

Sygn. akt: KIO 2299/20

## WYROK

z dnia 30 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę **J. K.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **M. S.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

### orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. K.** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **J. K.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **J. K.** na rzecz **Miasta Łódź – Zarządu Inwestycji Miejskich w Łodzi** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi - Projekt 7 - Przebudowa, rozbiórka, remont konserwatorski nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi przy ul. Mielczarskiego 3, ul. Mielczarskiego 15, Mielczarskiego 22, ul. Mielczarskiego 33 wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą techniczną w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 14 września 2020 roku wykonawca J. K. (dalej: odwołujący) wniosła odwołanie wobec czynności podjętej w dniu 3 września 2020 r. przez zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w wyżej wskazanym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- A. naruszenie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego bez przeprowadzenia czynności mających na celu weryfikację wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p.;
- B. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy wystąpiły przesłanki obligujące zamawiającego do poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- C. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sposób naruszający zasadę proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w części II postępowania,
- 2. ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3. poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. w ofercie odwołującego, w Formularzu Cenowym nr 2.2 innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez przyjęcie wartości nominalnej

wynagrodzenia za nadzór autorski w wysokości zgodnej z zadeklarowaną w ofercie wysokością procentową tego wynagrodzenia (odpowiadającą wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia – s.i.w.z.) tj. poprzez wskazanie w wierszu drugim tabeli elementów scalonych będącej częścią oferty odwołującego kwoty 26.602,30 zł zamiast kwoty 27.060 zł oraz w konsekwencji w wierszu pt. „Razem całe zamówienie” wskazanie kwoty 5.319.801,30 zł zamiast kwoty 5.320.260,00 zł;

4. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. Oferta odwołującego została pierwotnie wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Zamawiający następnie unieważnił czynność wyboru oferty odwołującego oraz odrzucił jego ofertę. Unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz dokonanie poprawienia treści jego oferty zgodnie z regulacją art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p. skutkować będzie wystąpieniem przesłanek dokonania ponownego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w zakresie Części II zamówienia w ww. postępowaniu. Oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. W dniu 28 sierpnia 2020 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczącej Części II zamówienia (oferta odwołującego). W uzasadnieniu tej decyzji zamawiający wskazał, że unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jest następstwem przeprowadzonej kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Następnie, w dniu 3 września 2020 r., zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ofertę odwołującego. Treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty jest taka sama, jak uzasadnienia informacji z dnia 28 sierpnia 2020 r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że w pkt 15.1 s.i.w.z. (opis sposobu obliczenia ceny) wymagano, by cenę ryczałtową oferty obliczyć na podstawie tzw. tabeli elementów scalonych obejmujących trzy główne elementy świadczenia wykonawcy tj. Prace Projektowe, Nadzór autorski, Roboty budowlane. Wartości poszczególnych elementów scalonych zamówienia należało wskazać na formularzach cenowych stanowiących odpowiednio formularze od Formularza nr 2.1 - Formularza nr 2.4, a następnie cenę oferty należało wpisać na formularzu oferty - Formularz Nr 1 liczbowo. Treść pkt 15.1 s.i.w.z. wskazywała na określoną kolejność działań wykonawcy polegającą na dokonaniu wyceny poszczególnych pozycji elementów scalonych a następnie przeniesieniu tak obliczonej ceny do głównego

formularza ofertowego. Zgodnie z treścią pkt 15.1 s.i.w.z. wykonawca był zobowiązany do wypełnienia wszystkich pól w formularzu cenowym. Brak wypełnienia i określenia wartości, w którejś z pozycji formularza cenowego oraz dokonywanie zmian w treści formularza, zgodnie z zapisami pkt 15.1 s.i.w.z., powoduje odrzucenie oferty z wyjątkiem omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z wymogami tabeli stanowiącej część formularza ofertowego w części II zamówienia nieprzekraczalny udział procentowy kosztów nadzoru autorskiego w odniesieniu do kosztów całego zamówienia nie może wynieść więcej niż 0,5%. Jednocześnie w pouczeniu do Tabeli elementów scalonych tabeli wskazano, że w przypadku niedotrzymania wysokości udziału procentowego wskazanego w tabeli oferta zostanie odrzucona. W tabeli zamawiający wskazał także, że rzeczywisty udział procentowy kosztu realizacji danego elementu scalonego opisanego wylicza się w odniesieniu do całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za wykonanie zamówienia podanego w ofercie.

