

WYROK
z dnia 6 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

**Członkowie: Anna Chudzik
Danuta Dziubińska**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę **Safege S.A.S. w Nanterre, Francja**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ayesa Polska Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej** oraz **Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. w Sewilli, Hiszpania**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz:**
 - a) **poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłki w ofercie odwołującego przez zastąpienie w formularzu cenowym odwołującego w dziale 4 w punkcie 4.4 „Środek transportu Zamawiającego” poz. 4.4.3 „Środek transportu Zamawiającego - Odcinek III” w kolumnie 5, ceny jednej jednostki czasu 1.500 zł ceną 1.000 zł, a w konsekwencji:**
 - b) **poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłki w formularzu cenowym odwołującego w dziale 4 w punkcie 4.4 „Środek transportu Zamawiającego” w poz. 4.4.3 „Środek transportu Zamawiającego - Odcinek III” w kolumnie 6, kwoty 22.500 zł kwotą 15.000 zł;**

- c) poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłki w formularzu cenowym odwołującego w poz. A „Cena netto łącznie” na 21.732.275,00 zł, w poz. B „Podatek VAT” na 4.998.423,25 zł, w poz. C „Cena oferty brutto” na 26.730.698,25 zł.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Safege S.A.S. w Nanterre, Francja** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Safege S.A.S. w Nanterre, Francja** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie;

.....

Uzasadnienie

Skarbu Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk – Czosnów”: Odcinek I, Odcinek II i Odcinek III”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2019 r. nr 2019/S 178-433991.

12 lutego 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Safege S.A.S. w Nanterre, Francja, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty złożonej przez niego.

Wobec czynności odrzucenia swej oferty odwołujący wniósł 24 lutego 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia występującej w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia występującej w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej;
- 3) ewentualnie art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści oferty;

a w konsekwencji:

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż jej treść odpowiada treści SIWZ;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty;
- 3) dokonanie poprawienia omyłki występującej w jego ofercie przez:

- a) zastąpienie w formularzu cenowym swej oferty w dziale 4 w punkcie 4.4 „Środki transportu Zamawiającego”, poz. 4.4.3 „Środki transportu Zamawiającego - Odcinek III” ceny jednej jednostki czasu 1.500 zł ceną 1.000 zł, a w konsekwencji:
- b) zastąpienie w formularzu cenowym swej oferty w dziale 4 w punkcie 4.4 „Środki transportu Zamawiającego” poz. 4.4.3 „Środki transportu Zamawiającego - Odcinek III” kolumna 6 kwoty 22.500 zł kwotą 15.000 zł;
- c) dokonanie zmiany w formularzu cenowym swej oferty w poz. A „Cena netto łącznie” na 21.732.275 zł, w poz. B „Podatek VAT” na 4.998.423,25 zł, w poz. C „Cena oferty brutto” na 26.730.698,25 zł.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w informacji o odrzuceniu jego oferty zamawiający wskazał, iż oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodna z treścią SIWZ. Podstawą podjęcia decyzji przez zamawiającego była okoliczność, iż cena jednej jednostki czasu zaoferowana przez odwołującego w poz. 4.4.3 formularza cenowego przekroczyła limit określony przez zamawiającego, tj. była wyższa niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4 formularza cenowego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 15.1 IDW *„Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ”*. Stosownie z pkt 15.4 IDW *„Dla działów 1,2 (pozycja 2.1), 3, 4 oraz 5 Formularza cenowego Zamawiający przewiduje limity określone w tych Formularzach. W przypadku gdy którykolwiek z limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę”*. W treści pkt 4.4 Formularza cenowego zamawiający wskazał, że *„cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4”*.

