

WYROK
z dnia 5 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez Odwołującego – **Zakład Remontowo Drogowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Piotrkowska 276 bud. A, 90-361 Łódź

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Łódzka Spółka Infrastrukturalna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wólczańska 17, 90-731 Łódź

orzeka:

- 1 **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy oraz nakazuje poprawić, jako omyłkę rachunkową wartości brutto i netto pozycji od 1 do 6 za nadzór autorski przyjmując do wyliczenia wskaźnik procentowy 0,5% od wskazanych w poszczególnych pozycjach cen brutto i netto za roboty budowlane, a w konsekwencji tych zmian poprawienie ceny w pozycjach od 1 do 6 w kolumnie F: „Cena brutto w PLN (w tym VAT 23%) łącznie roboty budowlane i nadzór autorski”, sumując wartości z kolumny E. W konsekwencji tych poprawek korekcie podlegają zsumowane wartości w pozycji 7 w części dotyczącej kwot nadzoru autorskiego z 49.209,15 zł na 48.963,09 zł brutto (39.807,39 zł netto) oraz zsumowana wartość w kolumnie F z 9.841.827,96 zł brutto na 9.841.581,89 zł brutto, co stanowi cenę oferty.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. sp. k. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego – Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego – Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. sp. k. kwotę 23.600,00 zł 00 gr.

(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2243/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. na zadanie: *Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w osiedlu Młynek w Łodzi – etap II wraz z usługą pełnienia nadzoru autorskiego* (nr postępowania BZZ.2291.4.20), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 07.07.2020r., 2020/S 129-317533, wobec czynności odrzucenia oferty i zaniechania poprawienia omyłki, Wykonawca Zakład Remontowo Drogowy Sp. z o.o. sp. k., wniósł w dniu 7 września 2020 r. (mailem), a na piśmie w dniu 10 września 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2243/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zastosowanie mimo, iż brak jest ustawowych przesłanek do zastosowania tego przepisu wobec oferty Odwołującego;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
z ostrożności:
3. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie poprawienia omyłki w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 i przywrócenie oferty do oceny, ewentualnie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w dniu 02.09.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, jako niezgodną z siwz, gdyż w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1a do siwz podał łączną wartość netto i brutto za nadzór autorski przekraczającą 0,5 % wartości robót budowlanych.

W ocenie Odwołującego niezgodność nie miała charakteru merytorycznego, ale formalny, a przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może być zastosowany, jeżeli z treści oferty wynika, iż wykonawca zamierza ją zrealizować w sposób niezgodny z przedmiotem zamówienia, a także poprzez niezgodność oferty siwz z przedmiotem zamówienia.

Wymaganie Zamawiającego dotyczące nieprzekroczenia 0,5% wartości robót budowlanych za pełnienie nadzoru autorskiego dotyczy wyłącznie aspektu formalnego i nie oddziałuje na treść oferty – zakres świadczenia wykonawcy. Przekroczenie tej wartości nie powoduje, że budowa kanalizacji sanitarnej wraz z usługą pełnienia nadzoru zostanie wykonana w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji wpłynie na zakres przyszłego świadczenia. Prawidłowe wykonanie zamówienia nie jest w żaden sposób związane z przyjęciem innej wartości za pełnienie nadzoru autorskiego.

Zamawiający nie wziął pod uwagę możliwości poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powinno poprzedzać decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niewątpliwie przekroczenie wartości za nadzór autorski nie powoduje istotnych zmian w treści oferty – dotyczy wewnętrznego rozliczenia w ofercie i nie zmienia ceny oferty, która jest ceną za wykonanie w całości przedmiotu. Wyliczona za nadzór autorski kwota 40 0007,44 zł. netto (49 209,15 zł brutto) po korekcie wyniosłaby 39 807,39 zł netto (48 963,09 zł brutto). Różnica wynosi 200,38 zł netto (246,06 zł brutto), przy wartości oferty 9 841 827,96 zł.