Zamawiający określił próg procentowy w wartościach dla pozycji Nadzór autorski w wysokości 0,5% całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Odwołujący wskazał cenę Nadzoru autorskiego, wskazaną w pozycji 2 Tabeli elementów scalonych w Formularzu:

- a) zgodnie z s.i.w.z. co do ujęcia jej wartości procentowej (0,5% ceny ryczałtowej);
- b) niezgodnie z s.i.w.z. co do ujęcia jej wartości nominalnej wyliczonej od ceny ostatecznej (podana w formularzu kwota 27.060 wynosi 0,5086217590869619 % ceny ryczałtowej - co po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku daje wartość 0,51 % ceny ryczałtowej). Odwołujący zaoferował całkowite wynagrodzenia w wysokości 5.320.260,00 zł. W związku z tym maksymalna wysokość kwoty brutto w pozycji Nadzór autorski mogła wynosić 26.601,30 zł. Odwołujący w pozycji nr 2 Tabeli elementów scalonych podał kwotę za Nadzór autorski w kwocie 27.060,00 zł, zatem o 458,70 zł ponad maksymalną wysokość.

Odwołujący zauważył, że powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. - zgodnie z treścią informacji o odrzuceniu - było cyt. „niewłaściwe skalkulowanie ceny Nadzoru autorskiego w sposób odmienny od wymogów określonych w SIWZ”. Zamawiający w żaden sposób - tak jak wcześniej Urząd Zamówień Publicznych - nie odniósł się wystąpienia lub braku wystąpienia podstaw poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. W piśmie informującym o wynikach kontroli UZP (które było podstawą do zmiany decyzji zamawiającego co do wyboru oferty odwołującego) autor powołuje się na zapis formularza ofertowego o konieczności odrzucenia oferty w sytuacji przekroczenia wskaźnika procentowego wynagrodzenia za nadzór autorski. W ocenie odwołującego, jakkolwiek zapis s.i.w.z. nie może pozbawiać wykonawcy uprawnień wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących a zamawiającego zwalniać z obowiązków ustawowych. Stwierdzenie przez zamawiającego występowania niezgodności

treści oferty z treścią s.i.w.z. wymaga obligatoryjnego zbadania przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Tym bardziej, że sam zamawiający w pkt 15.1 s.i.w.z. uzależnia odrzucenie oferty od braku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 87 ustawy P.z.p. cyt. „brak wypełnienia i określenia wartości, w którejś z pozycji formularza cenowego oraz dokonywanie zmian w treści formularza zgodnie z zapisami pkt 15.1 s.i.w.z. powoduje odrzucenie oferty z wyjątkiem omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 ustawy”. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. wskazuje na obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Cytowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. wprowadza ustawowy obowiązek poprawienia oferty w sytuacji wystąpienia trzech przesłanek:

- musi wystąpić niezgodność pomiędzy treścią oferty a treścią s.i.w.z.;
- niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści;
- poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazał, że ustalona przez ustawodawcę konstrukcja przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. zobowiązuje zamawiającego do analizy tego, czy ww. przesłanki wystąpiły. Analiza ta powinna być przeprowadzona przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty. Wadą czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego było jej automatyczne dokonanie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. w sytuacji, w której nie ustalono, czy występują przesłanki dla wykonania obligatoryjnej czynności ustawowej wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., która usunęłaby podstawy odrzucenia oferty. Nawet jeżeli zamawiający analizę taką przeprowadził, nie zawarł jej wyników w uzasadnieniu odrzucenia oferty i pozbawił odwołującego prawa do wniesienia środka odwoławczego wskazującego na określone wady tej czynności. Odwołujący zauważył, że wadą tą dotknięta jest także wykładania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. dokonana przez Urząd Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej

istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą. Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu, może nie wyrazić zgody na taką zmianę, w takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., do odrzucenia takiej oferty. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego.