Odwołujący wskazał, że w pkt 1.4 formularza cenowego *„Środek transportu Zamawiającego”* dla poz. 1.4.3 *„Środek transportu Zamawiającego - Odcinek III”* zaoferował cenę jednostkową 2000 zł. W pozycji 4.4.3 formularza cenowego *„Środek transportu Zamawiającego - Odcinek III”*, w ramach której obowiązywał ww. limit odwołujący wywiódł, że omyłkowo wskazał cenę 1.500 zł, co wynikało z błędnego przepisania tej wartości z pozycji 4.4.1 oraz 4.4.2 - Środek transportu Zamawiającego Odcinek I i II.

Odwołujący argumentował, że twierdzenie zamawiającego, iż nie ma możliwości poprawienia omyłki w treści oferty, nie znajduje jednak potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z zasadą zdrowego rozsądku i racjonalnego działania, jego intencją nie mogła być chęć złożenia oferty niezgodnej z SIWZ. Zdaniem odwołującego zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty w wyniku omyłkowego wpisania przez odwołującego kwoty wyższej o 500 zł ponad określony limit, co w ujęciu dla 15 miesięcy dla przedmiotowej pozycji formularza cenowego daje łącznie 7500 zł netto, podczas, gdy cena oferty odwołującego wynosi ponad 21 mln zł netto.

Odwołujący odnosząc się do zarzutu niezgodności swej oferty z SIWZ podniósł, że podany przez zamawiającego, jako podstawa prawna odrzucenia, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. Fakt, iż w pkt 15.4 IDW zamawiający poinformował, iż przekroczenie limitu spowoduje odrzucenie oferty nie oznacza automatyzmu, a konieczność zbadania przesłanek odrzucenia określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp oraz weryfikację zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, który jest obligatoryjny dla zamawiającego. Odwołujący wywiódł, że postanowienia dokumentacji przetargowej nie mogą wyłączać stosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Argumentował, że niezamierzona omyłka w tym zakresie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazywał, że w wyniku zaniechania przez zamawiającego poprawienia omyłki, doszło do bezpodstawnego odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wywiódł, że aby poprawić ofertę w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy stwierdzić łącznie:

- 1) zaistnienie omyłki,
- 2) omyłki niebędącej oczywistą omyłką rachunkową ani pisarską,
- 3) polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- 4) brak konsekwencji dokonanej poprawy w postaci istotnej zmiany treści oferty oraz
- 5) co nie zostało wyrażone w przepisie, ale jest oczywiste i konieczne - omyłka taka w ogóle musi nadawać się do poprawienia przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że omyłka występująca w jego ofercie spełnia wszystkie ww. przesłanki do poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do przesłanek 1 i 2 odwołujący wskazał, że wpisanie przez niego do poz. 4.4.3 formularza cenowego kwoty 1500 zł dla ceny jednej jednostki czasu „Środka transportu Zamawiającego - Odcinek III zamiast kwoty 1000 zł wynika z niezamierzonej omyłki przy sporządzaniu oferty. Stosownie do pouczenia zawartego w opisie poz. 4.4 formularza cenowego, cena jednej jednostki czasu z pkt 4.4.3 nie powinna przekraczać 50% ceny jednostki czasu z pkt 1.4 formularza cenowego.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z pkt 1.4 jego formularza cenowego:

1.4	Środek transportu Zamawiającego				
1.4.1	Środek transportu Zamawiającego – odcinek I	miesiąc	54	3000,00	162.000,00
1.4.2	Środek transportu Zamawiającego – odcinek II	miesiąc	54	3000,00	162 000,00
1.4.3	Środek transportu Zamawiającego – odcinek III	miesiąc	42	2000,00	84 000,00

Wskazał, że stosownie do pkt 4.4. jego formularza cenowego:

4.4	Środek transportu Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)				
4.4.1	Środek transportu Zamawiającego – odcinek I	miesiąc	15	1500,00	22500,00
4.4.2	Środek transportu Zamawiającego – odcinek II	miesiąc	15	1500,00	22500,00
4.4.3	Środek transportu Zamawiającego – odcinek III	miesiąc	15	1500,00	22500,00

