że zamawiający znał od początku wysokość zadeklarowanych przez odwołującego stawek VAT.

Odwołujący podkreślił, że omyłki te bowiem nie wynikały ze stanu faktycznego, a jedynie z błędnej operacji arytmetycznej. Uwzględnienie ich i poprawienie nie stanowiłoby również modyfikacji oferty, skoro od początku odwołujący w ofercie wskazywał następujące ceny jednostkowe: W zakresie sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych:

a) koszty pracowników - 8.204,14 zł

b) koszty materiałów eksploatacyjnych (w szczególności: środki czystości, środki do dezynfekcji itd.) - 1.543,30 zł

c) pozostałe koszty - 972,66 zł

W zakresie sprzątnięcia terenów zewnętrznych przyległych do budynku:

a) koszty pracowników - 622,51 zł

b) koszty materiałów eksploatacyjnych - 531,15 zł

c) pozostałe koszty - 246,00 zł

Prawidłowość przyjętych cen jednostkowych odwołujący potwierdził również dodatkowo w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2021 r.

Co wymaga podkreślenia - zamawiający nie wskazał ani sposobu kalkulacji ceny oferty ani też nie sprecyzował w SWZ sposobu poprawiania omyłek rachunkowych w ofertach.

Zamawiający wskazał jedynie, w ślad za przepisami ustawy Pzp, iż: *„Zamawiający poprawi w ofercie, w szczególności oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – omyłki dotyczące działań arytmetycznych na liczbach, np.: błędny wynik działania matematycznego wynikający z dodawania, odejmowania, mnożenia i dzielenia”* (rozdział 17 pkt 10 ppkt 10.2 SWZ).

Zamawiający bezpodstawnie zatem przyjął, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Tym bardziej, że rzekomy sposób obliczenia ceny oferty jaki pośrednio przyjął zamawiający, ale dopiero poinformował o tym sposobie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego - jest sprzeczny z zasadami logiki, bowiem pośrednio wynika z niego, że odwołujący najpierw powinien określić cenę całkowitą, a dopiero następnie „dopasować” wartości poszczególnych cen jednostkowych wynikających z formularza kalkulacyjnego takie jak wspomniane już koszty pracowników, koszty materiałów eksploatacyjnych (w szczególności: środki czystości, środki do dezynfekcji itd.), pozostałe koszty. Brak było zatem drogi poprawienia omyłki w inny sposób, niż poprzez poprawienie wyniku działania odwołującego polegającego na błędnym, omyłkowym zsumowaniu poszczególnych cen jednostkowych.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, odwołujący wskazał, że ustawodawca nakazał Zamawiającemu poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

4. zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w związku z tym pozbawienie odwołującego możliwości weryfikacji poprawności zbadania oferty przez zamawiającego.

W odniesieniu do tego zarzutu odwołujący wskazał, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp przez sam fakt nieprzedstawienia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o: wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty wykonawcy powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się, wnosząc odwołanie. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty.

W przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający ograniczył się właściwie do trzydzielnego uzasadnienia, podając zasadniczo jedynie podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego, a nie podając z czego wynika zdaniem zamawiającego bądź to niezgodność treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia, bądź to błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. W związku z nieprzekazaniem przez zamawiającego przedmiotowych informacji, odwołujący, podejmując decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, nie miał wiedzy co do faktycznych podstaw odrzucenia jego oferty, w konsekwencji nie ma możliwości podjęcia merytorycznej polemiki ze stanowiskiem zamawiającego. Brak uzasadnienia faktycznego pozbawił wykonawcę możliwości weryfikacji prawidłowości decyzji zamawiającego oraz możliwości przedstawienia pełnej argumentacji zmierzającej do wykazania prawidłowości złożonej oferty. Gdyby odwołujący miał pełną wiedzę co do

podstaw czynności odrzucenia oferty, mógłby się do nich rzeczowo odnieść, nie wiadomo również, czy w ogóle zdecydowałby się na skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisami SWZ rozdział 16 pkt. 1 „Wykonawca zobowiązany jest podać na Formularzu oferty (załącznik nr 3 do SWZ) łączną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia wraz z wyszczególnieniem kwot za wykonanie usług w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia”.