W ocenie odwołującego, wystąpiły wszystkie przesłanki wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. obligujące zamawiającego do poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Po pierwsze, mamy do czynienia z omyłką a nie celowych działaniem wykonawcy. Nie było zamiarem wykonawcy dokonywanie wyceny pozycji nadzoru autorskiego niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, o czym świadczy wskazanie w wierszu wyceny tej pozycji wartości 0,5% całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego (zgodnie z s.i.w.z.). Niezgodność treści oferty z s.i.w.z. w ujęciu zastosowanym przez UZP i zamawiającego dotyczy jedynie kwoty /wartości nominalnej/ wskazanej w pozycji formularza, przy czym niezgodność ma znikomy charakter, tj. dotyczy kwoty 458,30 zł stanowiącej jedynie 0,009 % wartości całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia brutto. Jest to tak niewielka kwota, że trudno na jej podstawie przypisywać wykonawcy chęć ułożenia treści oferty niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Po drugie, niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. występuje w zakresie przekroczenia limitu wyceny Nadzoru

autorskiego (podkreślenia wymaga także to, że niezgodność ta występuje jedynie przy porównaniu wartości nominalnej /podanej kwoty/ z wymaganiami s.i.w.z., zaś podana przez wykonawcę wartość % jest prawidłowa i zgodna z s.i.w.z.). Po trzecie, poprawienie ww. niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. ujęto zasadę proporcjonalności. Zasada ta zgodnie z orzecznictwem TSUE oznacza, że każde zachowanie zamawiającego mające na celu wyeliminowanie wykonawcy z udziału w postępowaniu powinno opierać się o sankcje niezbędne i konieczne dla zachowania podstawowych standardów procedury ubiegania się o zamówienie publiczne, w tym zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego, w przypadku, gdy prawo krajowe posługuje się nieostrym pojęciem „istotności zmiany treści oferty” w stosunku do czynności które mogą skutkować uznaniem oferty za ważną lub uznaniem jej za podlegającą odrzuceniu, pojęcie to należy wyklądać z uwzględnieniem zasad i okoliczności:

- zakazu eliminowania wykonawcy z udziału w postępowaniach w sytuacjach, gdy prawo krajowe posługuje się nieostrymi pojęciami których ocena ma cechy swobodnej oceny dowodowej; osiągnięcia celu postępowania (wybór najkorzystniejszej oferty) oraz w kierunku; zagwarantowania ochrony zasady oszczędności wydatkowania środków publicznych w znacznej wysokości (w przedmiotowej sprawie wynosi ona kilkaset tysięcy złotych); nieistotności omyłki w treści oferty wykonawcy z punktu widzenia jej skutków finansowych; możliwości poprawienia omyłki bez udziału wykonawcy z wykorzystaniem podanego przez niego zgodnego z s.i.w.z. wskaźnika procentowego wynagrodzenia za Nadzór autorski braku celowości działania odwołującego;

- braku złożenia środków ochrony prawnej na wybór oferty odwołującego przez konkurentów, którzy nie dopatrzyli się w decyzji zamawiającego o wyborze oferty błędów; niepełnego procesu wykładni przepisów p.z.p. podczas kontroli Urzędu Zamówień Publicznych, który oceniając podstawy odrzucenia oferty pominął w swoim stanowisku całkowicie ocenę możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Ich uwzględnienie w przedmiotowej sprawie powinno doprowadzić zamawiającego do wniosku o obowiązku zastosowania regulacji mającej doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. i do zaniechania odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z ww. zasadą proporcjonalności działania instytucji zamawiającej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 października 2020 roku wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak naruszenia przez zamawiającego wskazanych w

odwołaniu przepisów ustawy P.z.p., które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy P.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były wyartykułowane w odwołaniu. Zgodnie natomiast z art. 180 ust. 3 ustawy P.z.p., w treści odwołania należy zawrzeć m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, która doprowadziła do naruszania ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów. W odwołaniu należy też określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Przywołany przepis znajduje rozwinięcie w § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Odwołujący wniósł odwołanie co do czynności podjętej w dniu 3 września 2020 r. przez zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Okoliczność powyższa wynika wprost z pkt. 1 odwołania. Co istotne, zamawiający pismem z dnia 3 września 2020 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako niezgodną z treścią s.i.w.z. Wobec tak określonej czynności odwołujący postawił zarzut (A) naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego bez przeprowadzenia czynności mających na celu weryfikację wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p. Powołany przez odwołującego art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. dotyczy żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty nie zaś czynności odrzucenia oferty, który skarży odwołujący. Zarzuty, o których mowa w pkt (B) i (C) odwołania nie mogą w realiach niniejszej sprawy stanowić samodzielnie podstawy prawnej uwzględnienia odwołania.