Gdyby Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty dowiedziałby się, że wykonawca popełnił błąd na etapie wypełniania formularza (nie sprawdzenia wyliczonych wartości przed ich wpisaniem do formularza). Przy tej skali błędu nie można mówić, iż doszłoby do negocjowania treści oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Uwzględniając zapis siwz (rozdział 8) Zamawiający podtrzymał zasadność oceny oferty Odwołującego, jako niezgodnej z siwz, wynikającej z przekroczenia wysokości wynagrodzenia w poszczególnych zadaniach za nadzór autorski. Zamawiający nie mógł zakwalifikować omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż w wyniku jej poprawienia doszłoby do istotnej zmiany jej treści, ale także dlatego, że sposób jej poprawienia nie jest oczywisty – wymaga odwołania się do wiedzy, której Zamawiający nie mógł posiadać bez złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień. Ponieważ wszystkie obliczenia matematyczne były prawidłowe, Zamawiający nie mógł również poprawić treści, jako omyłki rachunkowej. Ponieważ wykonawcy mogli przyjąć różny wskaźnik procentowy do wyliczenia wynagrodzenia za nadzór autorski, mieszczący się w przedziale $\leq 0,5\%$, Zamawiający zmuszony byłby w odniesieniu do każdego zadania

przeprowadzić z wykonawcą negocjacje jaki wskaźnik należałoby wskazać by prawidłowo obliczyć wynagrodzenie za nadzór w danym zadaniu.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęto czynności wpływające bezpośrednio na sytuację Wykonawcy w postępowaniu, złożone odwołanie prowadzić może do uchylecia negatywnych skutków decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. W świetle powyższego Izba uznała, iż Odwołujący ma interes w tym, aby kwestionować prawidłowość czynności oceny oferty własnej. W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz oraz ofertę Odwołującego, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamówienie obejmuje sześć zadań podzielonych według ulic, na których wykonywana będzie budowa kanalizacji sanitarnej wraz z usługą pełnienia nadzoru inwestorskiego. Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych.

W rozdziale 8 siwz (opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający w pkt 4 wskazał;

4 Cenę oferty należy obliczyć na Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 1a do SIWZ. Cena oferty jest sumą cen za wykonanie poszczególnych zadań i należy obliczyć ją w następujący sposób:

1) oddzielnie dla każdego zadania:

podać wartość netto i brutto za wykonanie danego zadania, które stanowi cenę za wykonanie roboty budowlanej w ramach danego zadania;

2) podać łączny koszt netto i brutto pełnienia nadzoru autorskiego dla zadań od 1 do 6

Wartość za pełnienie nadzoru autorskiego uwzględniona w cenie oferty, nie może przekraczać 0,5% wartości całości robót budowlanych (łącznie zadania 1-6). W przypadku niespełnienia w/w wymogu, Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z SIWZ.

3) podać cenę netto i brutto za wykonanie całego zamówienia (suma cen netto i brutto poszczególnych zadań oraz nadzoru autorskiego dla zadań 1- 6).

W przypadku błędu w podsumowaniu, Zamawiający jako prawidłowe uzna ceny za poszczególne pozycje Formularza cenowego i w konsekwencji poprawi błąd rachunkowy w podsumowaniu.

W formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) wykonawca ZRD w pkt 5 określił cenę brutto oferty: 9.841.827,96 zł (cena netto: 8.001.486,15 zł.). Do oferty załączony został formularz cenowy uwzględniający sześć zadań (pozycje od 1 do 6) wraz z podsumowaniem (poz. 7). W poz. 7 wartość brutto całości zamówienia wskazana została kwotą: 9.841.827,96 zł, uwzględniającą nadzór autorski (49.209,15 zł. brutto). W każdej pozycji od 1 do 6 wykonawca wskazał cenę netto oraz brutto w rozbiciu na roboty budowlane oraz nadzór autorski, za który zgodnie z opisem w tabeli można było wskazać wartość $\leq 0,5\%$ wartości robót budowlanych. W kolumnie 4 tabeli (lit. E) podane zostały dla każdej pozycji (zadań) cena brutto – łącznie roboty budowlane i nadzór autorski. Podane w kolumnie 5 (lit F) wartości pozycji od 1 do 6 zostały zsumowane w poz. 7, a przedstawiony wynik jest prawidłowy (wynika z rachunku matematycznego) i stanowi cenę oferty wskazaną w formularzu oferty (9.841.827,96 zł.). Podana w poz. 7 w kolumnie 4 (lit. E) wartość zsumowanych kwot robót budowlanych oraz nadzoru autorskiego po sprawdzeniu sumowania kwot z pozycji od 1 do 6 różni się w stosunku do podanej w formularzu o 1 gr. wynosi 9.792.618,80 zł (roboty budowlane) oraz 49.209,16 zł. (nadzór autorski). Przyjmując wskaźnik 0,5% do wyliczenia wartości nadzoru autorskiego i dokonując wyliczenia udziału tego elementu wynagrodzenia w całości ceny oferty (wskazana w kol. F), podana w formularzu kwota 49.209,15 jest prawidłowa pod względem matematycznym. Odejmując tą kwotę od wartości z kol. F różnica wynosi 9.792.618,81 zł i taka wartość znajduje się w kol. E – razem całe zamówienie (wartość robót budowlanych).

