

Sygn. akt: KIO 1763/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 3 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2016 r. przez odwołującego – **VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**,

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - IDS-BUDS.A. z siedzibą w Warszawie oraz J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „Eurometal” J. M. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - **VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - **VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Wykonawca - VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu [Odwołujący] wnoszący odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa urządzeń ochrony środowiska - ekranów akustycznych, zlokalizowanych w pasie drogi krajowej nr 60 na odcinku Obwodnicy Gostynina od km 0+000 do km 8+804” prowadzonym przez Zamawiającego - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2015 r. poz.2164 ze zm.) [ustawa Pzp] powołał się na następujące zarzuty:

1) naruszenia art. 87 ust 2 Pzp z uwagi na: a) nie zawiadomienie Odwołującego o poprawieniu jego oferty z uwagi na wystąpienie oczywistej omyłki rachunkowej, wbrew dyspozycji art 87 ust. 2 in fine; b) nieprawidłowe poprawienie oferty Odwołującego w zakresie oczywistych omyłek rachunkowych, wbrew dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, co doprowadziło co istotnych zmian parametrów oferty Odwołującego w zakresie pkt II.6 Wykazu Płatności;

co skutkowało nieprawidłowym przyjęciem przez Zamawiającego kwoty 4.842.659,49 zł netto, jako podstawy oceny oferty i w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego;

2. naruszenia art. 89 ust. 1 Pzp z uwagi na wskazanie nieprawidłowej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie jej oceny w oparciu o niezgodne z prawem poprawienie błędów rachunkowych w sytuacji gdy poprawki te nie mogły wyrzeć skutku względem Odwołującego i były niekompletne, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

W świetle powyższych zarzutów wniósł o 1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, po uprzednim poprawieniu oferty Odwołującego zgodnie z art 87 ust 2 pkt 3 Pzp i wpisanie w pkt III.1 Wykazu Płatności kwoty 4.313.267,62 zł netto, zamiast kwoty 4.389.885,58 zł netto, 2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania podał w szczególności:

W dniu 15 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz P.P.H.U. „EUROMETAL” J. M. na kwotę 4.800.000,00 zł netto (tj. 5.904.000,00 zł brutto) w postępowaniu dotyczącym zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Projekt i budowa urządzeń ochrony środowiska - ekranów akustycznych, zlokalizowanych w pasie drogi krajowej nr 60 na odcinku Obwodnicy Gostynina od km 0+000 do km 8+804. Wraz z tym zawiadomieniem, Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 p.z.p., jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, wskazując, iż oferta Odwołującego po poprawieniu omyłek rachunkowych wynosi 4.842.659,49 zł netto, w związku z czym zaoferowana kwota za pozycję „Ocena skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych” na kwotę 19.064,16 zł netto wynosi mniej niż 0,4% sumy ogółem netto, co skutkowało musi odrzuceniem oferty z uwagi na przekroczenie limitów. Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, którego oferta może zostać wybrana, jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, zgodnie z treścią art. 179 ust 1 Pzp ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Stwierdzić należy, że czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, została dokonana z naruszeniem przepisów prawa i jako taka ostać się nie może. Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, iż cena wskazana w ofercie Odwołującego wynosi 4.842.659,49 zł netto (tj. 5.956.471,17 zł brutto), podczas gdy z treści oferty Odwołującego, wynika, iż zaproponowana przez niego cena wynosi 4.766.041,56 zł netto (tj. 5.862.231,12 zł brutto), co powoduje, iż biorąc pod uwagę całkowitą punktację, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. Dalej podał, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego dopuścił się rażącego naruszenia art. 87 ust 2 in fine p.z.p. poprzez niezawiadomienie Odwołującego o poprawieniu jego oferty z uwagi na oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. poprzez niedopuszczalne poprawienie oferty Odwołującego skutkujące zmianą ceny oferty na kwotę 4.842.659,49 zł netto. Oba wyżej opisane naruszenia bezpośrednio doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do pierwszego z ww. zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wbrew dyspozycji art. 87 ust. 2 in fine p.z.p. nie zawiadomił Odwołującego o poprawieniu jego oferty z uwagi na wystąpienie oczywistej omyłki rachunkowej. Odwołujący dowiedział się o poprawieniu jego oferty poprzez zmianę ceny oferty na kwotę 4.842.659,49 zł netto z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą otrzymał mailowo w dniu 15