Zgodnie z przedstawionym w treści FO sposobem kalkulacji ceny określonym odpowiednio w główce tabeli kalkulacyjnej, odwołujący zobowiązany był podać wartość netto sprzątnia podstawowego za 1 miesiąc (kolumna 3), podać stawkę VAT (kolumna 4), obliczyć VAT za miesiąc zgodnie z podanym wzorem (kolumna 5) i następnie obliczyć wartość brutto usługi za 1 miesiąc zgodnie z podanym wzorem (kolumna 6). W kolumnie 6 kalkulacji wyliczoną wartość brutto usługi za 1 miesiąc odwołujący miał rozbić na koszty pracowników, koszty materiałów eksploatacyjnych oraz pozostałe koszty. W kolumnie 7 należało podać wartość usługi brutto za 24 miesiące obliczoną zgodnie z podanym wzorem (kolumna 7). Ponadto w pozycji 11 kalkulacji należało podać łączną maksymalną wartość brutto oferty (sprzątnia podstawowego i usług dodatkowych) w okresie 24 miesięcy (suma pozycji 6 w kolumnie 7 i 10 w kolumnie 9).

W toku badania i oceny oferty przedmiotowej odwołującego sprawdzono wyliczenia przedstawione w tabeli kalkulacyjnej zgodnie jak to opisano w pkt. 3 powyżej oraz w oparciu o wykładnię językową tj. „od lewej do prawej, od góry w dół” wychodząc od kolumny nr 3 (wartość netto usługi za 1 miesiąc) dla Usługi sprzątnia podstawowego oraz kolumny nr 4 (cena netto za 1m<sup>2</sup>/za 1 szt.) dla Usług dodatkowych i poprawiono oczywistą omyłkę rachunkową w kolumnie 9 w pozycji 10 i 11. Po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej cena oferty wyniosła 301 915,70 zł (kolumna 9 pozycja 11).

Podczas badania oferty odwołującego stwierdzono również, że podane elementy składowe dla sprzątnia powierzchni wewnętrznych (pozycja 1) oraz dla sprzątnia powierzchni zewnętrznych (pozycja 2) nie dają wartości brutto usługi za 1 miesiąc (kolumna 6, tj.  $8\,204,14 + 1\,543,30 + 972,66 < 11\,075,06$  zł oraz  $622,51 + 531,15 + 246,00 > 1\,264,79$  zł. Wykonawca został również wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności opisanych powyżej.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień oświadczył, iż „Wykonawca w sposób prawidłowy obliczył ceny jednostkowe. Doszło natomiast do oczywistej omyłki rachunkowej, która przejawia się błędnym zsumowaniem pozycji jednostkowych, a tym samym podaniem błędnej łącznej wartości brutto za 1 miesiąc świadczenia usługi. Innymi

*słowy - suma podana przez Zamawiającego za wartość usługi brutto za 1 miesiąc jest prawidłowa”.*

W ocenie komisji przetargowej, proponowany przez odwołującego sposób wyliczenia ceny miesięcznej brutto usługi jest niezgodny ze sposobem obliczenia ceny jaki został określony w tabeli kalkulacyjnej. Punktem wyjściowym w obliczeniu ceny jest kolumna 3 tabeli kalkulacyjnej (wartość netto usługi za 1 miesiąc) i to jest cena jednostkowa. Wychodząc od wartości podanej przez wykonawców w kolumnie 3 kalkulacji dokonano sprawdzenia wszystkich ofert, które zostały złożone w postępowaniu i zgodnie z kolejnością działań podanych w kalkulacji dokonano poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach wykonawców, o ile miały miejsce. Uwzględnienie postulatów odwołującego, by potraktować składowe wartości brutto jako ceny jednostkowe i liczenia ceny od wartości brutto jest dopasowywaniem sposobu liczenia ceny pod potrzeby wykonawcy, a nie zgodnie z podaną w kalkulacji metodologią, co w konsekwencji prowadziłoby do zmiany ceny i nierównego traktowania wykonawców. W przedmiotowej sprawie mamy więc ewidentnie do czynienia z błędem w obliczeniu ceny ponieważ została ona obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentach zamówienia i nie są to omyłki rachunkowe możliwe do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp.