Zamawiający stwierdził, że zdaniem odwołującego zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego bez zbadania przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Okoliczność powyższą odwołujący wywodzi z faktu, że Prezes Urzędu Zamówień nie zawarł w informacji pokontrolnej szczegółowej analizy możliwości poprawienia oferty Odwołującego w tym trybie, jak również nie uczynił tego zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty. Zamawiający podniósł, że odwołujący, stawiając powyższą tezę, ponownie zdaje się nie dostrzegać, że podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego stanowił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Oczywiście jest więc, że zarówno Prezes Urzędu Zamówień Publicznych który w informacji o wyniku kontroli uprzedniej jasno wskazał, że zamawiający winien odrzucić ofertę złożoną przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., jak również zamawiający, informując odwołującego o odrzuceniu złożonej oferty na wskazanej podstawie prawnej, musiał uwzględnić zastrzeżenie art. 87 ust.



2 pkt 3, które wprost wynika z normy prawnej art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.. Zamawiający zauważył, że zarówno Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jak również zamawiający nie miał obowiązku szczegółowo uzasadniać przyczyn, dla których wady oferty stanowiącej podstawę jej odrzucenia nie mogły zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Zresztą uzasadnienie przyczyn, dla których zamawiający nie skorzystał z regulacji art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p., wprost wynika z uzasadnienia zalecenia odrzucenia oferty odwołującego wskazanego przez Prezesa Urzędu tj. „W ofercie złożonej przez wykonawcę INVESS J. K. wartość poz. Nr 2 kolumny 7 przekracza wskazany przez zamawiającego próg, a tym samym skalkulowana została w sposób odmienny od wymogów określonych w SIWZ i jako taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ”

W ocenie zamawiającego, powołane przez odwołującego okoliczności uzasadniające wprowadzenie do ustawy P.z.p. art. 87 ust. 2 pkt 3 pozostają bez znaczenia prawnego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Okoliczność, że oferta odwołującego jest tańsza aniżeli wybrana przez zamawiającego oferta przystępującego również nie może stanowić podstawy oceny zgodności oferty z treścią s.i.w.z..

Zamawiający wskazał, że mając na względzie spór będący przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, istotne jest ustalenie, czy wada oferty odwołującego polegająca na tym, że wartość poz. Nr 2 kolumny 7 przekracza wskazany przez zamawiającego próg, a tym samym skalkulowana została w sposób odmienny od wymogów określonych w s.i.w.z., spełnia łącznie przesłanki korekty o których mowa w pkt. 5 i 6 powyżej tj. czy (i) korekta oferty spowoduje istotną zmianę treści oferty oraz (ii) czy omyłka jest możliwa do poprawienia przez zamawiającego.

W ocenie zamawiającego, wbrew twierdzeniom odwołującego okoliczność, o ile błędnie wskazana wartość odbiega od wyceny oferty odwołującego, nie ma żadnego znaczenia prawnego dla ustalenia możliwości poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający zauważył, że gdyby przyjąć argumentację odwołującego, to możliwa byłaby poprawa każdej omyłki, jeżeli tylko sumaryczna wartość omyłki nie przekraczałaby istotnie wartości oferty. Niezależnie od intencji ustawodawcy, w żadnym miejscu ustawy P.z.p. nie sformułowano tezy, która uprawniałaby zamawiającego do dokonania poprawy omyłek w ofercie tylko na podstawie kryterium wartościowego. Jeżeli taka byłaby intencja ustawodawcy, to z całą pewnością wprowadziłby do ustawy P.z.p. przepis w brzmieniu np. „jeżeli łączna suma omyłek wykonawcy nie przekracza 1% ceny oferty to zamawiający zobligowany jest w każdym przypadku poprawić ofertę”. Mając na

względnie, że brak takiego przepisu w ustawie, ocena zamawiającego możliwości dokonania poprawy omyłki nie może przebiegać wyłącznie w oparciu o kryterium cenowe.