sierpnia 2016 r. od Pana S. C. — pracownika Zamawiającego. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że „Wykonawca VIA POLONIA SA., uL Bystra 7,61- 366 Poznań z/żył ofertę, opiewającą na kwotę 4 842 659, 49 zł Ogółem netto (po poprawieniu omyłek rachunkowych). O tym, że Zamawiający dokonał poprawienia oferty, Odwołujący dowiedział się zatem dopiero po jej odrzuceniu, i to z uzasadnienia faktycznego odrzucenia jego oferty. Opisane wyżej uchybienie Zamawiającego powoduje, iż nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający dokonał poprawienia oferty Odwołującego zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., to poprawienie oferty, z uwagi na brak zawiadomienia Odwołującego o wprowadzonych zmianach i brak możliwości ustosunkowania się Odwołującego do sposobu poprawienia jego oferty przez Zamawiającego nie może być uznane za wywołujące skutek względem Odwołującego. W konsekwencji oferta Odwołującego powinna być oceniona przez Zamawiającego z pominięciem poprawienia oferty Odwołującego poprzez zmianę kwoty oferty na 4.842.659, 49 zł netto lub nie wcześniej niż po uprzednim zawiadomieniu Odwołującego o poprawieniu jego oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 in firm p.z.p.

W zakresie drugiego ze wskazanych zarzutów, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nieprawidłowo poprawił ofertę Odwołującego poprzez zmianę kwoty oferty z 4.766.041,56 zł netto na kwotę 4.842.659, 49 zł netto. Zamawiający wskazał, iż poprawienie oferty nastąpiło na skutek omyłek rachunkowych, a zatem Odwołujący wnioskuje, iż Zamawiający poprawił ofertę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., tj. jako oczywistą omyłkę rachunkową, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Przyjmując powyższe założenie, Odwołujący zakłada, iż Zamawiający dokonał prostego zsumowania pozycji 1.1, II.1-6 i III.1 Formularza 2.1 załączonego do oferty, które w rezultacie dało kwotę 4.842.659, 49 zł netto, a nie kwotę 4.766.041,56 zł netto, jak wynikało z treści oferty. Zważyć jednak należy, iż w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający nie mógł dokonać takiej korekty albowiem istota rozbieżności nie był błąd w działaniach na liczbach, co zostanie wykazane w dalszej części niniejszego odwołania. Oceniając ofertę Odwołującego, Zamawiający nie może bowiem poprzestawać jedynie na weryfikacji działań arytmetycznych i bezkrytycznie przyjmować każdej rozbieżności za oczywistą omyłkę rachunkową, co jednoznacznie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 124/16. W okolicznościach niniejszej sprawy należy zauważyć, iż poprawienie oferty Odwołującego poprzez zmianę kwoty ogółem netto z 4.766.041,56 zł na 4.842.659, 49 zł netto skutkowało po pierwsze zepchnięciem oferty Odwołującego z miejsca pierwszego na miejsce drugie oraz po drugie i najważniejsze zmianę parametrów oferty Odwołującego skutkującą zmniejszeniem procentowego udziału kosztu wskazanego w pkt II.6 Formularza 2.1 załączonego do oferty z 0,4000% do 0,3937%. O ile, co do pierwszego skutku można jeszcze bronić decyzji Zamawiającego co do poprawienia oferty Odwołującego, to drugi