Odwołujący podniósł, że wartość bazową do obliczenia cen jednostek czasowych z pkt 4.4 formularza cenowego stanowią ceny jednostek określone w pkt 1.4 przedmiotowego dokumentu - innymi słowy, ceny z pkt 4.4 formularza cenowego (w tym cena z poz. 4.4.3) stanowią narzuconą w SIWZ proporcję obliczaną na podstawie odpowiednich pozycji z pkt. 1.4 formularza cenowego. Zdaniem odwołującego popełniona przez niego omyłka powoduje, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, przy czym nie jest to omyłka ani pisarska ani rachunkowa.

Co do przesłanki 3 odwołujący wskazał, że rozbieżność występująca pomiędzy treścią jego oferty, a treścią SIWZ polega na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - informacją podaną w poz. 4.4 formularza cenowego (limit).

Co do przesłanki 4 (brak konsekwencji dokonanej poprawy w postaci istotnej zmiany treści oferty) odwołujący podniósł, że poprawienie omyłki w sposób w jaki się domaga nie prowadzi do istotnych zmian w treści jego oświadczenia woli. Wywiódł, że poprawienie omyłki w pkt 4.4.3 formularza cenowego spowoduje zmianę ceny jednej jednostki czasu określonej w przedmiotowej pozycji o zaledwie 500 zł. Łączna wartość dokonanych zmian nie przekroczy nawet 1 promila ceny oferty. W wyniku poprawienia omyłki nie doszłoby również do zmiany oświadczenia woli wykonawcy, co do zaoferowanego sposobu spełnienia świadczenia. Przedmiot świadczenia, który otrzyma zamawiający jest wciąż ten sam, zmianie ulegnie nieznacznie cena poprzez dostosowanie jej do limitu określonego przez zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że limit narzucony przez zamawiającego jest jedynie ograniczeniem formalnym, a nie merytorycznym i nie ma związku z realnymi kosztami związanymi z realizacją przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Odwołujący podniósł także, że dodany nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016r. art. 144 ust. 1e ustawy Pzp zawiera katalog zmian umowy, które należy uznać za istotne. Przepis ten można traktować jako wskazówkę interpretacyjną również przy dokonywaniu oceny istotności omyłki znajdującej się w ofercie. W świetle wymienionych w tym przepisie przypadków, omyłkę w treści jego oferty należy uznać za nieistotną.

Co do przesłanki 5 (omyłka musi nadawać się do poprawienia przez zamawiającego) odwołujący wywiódł, że omyłka występująca w jego ofercie nadaje się do poprawienia przez zamawiającego, gdyż już na podstawie samej treści oferty mógł on dokonać jej poprawienia.

Zdaniem odwołującego skoro zamawiający w pkt 4.4 formularza cenowego sam narzucił limit, jaki obowiązuje przy wycenie tej grupy pozycji tabeli i odniósł podstawę obliczenia cen do kwot zaoferowanych w pkt 1.4 formularza cenowego, to nie ulega wątpliwości, iż sposób poprawy omyłki jest dość jednoznaczny. W przypadku bowiem, gdy odwołujący zaoferował w pkt 1.4.3 formularza cenowego cenę jednostkową 2000 zł to wartość ta jest podstawą do wyliczenia ceny jednej jednostki czasu z poz. 4.4.3 formularza cenowego i prawidłowa wartość w tym zakresie powinna wynosić 1000 zł (50% ceny jednostki czasu dla pozycji 1.4.3) - analogicznie jak zostało to wskazane przez odwołującego przy pozycjach 4.4.1 - 4.4.2 formularza cenowego. Według odwołującego poprawienie przedmiotowej omyłki nie spowoduje znaczącej zmiany treści oferty, a sam sposób jej poprawienia również jest oczywisty. Z uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wynika natomiast, że zamawiający bez szczegółowego zbadania zasadności podstaw odrzucenia dokonał niejako z automatu odrzucenia oferty odwołującego. Podkreślał, że czynność odrzucenia jest ostatecznością i w sytuacji, gdy występują przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłki.