Zamawiający wskazał, że w sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia nie jest w stanie samodzielnie ustalić, jak była rzeczywista wola odwołującego, bowiem nie istnieje wyłącznie jeden możliwy sposób poprawienia oferty, lecz jest ich wiele.

Tabela elementów scalonych stanowiąca treść formularza oferty zawierała następujące pozycje:

- 1 Prace Projektowe (suma poz. 1.1 do 1.2)
  - 1.1 Projekt Budowlany wraz z ostatecznym pozwoleniem na budowę
  - 1.2 Projekt Wykonawczy/ Projekty Wykonawcze
- 2 Nadzór autorski
- 3 Roboty Budowlane (suma poz. 3.1 do 3.3)
  - 3.1 Roboty budowlane i instalacyjne w budynku oraz urządzenia i sprzęt trwale związane z konstrukcją budynku
  - 3.2 Zagospodarowanie terenu wraz z infrastrukturą podziemną i przyłączami
  - 3.3 Pozostałe urządzenia, sprzęt

W konsekwencji zamawiający nie posiadał samodzielnie wiedzy, do której z pozostałych elementów „dopisać” miałyby nadwyżkową kwotę z pozycji nadzór autorski. Wariantów możliwego działania mogło być co najmniej kilka. Wariant pierwszy to uwzględnić kwotę w pozycji „Prace Projektowe”. Jeżeli wybrać ten wariant to należałoby ustalić czy w ramach Projektu Budowlanego czy też Wykonawczego. Uwzględnienie kwoty w ramach pozycji Roboty Budowlane również implikowałoby konieczność przypisania tej kwoty do jednej z trzech podpozycji oznaczonych numerami od 3.1. do 3.3. W konsekwencji istnieje nie jeden a co najmniej pięć różnych sposobów poprawienia omyłki odwołującego.

Zamawiający wskazał, że we wskazanym przypadku nie posiadał wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić wysokość wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego, co musiałoby się sprowadzić do samowolnego zwiększenia kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych (nie wiadomo w której pozycji od 3.1 do 3.3) lub prac projektowych (również nie wiadomo w ramach której pozycji 1.1 czy 1.2). Ustalenie któregoś z pięciu możliwych wariantów zmiany treści oferty wykonawcy wymagałoby prowadzenia niedopuszczanych negocjacji z odwołującym w zakresie złożonej oferty oraz w konsekwencji naruszeniem przepisów ustawy P.z.p.. Powyższe stanowisko

potwierdzają liczne orzeczenia KIO (np. uchwała z dnia 29 października 2019 r KIO/KU 64/19, wyrok z 12 lutego 2020 roku KIO 196/20).

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca M. S. poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W pkt 15.1 s.i.w.z. (opis sposobu obliczenia ceny) zamawiający wymagał, by cenę ryczałtową oferty obliczyć na podstawie tzw. tabeli elementów scalonych obejmujących trzy główne elementy świadczenia wykonawcy tj. Prace Projektowe, Nadzór autorski, Roboty budowlane. Wartości poszczególnych elementów scalonych zamówienia należało wskazać na formularzach cenowych stanowiących odpowiednio formularze od Formularza nr 2.1 - Formularza nr 2.4, a następnie cenę oferty należało wpisać na formularzu oferty - Formularz Nr 1 liczbowo. Treść pkt 15.1 s.i.w.z. wskazywała na określoną kolejność działań wykonawcy polegającą na dokonaniu wyceny poszczególnych pozycji elementów scalonych a następnie przeniesieniu tak obliczonej ceny do głównego formularza ofertowego. Zgodnie z treścią pkt 15.1 s.i.w.z., wykonawca był zobowiązany do wypełnienia wszystkich pól w formularzu cenowym. Brak wypełnienia i określenia wartości, w którejś z pozycji formularza cenowego oraz dokonywanie zmian w treści formularza, zgodnie z zapisami pkt 15.1 s.i.w.z., powoduje odrzucenie oferty z wyjątkiem omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z wymogami tabeli stanowiącej część formularza ofertowego w części II zamówienia nieprzekraczalny udział procentowy kosztów nadzoru autorskiego w odniesieniu do kosztów całego zamówienia nie może wynieść więcej niż 0,5%. Jednocześnie w pouczeniu do Tabeli elementów scalonych tabeli wskazano, że w przypadku niedotrzymania wysokości udziału procentowego wskazanego w tabeli oferta zostanie odrzucona. W tabeli zamawiający wskazał także, że rzeczywisty udział procentowy kosztu realizacji danego elementu scalonego opisanego wylicza się w odniesieniu do całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za wykonanie zamówienia podanego w ofercie.