skutek poprawienia oferty Odwołującego spowodował, iż oferta Odwołującego wykracza poza limit wskazany w treści pkt 11.4 tiret 3 ID W, zgodnie z którym „Kwota za Ocenę skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU) zawarta w pkt 11.6 Wykazu Płatności, nie może być mniejszą niż 0,4 % sumy „Ogółem netto” oraz może być większa niż 5 % sumy »Ogółem netto”. Zamawiający dokonując zatem poprawienia oferty Odwołującego doprowadził do sytuacji, w której oferta Odwołującego, pierwotnie zgodna w swej treści z treścią SIWZ, na skutek poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. stała się niezgodna z treścią SIWZ w zakresie pkt 11.4 tiret 3 ID W. Tym samym dokonane przez Zamawiającego poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. doprowadziło do skutku odwrotnego od celu wprowadzenia tej regulacji. Zgodnie z uzasadnieniem ustawy wprowadzającej przepis art. 87 ust. 2 p.z.p. w aktualnym brzmieniu, jego podstawowym celem było ograniczenie odrzucania ofert z błahych powodów i doprowadzenie ich do zgodności z SIWZ, a nie bezkrytyczne stosowanie skutkujące odrzucaniem ofert wykonawców. Potwierdziła to również Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 354/13 wskazała, że „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. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert\ nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty”. A contrario do powyższego orzeczenia, w niniejszej sprawie niewątpliwie doszło do sytuacji, w której Zamawiający stosując art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w sposób oczywisty zniekształcił wolę Odwołującego w zakresie istotnej części jego oferty, co wynika z niżej wskazanych okoliczności. Przede wszystkim należy zauważyć, iż gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował art. 87 ust. 2 p.z.p., to przed dokonaniem poprawki rachunkowej w zakresie prostego zsumowania pozycji 1.1, II. 1-6 i III.1 Formularza 2.1 załączonego do oferty, zauważyłby iż w odniesieniu do wskazanej w ofercie ceny netto 4.766.041,56 zł, oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi wskazane w pkt III. 4 IDW, a mianowicie zaproponowana kwota: 1) za Wymagania Ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności wynosi 285.962,49 zł netto i zgodnie z pkt 11.4 tiret 1 IDW stanowi dokładnie 6% sumy „Ogółem netto” (wynik działania 285.962,49 zł netto/4.766.041,56 zł netto), 2) za opracowanie Dokumentów Wykonawcy zawarta w części II Wykazu Płatności wynosi łącznie 166.811,45 zł netto i zgodnie z pkt 11.4 tiret 2 IDW stanowi dokładnie 3,5% sumy „Ogółem netto” (wynik działania 166.811,45 zł netto/4.766.041,56 zł netto), 3) za Ocenę skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU) zawartą w pkt II.6 Wykazu Płatności

wynosi 19.064,16 zł netto i zgodnie z pkt 11.4 tiret 3 IDW stanowi dokładnie 0,4% sumy „Ogółem netto” (wynik działania 19.064,16 zł netto/4.766.041,56 zł netto), a więc mieści się w dolnym limicie przyjętym przez Zamawiającego. Dowód: wyliczenie procentowego udziału poszczególnych składników oferty. Po przeanalizowaniu powyższych wyliczeń, oraz – jego zdaniem - zakładając racjonalność Wykonawcy i znajomość przez niego warunków SIWZ. Zamawiający winien dojść do wniosku, iż przyczyną błędu nie może być nieprawidłowe zsumowanie poszczególnych pozycji kosztorysu, lecz musi to wynikać z błędu w jednej z pozycji kosztorysu, albowiem przy wskazanej w ofercie cenie 4.766.041.56 zł netto spełnione są wszystkie wymogi wynikające z SIWZ. i to w kwotach idealnie odpowiadających narzuconym przez Zamawiającego limitom wskazanym w pkt 11.4 IDW. Idąc dalej, Zamawiający winien był dojść do wniosku, iż jedyną pozycją, w której przy założeniu racjonalności Wykonawcy i znajomości przez niego warunków SIWZ mógł pojawić się błąd była pozycja wskazana w pkt III.I Wykazu Płatności. Tylko poprawienie tej pozycji doprowadzić mogło do wyeliminowania niezgodności, która pojawia się przy sumowaniu poszczególnych pozycji Wykazu Płatności, w taki sposób, iż oferta Odwołującego odpowiadałaby wszystkim warunkom SIWZ. Tym samym tylko taka poprawka do treści oferty polegająca na zmianie pkt III.I Wykazu Płatności poprzez wpisanie kwoty 4.313.267,62 zł netto, zamiast kwoty 4.389.885,58 zł netto mogłaby zostać uznana za dopuszczalną, jako spełniającą cel wprowadzenia przepisu art. 87 ust. 2 p.z.p. Powyższe twierdzenie jest tym bardziej uzasadnione w sytuacji, gdy jakiegokolwiek zwiększenie kwoty „Ogółem netto”, przy zachowaniu kwoty ryczałtu wskazanej w pkt II.6 (co jest w pełni uzasadnione, albowiem suma arytmetyczna wszystkich pozycji z pkt II.I-II.6 była prawidłowa) prowadziło do procentowego zmniejszenia kwoty wskazanej w pozycji pkt II.6 Wykazu Płatności poniżej 0,4%. Odwołujący oświadczył, że omyłka w obliczeniu ceny oferty dotyczyła w rzeczywistości wyłącznie pkt III.I Wykazu Płatności, ponieważ Odwołujący zamiast prawidłowej kwoty tj. 4.313.267,62 zł netto, wpisał błędną kwotę 4.389.885,58 zł netto. Dowód; przesłuchanie świadka — pracownika powoda R. G., adres do korespondencji: VIA POLONIA SA., ul Bystra 7, 61-366 Poznań. Odwołujący na marginesie wskazał, że opisana wyżej poprawka do treści oferty polegająca na zmianie pkt III. I Wykazu Płatności poprzez wpisanie kwoty 4.313.267,62 zł netto, zamiast kwoty 4.389.885,58 zł netto mogłaby zostać wprowadzona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., jako poprawienie innej omyłki (choćby nieoczywistej) polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w szczególności w zakresie niezgodności pozycji pkt III.I Wykazu Płatności z pkt 11.3 IDW w zakresie błędnej kalkulacji własnej), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Nie budzi wątpliwości, iż poprawka pozycji III.I Wykazu Płatności na kwotę 4.313.267,62 zł netto, zamiast kwoty 4.389.885,58 zł netto nie stanowiłaby istotnej zmiany oferty, zwłaszcza, że różnica w kwotach jest mniejsza niż 1,8%.

Niezależnie od zarzutów tych zarzutów Odwołujący stwierdził, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 p.z.p. Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, iż przyczyną odrzucenia oferty było niespełnienie przez ofertę (na skutek poprawienia omyłek rachunkowych) warunku określonego w pkt III. 4 IDW, albowiem Zaoferowana kwota %a pozycję. „Ocena skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU) wynosi 0,3967% sumy „Ogółem netto”. Z cytowanego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, wynika zatem, iż bezpośrednią przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego nie był błąd w obliczeniu ceny (który zresztą zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego został poprawiony) — art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., lecz niezgodność treści oferty z treścią SIWZ — art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Niezależnie jednak od przyjętej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, należy wskazać, iż Zamawiający odrzucił ją na skutek nieprawidłowej oceny oferty. Jak już wskazano w pkt B uzasadnienia odwołania, Zamawiający przed odrzuceniem oferty nie zawiadomił Odwołującego o jej poprawieniu w zakresie oczywistych omyłek rachunkowych. W tej sytuacji nie można zasadnie przyjmować, iż poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych przez Zamawiającego może odnieść skutek względem Odwołującego, skoro Odwołujący nie miał żadnej możliwości zareagowania na dokonaną przez Zamawiającego czynność. Ponadto, zdaniem wykonawcy, nawet gdyby przyjąć, iż zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi zawiadomienie o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych to jest ono nie tylko spóźnione, ale jest także niekompletne. Zamawiający wskazał bowiem, że poprawił jedynie kwotę „Ogółem netto”, natomiast nie poprawił punktu 3 oferty — cena brutto, ani Wykazu Płatności w części dotyczącej pozycji: „podatek VAT (23%)” oraz „Ogółem brutto”. Z tego też względu nie można uznać, że Zamawiający dokonał poprawienia oferty Odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., w taki sposób, iż poprawka ta wywołuje skutek względem Odwołującego, a w konsekwencji Zamawiający odrzucając ofertę naruszył przepis art. 89 ust. 1 p.z.p., albowiem dokonał jej niewłaściwej oceny i nie zweryfikował jej pod kątem występowania innych błędów możliwych do poprawienia np. w trybie art. 87 ust\* 2 pkt 3 p.z.p. Zamawiający popełnił szereg błędów, począwszy od niezawiadomienia Odwołującego o poprawieniu oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., nieprawidłowym zastosowaniu tego przepisu, niezastosowaniu przepisu art 87 ust 2 pkt 3 p.z.p., skończywszy na błędnym podaniu podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, co w konsekwencji skutkowało nieprawidłową oceną oferty Odwołującego i odrzuceniem oferty w sytuacji, gdy po prawidłowym zastosowaniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., spełniała ona wszelkie warunki umożliwiające wybór tej oferty, jako najkorzystniejszej. Reasumując stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, ze względu na nieuprawnioną ingerencję w treść oferty, niezawiadomienie



Odwołującego o tej ingerencji oraz braku podstaw do odrzucenia oferty, w świetle uzasadnienia stanowiącego podstawę dokonania tej czynności zawartej w piśmie Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności:

W jego ocenie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 Pzp jest bezzasadny i powinien zostać oddalony. Wskazał, że pismem z dnia 15 września 2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie w piśmie tym zawarta była informacja o przyczynach odrzucenia oferty Odwołującego, w tym informacja o poprawieniu omyłek rachunkowych. Jego zdaniem bez znaczenia dla przebiegu postępowania i bez wpływu na wynik postępowania jest fakt, że Zamawiający nie sprecyzował w piśmie, że poprawiane omyłki mają charakter oczywistych omyłek rachunkowych poprawianych zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz, że wykonawcy od poprawienia takiego rodzaju omyłek nie przysługuje żadna forma sprzeciwu. Zatem nawet gdyby uznać, iż Zamawiający dopuścił się uchybienia art. 87 ust. 2 Pzp, to i tak uchybienie to nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania ani uprawnienia Odwołującego. Tym samym Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania, gdyż nie poniósł i nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisu Pzp. Podniósł także, że Odwołujący w ogóle nie wskazał w treści odwołania na jakiej podstawie uważa, iż spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp uprawniające go do wniesienia odwołania. W wyniku obligatoryjnego poprawienia przez Zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych oferta Odwołującego nie jest najkorzystniejsza, a co za tym idzie Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Oferta jego opiewa bowiem na kwotę brutto 5.956.471,17 zł, a wybrana oferta najkorzystniejsza na kwotę brutto 5.904.000,00 zł. Wobec powyższego odwołanie powinno być oddalone z powodu nie posiadania przez Odwołującego interesu prawnego do jego wniesienia. Zamawiający wskazał ponadto, że Wykaz Płatności złożony przez Odwołującego wraz z ofertą zawiera osiem pozycji częściowych, których łączna suma wynosi 4 842 659,49 zł, co odpowiada kwocie netto oferty. Odwołujący natomiast w pozycji OGÓŁEM netto wpisał kwotę 4 766 041,56 zł. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odniósł się do poprawionej kwoty netto, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zauważył jednocześnie, że bez znaczenia dla przyczyn i uzasadnienia odrzucenia oferty jest, czy Zamawiający odnosiłby się do kwoty poprawionej czy do kwoty wziętej wprost z oferty Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zaoferowana kwota za pozycję „Ocena skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU)” w przypadku przyjęcia kwoty netto wprost z oferty wynosi nie 0,4% sumy „Ogółem netto” lecz 0,399999869% sumy „Ogółem netto”. Zatem przyjęcie kwoty wprost z