Odwołujący wskazał także, że podstawą odrzucenia jego oferty nie może być również art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż jego oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. W niniejszym stanie faktycznym, okoliczność popełnienia przez niego omyłki przy obliczaniu ceny za poz. 4.4.3 formularza cenowego nie powoduje, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego omyłka zaistniała w jego ofercie kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który jest przepisem obowiązkowym do zastosowania przez zamawiającego. Skoro omyłka może być poprawiona jako inna omyłka powodująca niezgodność oferty z treścią SIWZ i niestanowiąca istotnej zmiany treści tej oferty, to brak jest podstaw do stosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do sposobu poprawienia omyłki w treści jego oferty, powinien był skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać go do udzielenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

Zdaniem odwołującego w konsekwencji zasadne i konieczne jest dokonanie poprawienia w jego ofercie oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Poprawienie omyłki poprzez wpisanie do poz. 4.4.3 formularza cenowego kwoty 1000 zł spowoduje konieczność poprawienia w formularzu cenowym oferty w dziale 4 w punkcie 4.4 „Środki transportu Zamawiającego” poz. 4.4.3 „Środki transportu Zamawiającego - Odcinek III” kolumna 6 kwoty 22.500 zł na kwotę 15000 zł (1000 zł x wskazane przez zamawiającego 15 miesięcy). W efekcie, zdaniem odwołującego, zasadne będzie poprawienie w formularzu cenowym, w poz. A „Cena netto łącznie”, na 21.732.275 zł, w poz. B „Podatek VAT” na

4.998.423,25 zł oraz w poz. C „Cena oferty brutto” na 26.730.698,25 zł. Zdaniem odwołującego powyższe zmiany spełniają przesłanki określone w art. 87 ust pkt 2 ustawy Pzp. Argumentował, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spowoduje, iż niezbędne będzie zweryfikowanie na podstawie działań arytmetycznych kwot wskazanych w jego formularzu cenowym. Nie ulega wątpliwości fakt, że przeprowadzenie działań matematycznych po dokonaniu poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp będzie konieczne i zasadne w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ayesa Polska Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej oraz Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. w Sewilli, Hiszpania, zwani dalej „przystępującym”. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 12 lutego 2020 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ayesa Polska Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej oraz Ayesa Ingeniería y Arquitectura S.A. w Sewilli, Hiszpania uznając, że zostały spełnione przesłanki formalne wynikające z art. 185 ustawy Pzp i wykonawcy wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś może być wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkować będzie koniecznością nakazania unieważnienia tej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Płońsk – Czosnów”: Odcinek I, Odcinek II i Odcinek III

Ustalono także, że zgodnie z pkt 15.1 IDW (tom I SIWZ) zamawiający zastrzegł, że *„Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ”*. Stosownie do pkt 15.4 IDW, w brzmieniu ustalonym po modyfikacji nr 4 z dnia 17 stycznia 2020 r., *„Dla działów 1, 2 (pozycja 2.1), 3, 4, 5 oraz 6 Formularza cenowego Zamawiający przewiduje limity określone w tych Formularzach. W przypadku gdy którykolwiek z limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę”*.

Ustalono ponadto, że w treści pkt 4.4 wzoru formularza cenowego zamawiający wskazał: *„cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4”*.

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- a) odwołującego z ceną brutto 26.739.923,25 zł,
- b) przystępującego z ceną brutto 35.558.045,40 zł,
- c) wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o. z ceną brutto 35.522.400,00 zł,
- d) wykonawcy ECM Group polska S.A. z ceną brutto 38.326.677,00 zł,
- e) wykonawcy TPF sp. z o.o. z ceną brutto 49.184.666,36 zł,
- f) konsorcjum ZBM Inwestor Zastępczy S.A. z ceną brutto 45.804.203,70 zł,
- g) Egis Poland sp. z o.o. z ceną brutto 56.064.999,00 zł,
- h) Wykonawcy MGGP S.A. z ceną brutto 40.669.827,00 zł,
- i) Konsorcjum CertusVia sp. z o.o. z ceną brutto 49.144.588,50 zł,
- j) Konsorcjum Drogowa Trasa Średnicowa S.A. z ceną brutto 35.986.862,76 zł.

Ustalono także, że w pkt 1.4 formularza cenowego *„Środek transportu Zamawiającego”* dla poz. 1.4.3 *„Środek transportu Zamawiającego - Odcinek III”* odwołujący zaoferował cenę

jednostkową 2000 zł. W pkt 1.4 jego formularza cenowego ceny kształtowały się następująco:

1.4	Środek transportu Zamawiającego				
1.4.1	Środek transportu Zamawiającego – odcinek I	miesiąc	54	3000,00	162.000,00
1.4.2	Środek transportu Zamawiającego – odcinek II	miesiąc	54	3000,00	162 000,00
1.4.3	Środek transportu Zamawiającego – odcinek III	miesiąc	42	2000,00	84 000,00

W pozycji 4.4.3 formularza cenowego „Środek transportu Zamawiającego - Odcinek III”, odwołujący zaoferował cenę 1.500 zł. W pkt 4.4 jego formularza cenowego ceny kształtowały się następująco:

4.4	Środek transportu Zamawiającego (cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4)				
4.4.1	Środek transportu Zamawiającego – odcinek I	miesiąc	15	1500,00	22500,00
4.4.2	Środek transportu Zamawiającego – odcinek II	miesiąc	15	1500,00	22500,00
4.4.3	Środek transportu Zamawiającego – odcinek III	miesiąc	15	1500,00	22500,00

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 12 lutego 2020 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, co następuje:

W Specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 15 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) Zamawiający określił sposób obliczenia ceny oferty. W szczególności pkt 15.4 IDW stanowi, że dla działów 1,2 (pozycja 2.1) 3, 4, 5 oraz 6 Formularza Cenowego Zamawiający przewiduje limity określone w tych Formularzach. W przypadku gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę.

Zamawiający w Formularzu cenowym w dziale 4 w punkcie 4.4 Środki transportu Zamawiającego przewidział limit - cena jednej jednostki czasu nie więcej niż 50 % ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4.

Wykonawca SAFEGE S.A.S. w dziale 4 w punkcie 4.4 Środek transportu Zamawiającego w pozycji 4.4.3 Środki transportu Zamawiającego — Odcinek III zaoferował cenę jednej jednostki czasu 1 500,00 zł. co stanowi 75 % ceny jednej jednostki czasu pozycji 1.4.3., dla której Wykonawca zaoferował cenę jednostkową w wysokości 2000,00 zł.

W związku z powyższym w Ofercie Wykonawcy został przekroczony limit dopuszczony przez Zamawiającego w SIWZ tym samym oferta zawiera błąd w obliczeniu

ceny oraz jej treść nie odpowiada treści SIWZ a niezgodności tej nie da się usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 87 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,*
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,*
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W myśl art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*

Zasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 2, i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający w pkt 15.4. SIWZ narzucił wykonawcom zastosowanie określonego limitu w pozycji 4.4. formularza cenowego. Zgodnie z omawianym limitem cena pozycji 4.4. formularza nie mogła być wyższa niż 50% ceny z pozycji 1.4. formularza. Zamawiający w omawianym postanowieniu SIWZ określił również, że konsekwencją niezastosowania się wykonawców do ww. limitu będzie odrzucenie oferty. Przewidziana przez zamawiającego sankcja ewidentnie nawiązywała do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który reguluje obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Podkreślenia wymaga jednak, iż omawiany przepis zawiera zastrzeżenie, zgodnie z którym sankcja odrzucenia oferty nie znajduje zastosowania, jeśli istnieją