Z analizy kwot stanowiących wartość prac stanowiących przedmiot zamówienia wynika wspólny mechanizm ich wyliczenia, tj. wykonawca od podanej wartości całości prac (roboty i nadzór autorski –kol. F) wyliczał udział nadzoru autorskiego przyjmując wskaźnik 0,5%, co obrazują wartości z poszczególnych pozycji nadzoru (od 1 do 5 – kol. E). Wartość nadzoru autorskiego w pozycji 6 wynosi 4.711,0417, co zgodnie z zasadą zaokrąglania wskazaną w siwz (rozdział 8) powinno zostać wyrażone kwotą 4.711,05, a nie jak wpisał to wykonawca w

kwocie 4.711,06. Po zsumowaniu wartości nadzoru autorskiego kwota razem powinna być wskazana, jako 49.209,14 (o grosz niżej, niż podał to wykonawca, a co wynika z błędu przy zaokrągleniu wartości z poz. 6).

W ocenie Izby spójność mechanizmu wyliczenia składowych ceny za całość zamówienia pozwala stwierdzić, iż wykonawca od początku konsekwentnie przyjmował wskaźnik 0,5% dla wyliczenia wartości nadzoru autorskiego, co powoduje, iż koniecznym staje się rozważenie, jaki skutek dla losów tej oferty ma przyjęty sposób wyliczenia kwot podanych w formularzu cenowym. Niewątpliwie matematycznie działania zostały poprawnie przedstawione w formularzu (z wyjątkiem poz. 6 – o czym była wyżej mowa) co pokazuje, że wolą wykonawcy było zaoferowanie nadzoru autorskiego na poziomie 0,5% wartości robót budowlanych. W niniejszych okolicznościach ma to istotne znaczenie gdyż pozwala ustalić udział nadzoru autorskiego w całości zamówienia, tj. wskaźnik, jaki przyjmował do wyliczenia kwot podanych w kolumnie E – wiersze od 1 do 6. Niewątpliwie wykonawca popełnił błąd dokonując wyliczenia kwot za nadzory autorskie w zadaniach wychodząc od wartości z kolumny F – tj. za całość zamówienia (roboty budowlane i nadzór autorski). Zgodnie z siwz – rozdział 8 pkt 4 lit., kolejność pkt 1 do 3 wskazuje, iż wykonawca powinien najpierw podać kwoty netto i brutto za roboty budowlane w danym zadaniu, określić następnie udział procentowy nadzoru i podać jego wartość i dopiero obie kwoty zsumować jako cena za całość zamówienia (roboty budowlane i nadzór). Nie zostało to jednak szczegółowo opisane i wynika wyłącznie z zapisów następujących po sobie podpunktów. W postępowaniu sposób wyliczenia wartości nadzoru autorskiego mógł sprowokować wykonawcę do wyliczenia kwot od całości zamówienia, na którą finalnie składała się kwota brutto robót budowlanych i nadzoru autorskiego. Zamawiający wymagał wyłącznie podania wartości prac (kwoty ryczałtowe), bez ceny jednostkowej, czy też prezentacji w formie kosztorysu uproszczonego. Tym samym wykonawcy kierowali się kwotami globalnymi, jaką była również cena za wykonanie całości zadania.

Niezależnie od przyczyn błędu wykonawcy, istotne pozostawało to, że wykonawca podając kwoty w tabeli wyliczał wartość całego zadania i następnie określał udział w tej cenie nadzoru autorskiego. Wynikiem takiego działania było wskazanie wartości nadzoru w kwocie wyższej, niż gdyby wartość tą wyliczał od ceny samych robót budowlanych. W ocenie Izby, omyłka wykonawcy miała charakter rachunkowy, gdyż przyjął on złą wartość wyjściową, niż wskazana przez Zamawiającego – wartość robót. Ponieważ z oferty wynika zarówno wartość samych robót budowlanych (netto i brutto), jak i wskaźnik procentowy dla wyliczenia wysokości nadzoru autorskiego, możliwe jest poprawienie kwot nadzoru oraz stanowiące konsekwencję rachunkową tej korekty, poprawienie wartości zsumowanej w ramach poszczególnych pozycji, jak i za całość przedmiotu zamówienia (poz. 7). Bez zmiany