W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty.

Mając powyższe na uwadze zamawiający wskazał, iż w postępowaniu nie doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu i odrzuca wszystkie zarzuty podnoszone przez odwołującego powołując się na ich całkowitą bezpodstawność.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

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

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach**

**procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba wskazuje, że dniu 2 grudnia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia różnic oraz kosztów pracowników, materiałów oraz pozostałych kosztów dla obu części zamówienia w odniesieniu do podanych wartości w kalkulacji FO dla sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych (poz. 1 kol. 6 kalkulacji) i sprzątnięcia na terenach zewnętrznych (poz. 2 kol. 6 kalkulacji).

Dnia 8 grudnia 2021 r. odwołujący złożył wyjaśnienia i wskazał, iż: „*W odniesieniu do sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych (poz. 1 kol. 6 kalkulacji) i sprzątnięcia na terenach zewnętrznych (poz. 2 kol. 6 kalkulacji), w zakresie obu części zamówienia, konieczne jest wskazanie, że Wykonawca w sposób prawidłowy obliczył ceny jednostkowe. Doszło natomiast do oczywistej omyłki rachunkowej, która przejawia się błędnym zsumowaniem pozycji jednostkowych, a tym samym podaniem błędnej łącznej wartości brutto za 1 miesiąc świadczenia usługi. Innymi słowy- suma podana przez Zamawiającego za wartość usługi brutto za 1 miesiąc jest prawidłowa. Tym samym, Wykonawca pragnie wskazać, że koszty pracowników, materiałów oraz pozostałe koszty w zakresie do wszystkich omawianych pozycji obu części zamówienia zostały wyliczone prawidłowo, natomiast dokonano błędnego ich zsumowania, a tym samym kwotami całościowymi wartości usługi brutto za 1 miesiąc są odpowiednio:*

1. *W stosunku do sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych dla części I zamówienia – 25 088,51 zł;*

2. *W stosunku do sprzątnięcia na terenach zewnętrznych przyległych do budynku dla części I zamówienia – 4 145,07 zł;*

3. *W stosunku do sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych dla II części zamówienia – 10 720,10 zł*

4. *W stosunku do sprzątnięcia na terenach zewnętrznych przyległych do budynku dla II części zamówienia – 1 399, 66 zł.*

*Na marginesie należy wskazać, że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Jako omyłki rachunkowe definiuje się takie błędy w ofercie, które wynikają z błędnego dokonania obliczeń rachunkowych, matematycznych. Przy czym, co bardzo istotne, poprawieniu podlegają nie tylko omyłki rachunkowe, które widoczne są na pierwszy rzut oka. Czasami w celu zidentyfikowania, czy wykonawca rzeczywiście popełnił oczywistą omyłkę rachunkową, konieczne jest wykonanie różnego rodzaju obliczeń, które wskażą zamawiającemu, w którym miejscu wykonawca popełnił omyłkę. Omyłka rachunkowa może polegać na nieprawidłowym zsumowaniu pozycji*

*kosztorysu lub nieprawidłowym przemnożeniu cen jednostkowych przez określoną liczbę. Omyłkami rachunkowymi są również błędne zaokrąglenia. Omyłką rachunkową zatem jest nie tylko omyłka w cenie, ale również w innych wartościach wyrażonych w ofercie liczbowo (podobnie wyr. KIO z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 826/16). Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z rozdziałem 17 pkt 10 ppkt 10.2 SWZ – Zamawiający poprawi w ofercie, w szczególności oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – omyłki dotyczące działań arytmetycznych na liczbach, np.: błędny wynik działania matematycznego wynikający z dodawania, odejmowania, mnożenia i dzielenia. Tym samym bez wątplenia w ramach oferty Wykonawcy mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową, która przejawia się błędnym zsumowaniem pozycji cen jednostkowych, a tym samym omyłka winna zostać poprawiona przez Zamawiającego w zakresie prawidłowego zsumowania jednostkowych pozycji, tak jak wskazano powyżej”.*

W dniu 21 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego wskazując, że cyt.: „Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca pismami z dn. 02.12.2021 r. został poinformowany o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej oraz wezwany do wyjaśnień. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień oświadczył, że w sposób prawidłowy obliczył ceny jednostkowe i doszło do oczywistej omyłki rachunkowej co nie jest zgodne ze sposobem obliczenia ceny podanym w tabeli kalkulacyjnej Formularza oferty. Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp”.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Izba w całości podziela argumentację przedstawioną przez odwołującego, dodatkowo podnosząc, co następuje.