przesłanki do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W każdym zatem przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zamawiający przed odrzuceniem oferty ma obowiązek przeanalizowania możliwości poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Kierując się powyższymi rozważaniami należało dojść do wniosku, że postanowienie pkt 15.4. SIWZ nie wyłączało stosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na hipotetyczną możliwość zastosowania tego przepisu zwrócił uwagę sam zamawiający, gdyż w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego oświadczył, że dostrzeżonej przez siebie niezgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ „nie da się usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego jest nazbyt lakoniczne. Zamawiający wprawdzie wskazał w sposób dostateczny na czym polega niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W uzasadnieniu zabrakło jednak wyводу, dlaczego omyłka nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Argumentację w tym zakresie zamawiający ograniczył jedynie do oświadczenia, że „niezgodności nie da się usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”. Zamawiający nie wyjaśnił jednak nawet jednym zdaniem, dlaczego tak uważa.

Izba stwierdziła także, że - w okolicznościach danej sprawy - poprawienie omyłki nie będzie oznaczało konieczności prowadzenia niedozwolonych negocjacji z zamawiającym, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji nie zostanie naruszona zasada równego traktowania wykonawców wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w stanie faktycznym niniejszej sprawy zamawiający miał możliwość samodzielnego poprawienia omyłki w sposób wskazany w odwołaniu a działania te nie musiały być poprzedzone jakimikolwiek wyjaśnieniami ze strony odwołującego. Nie ulegało wątpliwości Izby, że doprowadzenie oferty odwołującego do wymagań SIWZ wymagało aby w pozycji 4.4.3 formularza cenowego został uwzględniony limit narzucony we wzorze formularza cenowego. W pkt 4.4. wzoru formularza cenowego zastrzeżono, że cena jednej jednostki czasu ma stanowić nie więcej niż 50% ceny jednej jednostki czasu dla pozycji 1.4. formularza. Wymóg ten nie został spełniony dla pozycji 4.4.3 formularza cenowego odwołującego, gdyż wykonawca pozycję tę wycenił na 1.500 zł, stanowiące 75% ceny z pozycji 1.4.3 formularza (2.000 zł).

W okolicznościach analizowanej sprawy nie ulegało wątpliwości Izby, że aby dostosować ofertę odwołującego do zgodności z SIWZ należało zastosować limit w maksymalnej wysokości dopuszczanej w SIWZ, to jest 50%.

Po pierwsze należało mieć na uwadze, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest niezmiennalność oferty po upływie terminu składania ofert (art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Wyjątków od tej zasady nie można interpretować

rozszerzająco. Idąc tym tokiem rozumowania, poprawienie omyłki powinno nastąpić w taki sposób, aby doprowadzić do jej zgodności z SIWZ przy jak najmniejszej ingerencji w treść oferty. W analizowanej sprawie musiało to oznaczać zmniejszenie ceny z poz. 4.4.3 formularza cenowego odwołującego z 1500 zł do 1000 zł, co stanowiłoby 50% wartości pozycji 1.4.3 (2.000 zł).

Po drugie, o chęci zastosowania limitu w wysokości 50% świadczyła analiza pozostałej treści oferty odwołującego. Odwołujący słusznie zwrócił uwagę na proporcje wartości pozycji 4.4.2 i 4.4.1 formularza cenowego do wartości pozycji 1.4.1 i 1.4.2. Podkreślenia wymagało, że wykonawca w pozycjach 4.4.1 i 4.4.2 zastosował stawki 1500 zł zaś w pozycjach 1.4.1 i 1.4.2 - stawki 3000 zł. Porównanie tych wartości prowadziło do jednoznacznego wniosku, że intencją wykonawcy było zastosowanie limitu na poziomie dokładnie 50%. Wbrew stanowisku strony przeciwnej analogię tę należało uwzględnić przy ocenie pozycji 4.4.3. Dostrzeżenia wymagało, że pozycje z pkt 4.4.1, 4.4.2 dotyczyły zbliżonych elementów, a mianowicie środka transportu zamawiającego dla odcinka I i II, podczas gdy stawka z pozycji 4.4.3 formularza - środka transportu zamawiającego dla odcinka III.