oferty również prowadzi do odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodnej z postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), której to niezgodności nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający w postanowieniach SIWZ - pkt 11 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) określił sposób obliczenia ceny oferty. W szczególności pkt 11.4 IDW stanowi, że Kwota za ocenę skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU) zawarta w pkt II.6 Wykazu Płatności, nie może być mniejsza niż 0,4 % sumy „Ogółem netto” oraz nie może być większa niż 0,5 % sumy „Ogółem netto”. W przypadku przekroczenia powyższych limitów oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie dopuścił jakiegokolwiek możliwości stosowania zaokrągleń w tym zakresie, a co za tym idzie tylko na tej podstawie oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Stwierdził również, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania oprócz błędnego założenia, że zaoferowana kwota za pozycję „Ocena skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych” stanowi równo 0,4% sumy „Ogółem netto” przyjmuje kolejne błędne założenie, że Zamawiający powinien „zakładając racjonalność Wykonawcy i znajomość przez niego warunków SIWZ powinien dojść do wniosku, iż przyczyną błędu nie może być nieprawidłowe zsumowanie poszczególnych pozycji kosztorysu, lecz musi to wynikać z błędu w jednej z pozycji kosztorysu”, w dalszej części wyводу podając, że tą pozycją mogłaby być tylko pozycja „Roboty” i że w tej pozycji wpisał błędną kwotę. Odwołujący również w zupełnie nieuprawniony sposób sugeruje, że Zamawiający mógłby poprawić taką omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Takie rozumowanie Odwołującego nie może zasługiwać na aprobatę. Zamawiający nie jest uprawniony do poprawiania błędów oferty Odwołującego, w szczególności błędów w obliczeniu ceny. Takie działania Zamawiającego stanowiłoby rażące naruszenie przepisów Pzp i prowadziło do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty. Nie może natomiast ulegać wątpliwości, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu był nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp - do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej dokonanej przez Odwołującego, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Nie ma przy tym znaczenia czy poprawienie oczywistych omyłki rachunkowych prowadzi do zmiany zaproponowanej ceny wykonawcy w górę lub w dół. Zamawiający jest bowiem zawsze zobowiązany do ich poprawienia, nawet wówczas, gdy dokonane sprostowanie zmienia kolejność na liście rankingowej wykonawców w danym postępowaniu i prowadzi do wyboru innego wykonawcy, niż pierwotnie zakładano, przed dokonaniem poprawek. Oczywistą omyłką, w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO oraz sądów powszechnych, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Oczywista omyłka rachunkowa z kolei występuje wtedy, gdy wykonawca w sposób niezamierzony, niechcący, wskutek pomylenia się, przedstawia błędny wynik działań

arytmetycznych. Oczywistość omyłki rachunkowej odnosi się do bardzo prostych działań arytmetycznych, niebudzących wątpliwości. Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący źle zsumował zaproponowane pozycje ryczałtowe w wykazie płatności, co nie budzi wątpliwości i co obligowało Zamawiającego do poprawienia sumy zgodnie z prostym działaniem arytmetycznym - dodawaniem. Ponadto oceniając ofertę wykonawcy nie może domniemywać, że Odwołujący wpisując kwotę ryczałtową do Wykazu Płatności się pomylił i opierając się na nieuprawnionych założeniach dowolnie ją poprawiać. Godziłoby to w zasadę równego traktowania wykonawców i stanowiło naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 Pzp, uznając także jego niezasadność i wskazując na orzecznictwo, podał, że „Zamawiający ma duże doświadczenie w prowadzeniu postępowań zawierających Wykaz Płatności z ustalonymi nieprzekraczalnymi limitami, więc dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o prawidłową podstawę prawną.

**Rozpoznając odwołanie Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp.**

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła, że wartość tego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp. Zgodnie z punktem 2 Protokołu postępowania o zamówieniu wartość zamówienia została ustalona na kwotę 10 245 593 zł 75 gr, co stanowi równowartość kwoty 2 454 093 euro, w tej kwocie mieści się wartość zamówień uzupełniających. Izba stwierdziła także, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 19.07.2016 r (data zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych) i z tego względu w myśl art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r poz. 1020), do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego i niezakończono przed dniem wejścia w życie w/w ustawy (przed 28.07.2016 r.) oraz do odwołania dotyczącego tego postępowania należało stosować przepisy dotychczasowe].

Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 15.09.2016 r. w części dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego w jej punkcie 1 w uzasadnieniu prawnym decyzji podał, że „Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny”. W uzasadnieniu faktycznym z kolei stwierdził, że „Zamawiający w

Specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 11 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) określił sposób obliczenia ceny oferty. W szczególności pkt 11.4 IDW stanowi, że: **Kwota za Ocenę skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU) zawarta w pkt II.6 Wykazu Płatności, nie może być mniejsza niż 0,4 % sumy „Ogółem netto” oraz nie może być większa niż 0,5 % sumy „Ogółem netto.” W przypadku przekroczenia powyższych limitów oferta podlega odrzuceniu.** Wykonawca VIA POLONIA S.A. (...) złożył ofertę opiewająca na kwotę 4 842 659,49 zł Ogółem netto (po poprawieniu omyłek rachunkowych), a pozycję „Ocena skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU)” wycenił na kwotę 19 064,16 zł netto. Zaoferowana kwota za pozycję „Ocena skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych (zgodnie z PFU)” wynosi 0,39367% sumy „Ogółem netto”.

Odwołujący wskazując, co prawda w preambule, że odwołanie jest wniesione od niezgodnej z przepisami ustawy czynności w przedmiocie odrzucenia oferty VIA POLONIA S.A, jednocześnie podniósł zarzut, co potwierdził na posiedzeniu, że odwołanie dotyczy naruszenia art. 87 ust. 2 z uwzględnieniem dwóch okoliczności wskazanych w odwołaniu, a mianowicie: a) nie zawiadomienia Odwołującego o poprawieniu jego oferty z uwagi na wystąpienie oczywistej omyłki rachunkowej, wbrew dyspozycji art 87 ust. 2 in fine; oraz b) nieprawidłowego poprawienia oferty Odwołującego w zakresie oczywistych omyłek rachunkowych, wbrew dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, co doprowadziło do istotnych zmian parametrów oferty Odwołującego w zakresie pkt II.6 Wykazu Płatności. Wskazał także na naruszenie art. 89 ust. 1 Pzp z powodu wskazania nieprawidłowej podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego.

Według art. 180 ust. 2 ustawy Pzp [w dacie jego obowiązywania], jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Ustalenia w niniejszej sprawie prowadzą do wniosku, że przedmiotowe odwołanie dotyczy innych czynności, aniżeli te, które dopuszczone są wskazanym art. 180 ust.2 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza także sformułowane w odwołaniu żądanie zgodnie z którym, Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, po uprzednim poprawieniu oferty Odwołującego zgodnie z art 87 ust 2 pkt 3 Pzp i wpisanie w pkt III.1 Wykazu Płatności kwoty

4.313.267,62 zł netto, zamiast kwoty 4.389.885,58 zł netto. Czynność odrzucenia oferty wykonawcy dokonana na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, a której dotyczy powiadomienie z dnia 15.09.2016 r. nie została w odwołaniu wprost zakwestionowana. Wykonawca skupił się przede wszystkim w uzasadnieniu wskazanych zarzutów na dowodzeniu innej podstawy odrzucenia (art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp), która w jego ocenie [z uwagi na możliwość poprawienia jego zdaniem kwoty wskazanej w formularzu oferty za roboty budowlane], nie mogła być przez Zamawiającego zastosowana. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp: „Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.” To oznacza, że użycie ogólne dla oznaczenia czynności [tak jak w tej sprawie: odwołanie „w przedmiocie odrzucenia oferty”] nie przesądza o zakresie zaskarżenia, który powinien być jednoznacznie, ściśle określony w zarzutach, nie pozostawiając wątpliwości, że przedmiotem zaskarżenia jest czynność od której w postępowaniach poniżej progów unijnych przysługuje odwołanie czyli czynność odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp i do tak sformułowanego zarzutu powinno nawiązywać żądanie, a zatem wykonawca powinien domagać się uchylecia decyzji o odrzuceniu na tej podstawie jego oferty. Zdaniem Izby, wykonawca de facto kwestionuje czynność braku powiadomienia o poprawieniu omyłki oraz podstawę jej poprawienia, a w konsekwencji nieprawidłowo zastosowaną podstawę prawną odrzucenia jego oferty. W świetle art. 192 ust. 7 ustawy Izba jest związana zarzutami zawartymi w odwołaniu, które zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp mają dotyczyć czynności podjętej przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia [lub zaniechanej] - podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tej czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy nieprzypadkowo użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „*wyłącznie*”, a zatem ustalony w nim katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje ma charakter wyjątku od zasady, który jednocześnie nie pozwala na domysły, co jest przedmiotem odwołania oraz na interpretowanie przez Izbę intencji wykonawcy, co do użytych w nim sformułowań.

Izba na marginesie zwraca uwagę, że Zamawiający w powiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego poinformował wykonawcę o dokonany poprawieniu omyłki

rachunkowej, a zatem w tej sprawie zastosował art. 87 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie żądany w odwołaniu art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Zdaniem Izby, dla poprawienia kwoty netto Ogółem zakwalifikował tę omyłkę jako rachunkową prawidłowo. Wynikała ona bowiem z oczywistego błędu w dodawaniu. Wykaz Płatności bowiem złożony w ofercie zawiera osiem pozycji częściowych, których łączna suma wynosi 4.842.659,49 zł, a nie jak podał wykonawca 4.766.041, 56 zł. Tym samym Zamawiający dokonał prawidłowo poprawienia sumy, a konsekwencją tej poprawki była prawidłowa decyzja, co do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1pkt 6, albowiem skalkulowana cena zawierała błąd niepozwalający osiągnąć wymaganego w opisie obliczania ceny wskaźnika na wymaganym minimalnym poziomie 4 %. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wnoszący odwołanie oprócz błędnego założenia, że zaoferowana kwota za pozycję „Ocena skuteczności wybudowanych ekranów akustycznych” stanowi równo 0,4% sumy „Ogółem netto” przyjął także błędne założenie, że Zamawiający „zakładając racjonalność Wykonawcy i znajomość przez niego warunków SIWZ powinien dojść do wniosku, iż przyczyną błędu nie może być nieprawidłowe zsumowanie poszczególnych pozycji kosztorysu, lecz musi to wynikać z błędu w jednej z pozycji kosztorysu”, w dalszej części wyводу podając, że tą pozycją mogłaby być tylko pozycja „Roboty” i, że w tej pozycji wpisał błędną kwotę. Odwołujący w nieuprawniony sposób sugeruje, że Zamawiający mógłby poprawić taką omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie jest uprawniony, z wyjątkiem okoliczności wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy Pzp, do poprawiania błędów oferty Odwołującego, w szczególności błędów w obliczeniu ceny. Takie działania Zamawiającego stanowiłoby rażące naruszenie przepisów Pzp i prowadziło do niedopuszczalnych zmiany w treści oferty w zakresie pozycji kosztowej, której wielkość była przez wykonawcę uprzednio skalkulowana w sposób przemyślany. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że tylko dla skuteczności poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp ustawa Pzp przewidziała zgodę wykonawcę, której brak – według podanych zasad - powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp.

Reasumując, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Ta okoliczność stanowiła negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do meritum i skutkowało koniecznością wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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).

.....