Zamawiający określił próg procentowy w wartościach dla pozycji Nadzór autorski w wysokości 0,5% całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie Części II zamówienia w ww. postępowaniu. Odwołujący wskazał cenę Nadzoru autorskiego, wskazaną w pozycji 2 Tabeli elementów scalonych w Formularzu niezgodnie z s.i.w.z. co do ujęcia jej wartości nominalnej wyliczonej od ceny ostatecznej (okoliczność bezsporna). Odwołujący zaoferował całkowite wynagrodzenia w wysokości 5.320.260,00 zł. W związku z tym maksymalna wysokość kwoty brutto w pozycji Nadzór autorski mogła wynosić 26.601,30 zł. Odwołujący w pozycji nr 2

Tabeli elementów scalonych podał kwotę za Nadzór autorski w kwocie 27.060,00 zł, zatem o 458,70 zł ponad maksymalną wysokość.

Oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. W dniu 28 sierpnia 2020 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczącej Części II zamówienia (oferta odwołującego). W uzasadnieniu tej decyzji zamawiający wskazał, że unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jest następstwem przeprowadzonej kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Następnie, w dniu 3 września 2020 r., zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ofertę odwołującego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Następnie Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska zamawiającego, jakoby odwołujący nie postawił skutecznego zarzutu dotyczącego *stricte* odrzucenia jego oferty. Prawdłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łącińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie co do tego, czy zamawiający był obowiązany poprawić ofertę odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku, zamawiający nie miał takiego uprawnienia ani obowiązku.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w s.i.w.z., a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w s.i.w.z.

Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w s.i.w.z. oczekiwania.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p.). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, *aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty.* Takie stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 17 października 2019 roku sygn. akt: KIO 1964/19.

W rozpoznawanej sprawie wskazane wyżej warunki umożliwiające poprawienie oferty odwołującego nie zaistniały. Wskazać należy, że cena Nadzoru autorskiego w ofercie odwołującego była o 458,70 zł wyższa niż byłaby w sytuacji, gdyby odwołujący wyliczył ją zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. (0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto). Jednakże ewentualne poprawienie oferty odwołującego nie mogłoby polegać wyłącznie na prostym

odjęciu wskazanej kwoty od ceny Nadzoru autorskiego, ponieważ taka operacja doprowadziłaby do obniżenia ceny oferty, co byłoby zmianą w zakresie elementu przedmiotowo istotnego oferty (*essentialia negotii*) bądź też kwotę tę należałoby przesunąć do innej pozycji. W tym drugim przypadku zamawiający nie byłby natomiast uprawniony do samodzielnej decyzji co do wyboru pozycji, do której należy przesunąć wskazaną kwotę. W ofercie odwołującego ani w postanowieniach s.i.w.z. nie ma informacji, które pozwalałyby zamawiającemu na ustalenie, którą pozycję tabeli należy powiększyć o wskazaną kwotę. Podkreślić przy tym należy, że wartość poszczególnych elementów scalonych, na podstawie których wykonawcy obliczali cenę oferty, była wartością brutto, czyli sumą wartości netto i podatku VAT obliczonego według stawek właściwych dla poszczególnych czynności. Przesunięcie wskazanej kwoty do innej pozycji tabeli oznaczałoby konieczność przeprowadzenia odpowiednich obliczeń matematycznych z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Tego rodzaju operacja byłaby niemożliwa do przeprowadzenia przez zamawiającego, bez uzyskania wyjaśnień od odwołującego co do szczegółów jej dokonania. Uzyskanie zaś tego rodzaju wyjaśnień wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy P.z.p., zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Poprawienie oferty odwołującego po uprzednim złożeniu wyjaśnień przez odwołującego doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający, nie dokonując poprawy oferty odwołującego i odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p., nie naruszył przepisów ustawy P.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem przepisów ustawy P.z.p. oraz warunkami, jakie sam ustalił w s.i.w.z. Tym samym zarzuty odwołania należy uznać za nieuzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....