Po trzecie Izba stwierdziła, że przy poprawie omyłki należało uwzględnić kolejność działań matematycznych, jakie należało wykonać zgodnie z logiką wzoru formularza cenowego. Nie ulegało wątpliwości Izby, że wykonawcy w pierwszej kolejności powinni obliczyć wysokość stawek z pozycji 1.4. formularza. W dalszej kolejności należało ustalić wartość kosztów dla prac z pozycji 4.4. formularza. Następnie zaś do tak ustalonych kosztów wykonawcy powinni zastosować limit narzucony w SIWZ. Bezzasadne okazało się zatem twierdzenie zamawiającego, jakoby istniała inna możliwość poprawienia omyłki, a mianowicie polegająca na ingerencji w wartość pozycji 1.4.3 formularza cenowego odwołującego, zamiast w stawkę w pozycji 4.4.3. Odwracałoby to bowiem kolejność działań matematycznych zgodnie z logiką wzoru formularza cenowego.

W tym zakresie zamawiający dodatkowo powołał się na postanowienie pkt 2.4. OPZ. Zgodnie z powołanym postanowieniem, *„Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 4 000 kilometrów na miesiąc/pojazd (średnio 3 000 kilometrów na miesiąc/pojazd w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej.”*. Zdaniem Izby przywołane postanowienie OPZ nie nakładało na wykonawców obowiązku zastosowania takiej samej stawki we wszystkich pozycjach z działu 1.4. wzoru formularza. Z postanowienia wynikało wprowadzić,

że wykonawcy mają obowiązek uwzględnić w wycenie tych pozycji niektóre elementy jednak oferentom pozostawiono swobodę w wycenie tych pozycji.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że dokonanie poprawy omyłki w ofercie odwołującego w sposób wskazany w sentencji wyroku nie doprowadzi do zmiany oświadczenia woli odwołującego w sposób istotny. Dostosowanie oferty odwołującego do zgodności z SIWZ wymagać będzie jedynie zmiany ceny jednostkowej w pozycji 4.4.3 formularza z 1500 zł na 1000 zł, stanowiącej 50% wartości pozycji 1.4.3. W konsekwencji dojdzie także do zmiany wartości tej pozycji z 22.500 zł na 15.000 zł netto, a więc o kwotę rzędu 7500 zł netto. Nie powinno budzić wątpliwości, że jest to wartość znikoma biorąc pod uwagę cenę brutto całej oferty odwołującego na poziomie 26.739.923,25 zł.

Przy wyrokowaniu wzięto także pod uwagę fakt, że dokonana poprawa omyłki nie wpłynie w żaden sposób na ranking ofert. Oferta odwołującego zarówno przed poprawą jak i po dokonaniu tej czynności pozostawać będzie tańsza od kolejnej oferty o prawie 10 mln złotych.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że znalazły potwierdzenie zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji dokonanej poprawy ceny jednostkowej w pozycji 4.4.3 formularza zamawiający powinien uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawy w sposób wskazany w pkt 1b i 1c sentencji.

Wobec ustalenia, że oferta odwołującego podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należało dojść także do wniosku, iż odwołujący nie dopuścił się błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wskutek poprawienia omyłki cena oferty wykonawcy stanie się bowiem zgodna z postanowieniami SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę odwołującego, która może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz poprawienie omyłki w treści oferty odwołującego w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający. Zatem to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w maksymalnie dopuszczonej wysokości tj. 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b, § 5 ust. 4 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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie;

.....