Zamawiający w rozdziale 16 ust. 1 SWZ wskazał jedynie, iż „Wykonawca zobowiązany jest podać na Formularzu oferty (załącznik nr 3 do SWZ) łączną cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia wraz z wyszczególnieniem kwot za wykonanie usług w odniesieniu do poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia”. Jednocześnie zamawiający w Projektowanych postanowienia umowy (załącznik nr 2 do SWZ), jako sposób rozliczania podał wartość usługi brutto za jeden miesiąc.

Zdaniem Izby, obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Ponadto, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące

przepisy prawa, zaś zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Ponadto, zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert.

Zdaniem Izby, działania i zaniechania zamawiającego dają podstawę do twierdzenia, iż postępowanie było przez niego prowadzone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, a tym samym zamawiający naruszył art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu winien dokonać poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, jako omyłki rachunkowej (art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, w taki sposób w jaki zamawiający zakomunikował rzeczoną sytuację odwołującemu w piśmie z dnia 2 grudnia 2021 roku, z czym odwołujący się zgadzał. Czynność ta usankcjonuje poprawność złożonej oferty.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby, obowiązek informacyjny zamawiającego, dotyczący „konieczność zawarcia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (podobnie jak w przypadku wykluczenia z postępowania) wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności wynika z konstrukcji środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, których takie decyzje zamawiających dotyczą, w szczególności instytucji zawitego terminu na wniesienie odwołania. Należy przyjąć, że bieg tego terminu może rozpocząć się dopiero z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o odrzuceniu oferty” (wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 716/20).

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1848/21 wskazała, iż „jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 11 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1290/17 "(...) zarówno przepis art. 51 ust. 1a ustawy Pzp jak i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiące realizację kluczowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych i prawnych, co zabezpiecza prawo wykonawcy do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. To na podstawie takiej kompletnej informacji wykonawca, który nie zgadza się z wynikiem oceny, może podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż pozwala ona wykonawcy sformułować zarzuty w odwołaniu i polemizować ze stanowiskiem zamawiającego co do zgodności z ustawą czynności zamawiającego. Także

Izba przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji dokonuje - w pierwszej kolejności - oceny prawidłowości podjętych przez zamawiającego czynności z zastrzeżeniem, że takiej ocenie mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji zamawiającego. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy - zasadniczo - okoliczności, które zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym. Wykonawca nie może bowiem domyślać się, przykładowo: faktycznych i prawnych przesłanek wykluczenia go z postępowania. Prowadziłoby to do uniemożliwienia wykonawcy podjęcia obrony na drodze postępowania odwoławczego”.

Przyczyny podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania - warunkują zakres składanych środków ochrony prawnej i ich uzasadnienie. Treść zawiadomienia, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej mają bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej” (wyrok KIO z dnia 19 maja 2014 r., sygn. akt KIO 866/14).

Zdaniem Izby, zakres informacji podanych przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego nie wypełniał dyspozycji przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający poza podaniem podstawy prawnej czynności odrzucenia oferty odwołującego, powinien w sposób maksymalnie precyzyjny uzasadnić faktyczne podstawy takiej czynności. Zamawiający ma obowiązek szczegółowego wskazania jakie okoliczności stanowiły podstawę do przyjęcia, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Wszelkiego rodzaju wady, błędy, nieścisłości oferty należy skonfrontować z dokumentami zamówienia, do których referuje przecież czynność zamawiającego. Prawidłowe porównanie, daje dopiero możliwość wykonawcy na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego i podjęcie określonych działań, w tym skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....