pozostają wartości robót budowlanych (netto i brutto) poszczególnych zadań, oraz zsumowane w poz. 7, jak również przyjęty przez wykonawcę wskaźnik 0,5% dla wyliczenia ceny za nadzór autorski. Poprawione kwoty nadzoru w pozycjach od 1 do 6, po zsumowaniu z wartością robót budowlanych spowodują konieczność korekty ceny za całość zadania brutto, odpowiednio na: 958.819,16 zł (zad. 1), 775.416,21 zł (zad. 2), 3.224.531,04 zł. (zad. 3), 2.363.355,04 zł. (zad. 4), 1.577.275,66 zł (zad. 5), 942.184,78 zł (zad. 6). Łączną wartość brutto przedmiotu zamówienia należy skorygować do kwoty 9.841.581,89 zł., co stanowi cenę oferty brutto. Po poprawieniu wskazanych wartości nadzoru autorskiego oraz wartości całości zadań od 1 do 6, zsumowana w poz. nr 7 wartość robót budowlanych powiększona o skorygowaną wartość nadzorów autorskich da cenę oferty 9.841.581,89 zł brutto. Skorygowanie kwot wyliczonych prawidłowo od wartości robót budowlanych pozwoli skorygować cenę oferty brutto o 246,06 zł brutto dla całego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby nie zachodziła niezgodność oferty z siwz, tj. wskazane przez Zamawiającego w podstawie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, mająca polegać na przyjęciu wyższej wartości nadzoru autorskiego, niż dopuszczalne 0,5%. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, co nie stanowi jeszcze naruszenia Ustawy, ale brak tego działania miał już taki skutek. Zamawiający powinien bowiem być ustalić, jaka była przyczyna stanu „niegodności” treści oferty i rozważyć, czy nie zachodzi podstawa do korekty treści oferty na podstawie art. 87 Ustawy. W ocenie składu orzekającego taka potrzeba zachodziła, gdyż wykonawca od początku przyjmował wskaźnik 0,5% wartości robót budowlanych do wyliczenia kwoty nadzoru autorskiego, błędnie natomiast wskaźnik ten zastosował przyjmując, jako podstawę obliczeń wartość z kolumny F.

W ocenie Izby stan ten kwalifikował również błąd wykonawcy, jako niezgodność z siwz, której poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Niezgodność ta nie dotyczyła jednak przyjętego wskaźnika procentowego, ale mechanizmu wyliczenia ceny za nadzór autorski. Wartości nadzoru w każdej pozycji nie zostały bowiem wyliczone w odniesieniu do wartości całości robót budowlanych, ale wartości całego przedmiotu danej części zamówienia (z włączeniem nadzoru autorskiego). Przyjmując jako wyjściową wartość robót budowlanych kwota nadzoru autorskiego uległaby zmniejszeniu – łącznie do 39.807,39 zł netto / 48.963,09 zł brutto, tj. o 246,06 zł brutto (200,05 zł netto), co dla wartości ceny ofertowej określonej na poziomie 9 mln. 840 tys zł, jest niezauważalne. Zamawiający mógł również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy skorygować oświadczenie wykonawcy, co jednak wymagało podjęcia starań celem ustalenia rzeczywistego błędu wykonawcy. Faktyczny wymiar pomyłki wykonawcy ma charakter rachunkowy, stąd Izba uznała, iż właściwym będzie skorygowanie rachunku matematycznego przy uwzględnieniu danych z oferty, które nie ulegają zmianie, tj. ceny netto i brutto robót budowlanych oraz wskaźnika

0,5% dla obliczenia wynagrodzenia za nadzór autorski. Dywagacje na temat możliwych innych progów procentowych w przedziale do 0,5 %, w ocenie Izby nie miały znaczenia, gdyż wyliczone w ofercie kwoty zostały obliczone wg wskaźnika 0,5%.

Tym samym Izba uwzględniła odwołanie, gdyż czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy została dokonana z naruszeniem przepisów nakładających na zamawiającego obowiązek skorygowania drobnych błędów, w tym błędów rachunkowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: