

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 26 marca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego

Polskie Koleje Państwowe S.A., Al. Jerozolimskie 142, 02-305 Warszawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKZPWKZ5/420(6)/19/KO dotyczącej kontroli znak KU/8/19/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

przebudowa dworca kolejowego Siemiatycze

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Polskich Kolei Państwowych Spółki Akcyjnej do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie w zakresie zarzuconego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych

UZASADNIENIE

do uchwały z dnia 26 marca 2019 r. sygn. akt KIO/KU 18/19

Zamawiający – Polskie Koleje Państwowe S.A. Al. Jerozolimskie 142, 02-305 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące zadania pn.: *przebudowa dworca kolejowego Siemiatycze*

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania (znak KU/8/19/DKZP), stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20.02.2019 r., iż Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez poprawę w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego w taki sposób, iż z wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych zostały przeniesione środki do wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, tak aby wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosiło 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego przez zamawiającego w siwz oraz zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., która zawierała błąd w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu ww. Informacji zostało wskazane, że zgodnie z ustalonym w toku kontroli doraźnej stanem faktycznym i jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, zgodnie z treścią rozdziału XVII siwz pn.: „Opis sposobu obliczenia ceny”, zamawiający w pkt 1 wskazał, iż „Wykonawca określa cenę oferty poprzez wskazanie w formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do siwz, należnego mu całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego, które obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy (.. J”, natomiast w pkt 1 1 zamawiający określił, iż: „Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do siwz”. Zgodnie z postanowieniami S 2 ust. 2 pkt 3) Załącznika nr 9 do siwz (wzór umowy): „Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 2, 5% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1, natomiast wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1”.

Następnie Prezes UZP wskazał, że Zamawiający, pismem z dnia 21.11.2018 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poinformował wykonawcę konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. o poprawieniu Innych omyłek polegających na niezgodności

oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Ww. wykonawca za wykonanie całości przedmiotu zamówienia przewidział całkowite wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 8.988.722,62zł, w tym kwota netto 7.307.904,57 zł i podatek VAT 1.680.818,05 zł.

W wyniku dokonanych poprawek zmianie uległy kwoty wskazane w pkt 2 formularza oferty, tj. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych 8.720.858,69 zł brutto, w tym kwota netto 7.090.129,02 zł i podatek VAT 1.630.729,67 zł oraz wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego 44.044,74 zł brutto, w tym kwota netto 35.808,73 zł i podatek VAT 8.236,01 zł, zmieniono na wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych 8.719.959,82 zł, w tym kwota netto 7.089.398,23 zł i podatek VAT 1.630.561 zł, a także wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego 44.943,61 zł, w tym kwota netto 36.539,52 zł i podatek VAT 8.404,09 zł. W odpowiedzi na powyższe wykonawca wyraził zgodę na poprawienie omyłek.

Pismem z dnia 06.02.2019 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie, tj. na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż okoliczność wyceny przez wykonawcę konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz kwoty wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego w wysokości 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym zamawiający miał możliwość dokonania poprawy oferty w powyższy, sposób. Ponadto, poproszono o udzielenie wyjaśnień w zakresie powodów braku odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z powodu błędu w obliczeniu ceny.

W piśmie z dnia 07.02.2019 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień, tj. „Zamawiający przy dokonaniu poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dalej „SIWZ”, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, kierował się dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa Pzp”, w którym ustawodawca wskazał iż:

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (...)

2. 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.

Jak wynika z poglądu przedstawionego w doktrynie, dopuszczalne jest dokonywanie poprawy wówczas, gdy wprowadzana zmiana nie powoduje istotnej zmiany wartości oferty, zwłaszcza gdy wprowadzone poprawki nie powodują zmiany rankingu ofert, ustalonego w wyniku oceny dokonanej przez komisję. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwala na pewną dozę elastyczności, dzięki czemu może być odniesiony do indywidualnego przypadku, Zamawiający ma prawo, poprawić w ofercie omyłki, o ile tylko z ich charakteru jasno wynika, że faktyczna intencja wykonawcy była inna, a ich poprawienie nie stanowi ingerencji w ofertę będącą oświadczeniem woli wykonawcy. Potwierdzeniem tezy o dopuszczalności poprawy pozycji w kosztorysie, gdy nie ma to wpływu na ostateczną wartość oferty, jest rozstrzygnięcie Izby z dnia 5 listopada 2012 r. (KIO 2293/12).

Sytuacja niezastosowania się do treści SIWZ w zakresie sprecyzowania treści oferty stwarza dużo większe zagrożenie naruszenia zasad z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia zakazu z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niż stany faktyczne dotyczące wystąpienia niezgodności pomiędzy sprecyzowanym już przedmiotem oferty a parametrami opisu przedmiotu zamówienia, gdyż takie niezgodności podlegają ocenie w płaszczyźnie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ilekroć wykonawcy zaniedbali konkretyzacji oferowanego przedmiotu oferty w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a nie jest ona możliwa do otworzenia na podstawie innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, taką ofertę należy uznać za niezgodną z SIWZ w sposób definitywny. I tak w doktrynie prezentowane jest stanowisko, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009). Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania, co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanym/skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami SIWZ.

Jednakże nawet wystąpienie tak skonkretyzowanego stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta,

której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierwszej kolejności obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru” - wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r. KIO 194/15.

Zamawiający zwraca uwagę, iż zgodnie z postanowieniami zgodnie z 2 ust. 2 pkt 3) Załącznika nr 9 do SIWZ (wzór Umowy) - Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 2,5% całkowitego wynagrodzenia brutto, natomiast wynagrodzenie za wykonywanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto.

Natomiast w treści wzoru Załącznika nr 1 do SIWZ (Formularz ofertowy) pkt. 2 ppkt 2 Zamawiający wskazał, iż:

2. Oferuję wykonanie całości przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie całkowite ryczałtowe w wysokości netto..... (słownie zł) i należny podatek VAT zł, wartość brutto (słownie zł), w tym:

1) wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych, określonych w 1 ust. 1 pkt I wzoru Umowy, w kwocie brutto: zł (słownie:00/100), w tym: kwota netto:zł (słownie: /100) i należny podatek VAT zł (słownie:

2) wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowej, określonej w SI ust. 1 pkt II wzoru Umowy, w kwocie brutto: zł (słownie: .00/100), w tym: kwota netto: ..zł (słownie: /100) i należny podatek VAT zł (słownie:),

3) wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego, określonego w SI ust. 1 pkt III wzoru Umowy, w kwocie brutto: zł (słownie: 00/100), w tym: kwota netto:zł (słownie: /100) i należny podatek VAT zł (słownie:

UWAGA:

Zgodnie z 2 ust. 2 pkt 3) Załącznika nr 9 do SIWZ (wzór Umowy) - Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 2, 5% całkowitego wynagrodzenia brutto, natomiast wynagrodzenie za wykonywanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego nagrodzenia brutto. Mając na uwadze powyższe rozważania oraz treść SIWZ, w ocenie Zamawiającego, dokonanie zmian w wartościach procentowych poszczególnych składników zamówienia, z zachowaniem ceny całkowitej oferty na poziomie wskazanym przez Wykonawcę, jest dozwolone na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Powyższe stanowisko jest uzasadnione tym, iż w ocenie Zamawiającego, „poprawki” jakie zostały dokonane w treści formularza ofertowego, nie są zmianami istotnymi w treści oferty”. Ponadto, uwzględniając powyższe, w ocenie zamawiającego nie zaistniała przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Powyższy przepis służy do usuwania niezgodności treści oferty z treścią siwz, w związku z czym zmiana oferty dokonywana na jego podstawie powinna po pierwsze, polegać na skonfrontowaniu treści oferty z odpowiednim postanowieniem siwz i ustaleniu jej sprzeczności z tym postanowieniem, a następnie poprawieniu treści oferty w sposób odpowiadający temu postanowieniu siwz, z jednoczesnym uwzględnieniem, iż dokonana poprawa nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Prezes UZP ponadto podniósł, iż zmiana kwot wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego poprzez przeniesienie przez zamawiającego brakującej kwoty z wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych do wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, tak aby odpowiadała wymaganiu zawartemu w siwz, tj. „... *wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1*” nie stanowi, zdaniem Prezesa UZP, omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, iż nie można poprawić ww. zapisów w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie miał możliwości jednoznacznego poprawienia omyłki na podstawie złożonych dokumentów wraz z formularzem oferty. Zamawiający nie znał sposobu kalkulacji ceny wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego zastosowanego przez wykonawcę, ponieważ są to pozycje ryczałtowe. Dodatkowo podnieść należy, iż zamawiający arbitralnie uznał, iż zwiększenia wynagrodzenia w pozycji 2.3) oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. do wymaganego przez siwz poziomu 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto, należy dokonać poprzez zmniejszenie wynagrodzenia w pozycji 2.1) oferty tego wykonawcy tj. z części wynagrodzenia określonej za wynagrodzenie robót budowlanych. W związku z powyższym, podkreślić należy, iż zamawiający nie miał możliwości poprawienia omyłki bez udziału wykonawcy.

Opisana powyżej wycena przez wykonawcę konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za wykonanie nadzoru autorskiego w zakresie 0,48% całkowitego wynagrodzenia brutto nie może zostać zakwalifikowana jako niezgodność treści oferty ww. wykonawcy z treścią siwz. Wobec powyższego nie można uznać, że wykonawca popełnił omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz, która podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia Informacji o wyniki kontroli uprzedniej, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z powyższym zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy

konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., ponieważ cena oferty nie została skalkulowana zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie posiada wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny za wykonanie robót budowlanych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego, co niewątpliwie kwalifikowało zachowanie zamawiającego jako prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą w zakresie złożonej oferty. i wiązałoby się ze złamaniem zasady wyrażonej w art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, że zamawiający już w treści siwz jednoznacznie wskazywał, że „Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 2,5% całkowitego wynagrodzenia brutto, natomiast wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto”.

Zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A.. która zawierała błąd w obliczeniu ceny stanowi, zdaniem Prezesa UZP, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Poprawa w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. wskazanej powyżej kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego w taki sposób, iż z wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych zostały przeniesione środki do wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, tak aby wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosiło 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego przez zamawiającego w siwz, dodatkowo, w ocenie Prezesa UZP, stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zalecenie usunięcia naruszenia:

Mając na uwadze fakt, że oferta wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., która została wybrana jako najkorzystniejsza, zawierała błędy w obliczeniu ceny, Prezes Urzędu zalecił Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a następnie dokonanie oceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie uprzejmie proszę o poinformowanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wykonaniu ww. zaleceń.

W Informacji o wyniku kontroli została zawarta informacja, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

Zastrzeżenia zamawiającego

Zamawiający pismem z dnia 27.02.2019 r. (wpływ w dniu 27.02.2019 r.), a więc w przewidzianym ustawą terminie, wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli. Zamawiający podniósł, co następuje.

Odnosząc się do zaleceń oraz zastrzeżeń Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) w zakresie przekazanym Zamawiającemu, wskazuję, iż nie sposób zgodzić się z przedstawionymi uchybieniami lub nieprawidłowościami przedmiotowego postępowania przetargowego.

Zamawiający kwestionuje ustalenia Kontrolującego, które w jego ocenie, skutkowały naruszeniem przepisów:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co spowodowało, iż oferta Konsorcjum Wykonawców: SKB Budownictwo sp. z o.o. oraz SKB S.A. (dalej : Wykonawca), która została wybrana jako najkorzystniejsza zawiera błędy w obliczeniu ceny i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co w ocenie Prezesa UZP oznacza, iż Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru wybranej oferty, dokonać oceny pozostałych ofert założonych w postępowaniu oraz dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do kwestii związanej z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z argumentacją przedstawioną przez Kontrolującego w zakresie ww. naruszeń.

W ocenie Zamawiającego wbrew twierdzeniom Kontrolującego, w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w szczególności Zamawiający wskazuje, iż posiadał nie tylko prawo, a wręcz obowiązek, wynikający wprost z ustawy Pzp, poprawienia innej omyłki, która wystąpiła w okolicznościach niniejszej sprawy i która została zakwalifikowana przez Zamawiającego jako omyłka określona w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał poprawienia w ofercie Wykonawcy — SKB Budownictwo sp. z o.o. oraz SKB S.A., innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Wykonawcy ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dalej „SIWZ”, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Przedmiotowe poprawienie omyłki zostało dokonane przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, na podstawie którego:

„Zamawiający poprawia w ofercie:

- inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W świetle powyższego przepisu, mając na uwadze fakt, iż Wykonawca w formularzu ofertowym w pkt 2 wskazał kwoty wynagrodzenia:

a) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie całkowite ryczałtowe w wysokości brutto 8 988 722,62 zł,

b) za wykonanie robót budowlanych określonych w § 1 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy, w kwocie brutto: 8 720 858 69 zł (wskazanej jako kwocie mieszczącej się w ramach wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia),

c) za opracowanie dokumentacji projektowej, określonej w § 1 ust. 1 pkt II wzoru Umowy, w kwocie brutto: 223 819 19 zł (wskazanej jako kwocie mieszczącej się w ramach wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia),

d) za pełnienie nadzoru autorskiego, określonego w § 1 ust. 1 pkt III wzoru Umowy, w kwocie brutto: 44 044 74 zł (wskazanej jako kwocie mieszczącej się w ramach wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia),

omyłkowo niedopełniając obowiązku w zakresie „rozbicia” kwot wynagrodzenia za opracowanie dokumentacji projektowej oraz za pełnienie nadzoru autorskiego zgodnie ze wskazanym w formularzu i wzorze umowy podziałem procentowym, Zamawiający dokonał poprawienia przedmiotowych omyłek, nie ingerując w żaden sposób w określone przez Wykonawcę wynagrodzenie całkowite, które przez cały czas pozostawało i nadal pozostaje na tym samym — określonym przez Wykonawcę poziomie.

W wyniku dokonanego przez Zamawiającego poprawienia omyłki, wynagrodzenie Wykonawcy zostało zmienione tylko w zakresie proporcjonalnego określenia jego składników i jest wskazane w następujący sposób:

e) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie całkowite ryczałtowe w wysokości brutto 8 988 722,62 zł,

f) za wykonanie robót budowlanych, określonych w § 1 ust. 1 pkt I wzoru Umowy, w kwocie brutto: 8 719 959 82 zł (wskazanej jako kwota mieszcząca się w ramach wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia),

g) za opracowanie dokumentacji projektowej, określonej w § 1 ust. I pkt II wzoru Umowy, w kwocie brutto: 223 819 19 zł (wskazanej jako kwota mieszcząca się w ramach wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia),

h) za pełnienie nadzoru autorskiego, określonego w § 1 ust. I pkt III wzoru Umowy, w kwocie brutto: 44 943 61 zł (wskazanej jako kwota mieszcząca się w ramach wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia).

Dokonując przedmiotowych poprawek, Zamawiający wskazał, iż zgodnie z postanowieniami 2 ust. 2 pkt. 3) Załącznika nr 9 do SIWZ (wzór Umowy) - Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 2,5% całkowitego wynagrodzenia brutto, natomiast wynagrodzenie za wykonywanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto.

Wobec powyższego Zamawiający dokonał poprawy w powyższym zakresie oraz wezwał Wykonawcę do udzielenia odpowiedzi w zakresie wyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Wykonawca na przedmiotową zmianę dokonaną przez Zamawiającego wyraził zgodę.

Zamawiający uznał, iż przedmiotowe poprawki omyłek w ofercie Wykonawcy to zmiany niepowodujące zmian w treści oferty Wykonawcy, jak też zmiany nieistotne, stanowiące wartości.

Należy zatem zaznaczyć, iż dokonane przez Zamawiającego zmiany w treści oferty:

a) zostały dokonane w granicach kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto zaoferowanego przez Wykonawcę, co oznacza, iż wartość wynagrodzenia całkowitego Wykonawcy nie uległa jakiegokolwiek zmianie — wynagrodzenie zaoferowane przez Wykonawcę pozostało na tym samym poziomie;

Powyższe w konsekwencji nie spowodowało ani nie mogło spowodować naruszenia zasad konkurencji — nie doprowadziło do zmiany rankingu ofert ani nawet do jakiegokolwiek zmiany w zakresie zaoferowanego przez Wykonawcę wynagrodzenia całkowitego — określonego jako wynagrodzenie ryczałtowe, co ewidentnie świadczy o tym, iż dokonane zmiany to zmiany, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty;

b) została dokonana tylko w odniesieniu do niektórych składników wynagrodzenia Wykonawcy — tj. :

i. wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego - stanowiącego niewielki tylko i nieistotny procent zakresu prac do wykonania w ramach robót budowlanych oraz dokumentacji projektowej – jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia oraz rodzaju zamówienia (określonego nawet w „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” – str. 1) – przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane.

Dokonane przez Zamawiającego zmiany dotyczyły zmian kwot wskazanych przez Wykonawcę w zakresie składników wynagrodzenia. Zamawiający dokonując poprawy omyłek w ofercie Wykonawcy wskazał, iż:

- kwota wskazana przez Wykonawcę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia tj. wynagrodzenie całkowite ryczałtowe w wysokości brutto pozostało na tym samym poziomie, na którym określił je Wykonawca — tj. 8 988 722,62 zł,
- zmianie podlegały tylko poszczególne składniki całości wynagrodzenia, tj.:

- za pełnienie nadzoru autorskiego, określonego w § 1 ust. 1 pkt III wzoru Umowy, w kwocie brutto: 44 044,74 zł na wynagrodzenie w kwocie brutto: 44 943 61 zł, i w konsekwencji powyższego,

- za wykonanie robót budowlanych, określonych w § 1 ust. 1 pkt I wzoru Umowy, w kwocie brutto: 8 720 858,69 zł na wynagrodzenie w kwocie brutto: 8 719 959 82 zł.

Powyższa zmiana wynikała z faktu, iż zgodnie z postanowieniami 2 ust. 2 pkt 3 Załącznika nr 9 do SIWZ (Wzór Umowy) — „Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 25% całkowitego wynagrodzenia brutto, natomiast wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego będzie wynosić 0,5 % całkowitego wynagrodzenia brutto”. Powyższe postanowienie zostało wskazane przez Zamawiającego z uwagi na fakt, iż w okolicznościach niniejszej sprawy zarówno dokumentacja projektowa jak i nadzór autorski pełniony w zakresie dokumentacji projektowej dotyczą znikomego zakresu prac, stanowiąc niejako dodatkowy element zamówienia (robót budowlanych), które to de facto są przedmiotem umowy (zamówienie jest także określone jako roboty budowlane pod względem jego rodzaju).

Powyższe, w ocenie Zamawiającego, w sposób jednoznaczny potwierdza fakt, iż skoro sam nadzór nad dokumentacją projektową stanowi tylko nieznaczny procent prac (robót budowlanych), które w ramach całego zamówienia ma obowiązek wykonać Wykonawca, to tym bardziej wynagrodzenie za jego wykonanie stanowi nieistotny element (część składową wynagrodzenia) oferty.

Zatem w przypadku niewłaściwego określenia jednego tylko i to nieistotnego elementu zamówienia (niezgodnego z postanowieniami SIWO, Zamawiający ma prawo do dokonania jego poprawienia — zgodnie ze wskazanymi przez siebie zasadami, które to zostały w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości określone, poprzez wskazanie wprost, iż wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego będzie wynosić 0,5 % całkowitego wynagrodzenia brutto.

Dodatkowo należy wskazać, iż wymóg Zamawiającego co do sposobu podziału wartości wynagrodzenia został określony w postanowieniach Wzoru Umowy i przeniesiony wprost do treści formularza ofertowego — w którym wskazano na postanowienia zgodne z SIWZ (w tym wzorem umowy) — Zamawiający uznał więc, iż intencją Wykonawcy było prawidłowe złożenie oferty i wskazanie właściwych kwot w zakresie ich podziału procentowego, w konsekwencji czego wskazał, iż zasadnym jest dokonanie poprawienia oferty zgodnie z postanowieniami Wzoru Umowy, a nie odrzucanie oferty Wykonawcy;

c) została dokonana w odniesieniu do jednego ze składników wynagrodzenia Wykonawcy, co de facto stanowiło zmianę sposobu zapłaty i rozliczenia — skoro bowiem kwota całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy nie uległa zmianie, a dokonano tylko zmiany w zakresie

zwiększenia o 2,04 % kwoty w zakresie nadzoru nad dokumentacją (z kwoty 44 044, 74 zł na kwotę 44 943,61 zł tj. o 898,87 zł), to nie można uznać, iż mamy tu do czynienia z istotną zmianą;

d) została dokonana w odniesieniu do jednego ze składników wynagrodzenia Wykonawcy, który to w ramach przedmiotowego zamówienia nie mógł stanowić nawet *essentialia negotii* umowy co oznacza, iż wbrew twierdzeniom Kontrolującego nie mógł być i nie był przedmiotem negocjacji (którym zgodnie z przepisami prawa podlegają elementy przedmiotowo istotne).

W okolicznościach niniejszej sprawy należy wskazać iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych. To roboty budowlane stanowią w przeważającej części przedmiot zamówienia, a nadzór autorski nad dokumentacją projektową stanowi tylko nieznaczną część przedmiotu umowy. Jest on więc tylko jednym ze składników wynagrodzenia ryczałtowego brutto, który to składnik bez prowadzenia jakichkolwiek negocjacji między stronami, został przez Zamawiającego poprawiony, zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ. Wynagrodzenie ryczałtowe (całościowe) nie zostało w ogóle zmienione — i to tylko ono (a nie znikomy jego składnik w postaci nadzoru nad dokumentacją projektową) może być traktowane jako jedno z istotnych postanowień umownych, co do których możliwość prowadzenia negocjacji jest zresztą różnie interpretowana.

Należy podkreślić, iż poprawienie oferty Wykonawcy nie prowadziło do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia Wykonawcy wyrażonego w ofercie ponieważ globalna cena/wynagrodzenie nie uległa zmianie, a tylko cena za element/etap, a więc jej fragment.

Jak wskazał Zamawiający powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie sądowym oraz Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO), w którym wskazano między innymi, iż:

- należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator "istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty — wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09),

- dla wysokości ceny określonej w formie ryczałtu nie mają znaczenia faktycznie poniesione przez wykonawcę koszty. Jest to wynagrodzenie przyjęte z góry bez przeprowadzania szczegółowej analizy jakichkolwiek kosztorysów. Przyjęta przez wykonawcę metodologia ustalenia ceny ryczałtowej nie ma bowiem znaczenia (wyrok KIO z dnia 1 października 2012 r., sygn. akt KIO 1516/12; KIO 1994/12);

- dopuszczalne jest dokonanie poprawy pozycji w kosztorysie, gdy nie ma to wpływu na ostateczną wartość oferty (wyrok KIO z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2293/12).

W świetle powyższego, w sytuacji, gdy zmiana w zakresie nieistotnego składnika ceny nie wpływa na wartość całkowitą wynagrodzenia Wykonawcy (ceny całkowitej), należy uznać, iż

Zamawiający posiadał tym bardziej prawo (a wręcz obowiązek) do dokonania poprawy tego typu omyłki.

e) została dokonana z uwagi na obowiązek Zamawiającego do poprawienia omyłki, która została oceniona przez Zamawiającego jako omyłka podlegająca usunięciu.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z licznym orzecznictwem oraz stanowiskiem doktryny przyjął szerokie rozumienie terminu „omyłka” użytego w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W wyroku KIO z dnia 13 2012 r., (sygn. akt KIO 1821/12), Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia poprawienia w ofertach omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, zwróciła uwagę, iż:

Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty — nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej.

W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami» Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87_ ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. wynika obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie — że nie powodują one istotnych zmian w

treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

W świetle powyższego należy wskazać, iż zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojęcie "innej omyłki" nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z SIWZ. *„Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.05.2011 r., sygn. akt KIO 1066/11).

Powyższe interpretacje omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. pozostają również w zgodzie ze słownikowym rozumieniem słowa „omyłka”, które oznacza „sposób, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.” (Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>).

Zamawiający, podejmując decyzję o poprawieniu omyłki w okolicznościach niniejszej sprawy kierował się ww. zasadami i wytycznym wskazanymi w orzecznictwie KIO, a także interpretacją zgodną z dokonaną przez ustawodawcę zmianą w zakresie przepisu art. 87 ustawy Pzp.

Z ww. zasad/ wytycznych/ interpretacji wynika, iż obecnie brak jest podstaw do odrzucania przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, która zawiera omyłkę:

- możliwą do poprawienia,
- nieistotną, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty (jej poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli Wykonawcy, zawartego w ofercie), co bezsprzecznie miało miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy.

Wobec twierdzeń Kontrolującego, Zamawiający wskazał, iż wbrew stanowisku wyrażonemu przez Kontrolującego, Zamawiający posiadał możliwość jednoznacznego poprawienia omyłki, czego dokonał.

Zamawiający, dokonując poprawy, przyjął, iż skoro Wykonawca popełnił omyłkę w obliczeniu składnika wynagrodzenia w zakresie nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową, przyjmując 0,49 % zamiast ustanowionego 0,5 0/0, to możliwe i zasadne jest dokonanie poprawienia takiej omyłki do wysokości wskazanej przez Zamawiającego czyli 0,5 %. Z uwagi na fakt, iż wynagrodzenie za dokumentację projektową zostało wyliczone do maksymalnego progu 2,5 %, zmianie uległo tylko wynagrodzenie za nadzór autorski na

dokumentacją oraz wynagrodzenie za roboty w części dotyczącej dokonanej poprawki, co było konsekwencją podziału całego wynagrodzenia określonego jako kwota globalna.

Przedmiotowa decyzja Zamawiającego nie może być kwalifikowana jako arbitralna, w sytuacji, gdy:

- dokonanie poprawki nastąpiło wg jasnej i jednoznacznej zasady, określonej w SIWZ, zgodnie z którą wynagrodzenie za nadzór autorski nad dokumentacją projektową wynosić będzie 0,5%
- i właśnie do tej wielkości dokonano poprawienia omyłki,
- dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło bez konieczności prowadzenia jakichkolwiek negocjacji pomiędzy Zamawiającym oraz Wykonawcą — zatem nie można się zgodzić z twierdzeniem Kontrolującego, iż doszło do prowadzenia negocjacji z Wykonawcą i przez to naruszenia przepisu art. 87 ustawy Pzp,
- dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło za zgodą Wykonawcy — który w sposób jednoznaczny uznał racje i prawa Zamawiającego do dokonania przedmiotowej zmiany (poprawy omyłki). Oferta Wykonawcy nie mogła zatem podlegać odrzuceniu w przypadku czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody przez Wykonawcę wobec zawiadomienia Zamawiającego o poprawieniu jego oferty. W sytuacji, gdyby taki sposób dokonania poprawienia omyłki był niezgodny z intencją Wykonawcy, to z pewnością odmówiłby on wyrażenia zgody na poprawę omyłki.

W świetle powyższego Zamawiający wskazał, iż brak jest podstaw do uznania za słuszne twierdzeń i argumentów Kontrolującego w zakresie braku możliwości poprawienia przez Zamawiającego omyłki, która miała miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Dokonanie odrzucenia oferty Wykonawcy, zgodnie z zaleceniem Kontrolującego, w ocenie Zamawiającego musiałaby zostać uznana jako skrajnie formalistyczna, od czego, wobec dokonanej nowelizacji ustawy Pzp, odstąpiono.

Ponadto, rozważając teoretyczną konieczność odrzucenia oferty z najniższą ceną, z uwagi na brak możliwości poprawy innej omyłki (z czym jak wykazano powyżej Zamawiający zdecydowanie się nie zgadza), należy zwrócić uwagę na fakt, iż cena kolejnej oferty jest wyższa (droższa) o 711 057,38 zł. Zamawiający decydując się na taki krok w okolicznościach niniejszej sprawy, niewątpliwie poza zarzutem nieuprawnionego odrzucenia oferty najkorzystniejszej naraziłby się również na zarzut niegospodarności (przy założeniu, że byłby w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia większe środki).

Odpowiedź na zastrzeżenia

W odpowiedzi na pismo zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Prezes poinformował w piśmie z dnia 14.03.2019 r., że nie uwzględni zastrzeżeń w nich zawartych.

W odpowiedzi na pismo z dnia 27 lutego 2019 r. (znak: KIZ01.21.S1.2018.RZ/39) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 lutego 2019 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa dworca kolejowego Siemiatycze”, uprzejmie informuję, iż podtrzymuję stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 20 lutego 2019 r. w zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa Pzp”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę uprzednią ww. postępowania, w wyniku której zostały stwierdzone następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj. art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez dokonanie poprawy w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego w taki sposób, iż z wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych zostały przeniesione środki do wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, tak aby wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosiło 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., która zawierała błąd w obliczeniu ceny.

Mając na uwadze fakt, że oferta wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., która została wybrana jako najkorzystniejsza, zawierała błędy w obliczeniu ceny, Prezes Urzędu zalecił Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a następnie dokonanie oceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do naruszeń wskazanych powyżej, w których stwierdził odpowiednio, co następuje. Zamawiający odnosząc się do ww.

naruszenia na wstępie wskazał w zastrzeżeniach, że „(...) w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w szczególności Zamawiający wskazuje, iż posiadał prawo, a wręcz obowiązek,

wynikający wprost z ustawy Pzp, poprawienia innej omyłki, która wystąpiła w okolicznościach niniejszej sprawy”. Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał, że dokonana przez Zamawiającego zmiana w treści oferty została dokonana w granicach kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto zaoferowanego przez wykonawcę, natomiast wartość wynagrodzenia całkowitego wykonawcy nie uległa jakiegokolwiek zmianie.

W ocenie Zamawiającego dokonanie zmiany w odniesieniu do niektórych składników wynagrodzenia wykonawcy, tj. wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, stanowiło zdaniem Zamawiającego tylko niewielki i nieistotny procent zakresu prac do wykonania w ramach robót budowlanych oraz dokumentacji projektowej. Zamawiający podkreślił, iż jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia oraz rodzaju zamówienia - przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane. W opinii Zamawiającego „(...) wymóg Zamawiającego co do sposobu podziału wartości wynagrodzenia został określony w postanowieniach Wzoru umowy i przeniesiony wprost do treści formularza ofertowego - w którym wskazano na postanowienia zgodne z SIWZ (w tym wzorem umowy) - Zamawiający uznał więc, iż intencją wykonawcy było prawidłowe złożenie oferty i wskazanie właściwych kwot w zakresie ich podziału procentowego, w konsekwencji czego wskazał, iż zasadnym jest dokonanie poprawienia oferty zgodnie z postanowieniami Wzoru Umowy, a nie odrzucanie oferty wykonawcy”. Jednocześnie, Zamawiający podkreślił, że zmiana „(...) została dokonana w odniesieniu do jednego ze składników wynagrodzenia wykonawcy, co de facto stanowiło zmianę sposobu zapłaty i rozliczenia - skoro bowiem kwota całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy nie uległa zmianie, a dokonano tylko zmiany w zakresie zwiększenia o 2,04% kwoty w zakresie nadzoru nad dokumentacją (z kwoty 44 044, 74 zł na kwotę 44 94361 zł tj. 0 898,87 zł), to nie można uznać, iż mamy tu do czynienia z istotną zmianą”. Zamawiający podkreślił, iż „wynagrodzenie ryczałtowe (całościowe) nie zostało w ogóle zmienione - i to tylko ono (a nie znikomy jego składnik w postaci nadzoru nad dokumentacją projektową) może być traktowane jako jedno z istotnych postanowień umownych, co do których możliwość prowadzenia negocjacji jest zresztą różnie interpretowana. Należy określić, iż poprawienie oferty wykonawcy nie prowadziło do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie ponieważ globalna cena/wynagrodzenie nie uległa zmianie tylko cena za element/etap, a więc jej fragment”.

Następnie Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał, że zmiana „(...) została dokonana z uwagi na obowiązek Zamawiającego do poprawienia omyłki, która została oceniona przez Zamawiającego jako omyłka podlegająca usunięciu.”

Ponadto, Zamawiający podtrzymując swoje stanowisko powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2012 r., (sygn. akt KIO 1821/12). Zamawiający wskazał, iż „Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia poprawienia w ofertach omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, zwróciła uwagę, iż: „Ratio legis tego przepisu to

sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. (...) Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. wynika obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. (...) Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie - że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.”

W końcowych uwagach Zamawiający podniósł, iż „(...) *dokonanie poprawki nastąpiło wg jasnej i jednoznacznej zasady, określonej w SIWZ, zgodnie z którą wynagrodzenie za nadzór autorski nad dokumentacją projektową wynosić będzie 0,5% - i właśnie do tej wielkości dokonano poprawienia omyłki*”. W ocenie Zamawiającego „*dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło bez konieczności prowadzenia jakichkolwiek negocjacji pomiędzy Zamawiającym oraz Wykonawcą zatem nie można się zgodzić z twierdzeniem Kontrolującego, iż doszło do prowadzenia negocjacji z Wykonawcą i przez to naruszenia przepisu art. 87 ustawy Pzp*”. Ponadto, Zamawiający w konkluzji podkreślił, iż „(...) *dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło za zgodą wykonawcy który w sposób jednoznaczny uznał racje i prawa Zamawiającego do dokonania przedmiotowej zmiany (poprawy omyłki). Oferta wykonawcy nie mogła zatem podlegać odrzuceniu w przypadku czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody przez wykonawcę wobec zawiadomienia Zamawiającego o poprawieniu jego oferty. W sytuacji, gdyby taki sposób dokonania poprawienia omyłki był niezgodny z intencją wykonawcy, to z pewnością odmówiłby on wyrażenia zgody na poprawę omyłki*”.

Odnosząc się do zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności, Prezes UZP wskazał, iż Zamawiający w treści wniesionych zastrzeżeń nie podniósł nowych okoliczności, które dostarczałyby podstaw do zmiany stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaprezentowanego w Informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszenia ww. przepisów.

Mając na uwadze przedstawione w toku kontroli uprzedniej oraz w zastrzeżeniach stanowisko Zamawiającego, Prezes UZP podniósł, iż Zamawiający, pismem z dnia 21.11.2018 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poinformował wykonawcę konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. o poprawieniu innych omyłek polegających na

niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Ww. wykonawca za wykonanie całości przedmiotu zamówienia przewidział całkowite wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 8.988.722,62 zł, w tym kwota netto 7.307.904,57 zł i podatek VAT 1.680.818,05 zł.

W wyniku dokonanych poprawek zmianie uległy kwoty wskazane w pkt 2 formularza oferty, tj. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych 8.720.858,69 zł brutto, w tym kwota netto 7.090.129,02 zł i podatek VAT 1.630.729,67 zł oraz wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego 44.044,74 zł brutto, w tym kwota netto 35.808,73 zł i podatek VAT 8.236,01 zł, zmieniono na wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych 8.719.959,82 zł, w tym kwota netto 7.089.398,23 zł i podatek VAT 1.630.561,59 zł, a także wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego 44.943,61 zł, w tym kwota netto 36.539,52 zł i podatek VAT 8.404,09 zł. W odpowiedzi na powyższe wykonawca wyraził zgodę na poprawienie ww. omyłek.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy podkreślić, że Zamawiający wnosząc zastrzeżenia podtrzymał swoje wyjaśnienia złożone Prezesowi Urzędu w toku kontroli uprzedniej. W ocenie Zamawiającego, dokonanie zmian w wartościach procentowych poszczególnych składników zamówienia, z zachowaniem ceny całkowitej oferty na poziomie wskazanym przez wykonawcę, było dozwolone na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający odnosząc się do ww. naruszenia w zastrzeżeniach podkreślił, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego posiadał on prawo, a wręcz obowiązek, wynikający wprost z ustawy Pzp, poprawienia innej omyłki, która wystąpiła w okolicznościach niniejszej sprawy.

Mając na uwadze przytoczone stanowisko Zamawiającego, nie sposób zgodzić się z argumentem, iż „(...) wymóg Zamawiającego co do sposobu podziału wartości wynagrodzenia został określony w postanowieniach Wzoru umowy i przeniesiony wprost do treści formularza ofertowego - w którym wskazano na postanowienia zgodne z SIWZ (w tym wzorem umowy) - Zamawiający uznał więc, iż intencją wykonawcy było prawidłowe złożenie oferty i wskazanie właściwych kwot w zakresie ich podziału procentowego, w konsekwencji czego wskazał, iż zasadnym jest dokonanie poprawienia oferty zgodnie z postanowieniami Wzoru Umowy, a nie odrzucanie oferty wykonawcy”, ponieważ Zamawiający przygotowując specyfikację wraz z załącznikami, zawarł następujące odniesienia w poszczególnych zapisach SIWZ, które wykonawca zobligowany był uwzględnić w sposobie obliczenia ceny oferty. Zgodnie z treścią rozdziału XVII SIWZ pn.: „Opis sposobu obliczenia ceny”, Zamawiający w pkt 1 wskazał, iż „Wykonawca określa cenę oferty poprzez wskazanie w formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, należnego mu całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego, które obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy (...)”. Natomiast w pkt 11 Zamawiający określił, iż: „Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia,

określone zostały we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ". W konsekwencji w S 2 ust. 2 pkt 3) Załącznika nr 9 do SIWZ (wzór umowy) Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny, tj. *„Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 2,5% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1, natomiast wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1”*.

Zgodnie z powyższym, Zamawiający był związany postanowieniami specyfikacji, zatem nie mógł ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 5 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO/KU 5/19) wskazała, iż *„(...) autorem SIWZ jest Zamawiający, nieuprawnione byłoby twierdzenie, że po otwarciu ofert może nadinterpretować postanowienia dokumentacji postępowania. Dokumentacja na podstawie której wykonawcy przygotowują i składają oferty wiąże nie tylko tych wykonawców, ale również zamawiającego, który winien oceniać złożone oferty wyłącznie na podstawie postanowień, sprecyzowanych przed upływem terminu składania ofert. Izba nie odstępuje tu od akceptowanej od lat zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wpiery odnieść się do całokształtu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznać, że wątpliwości takie można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów.”*

Zamawiający w ww. fragmentach SIWZ, dotyczących zarówno opisu sposobu obliczenia ceny, jak i odesłania do zapisów we Wzorze umowy, jednoznacznie określił sposób obliczenia ceny, w tym wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej oraz wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego. Należy podkreślić, że we Wzorze umowy Zamawiający określił jako maksymalny próg dla kwoty na wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego, tj. *„(...) wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1”*. Niezastosowanie ww. zasad oraz skalkulowanie ceny oferty niezgodnie z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego, stanowi błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Natomiast Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 990/13) wskazała na następującą definicję błędu w obliczeniu ceny *„Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „błąd w obliczeniu ceny”. Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty (...) ma miejsce wówczas gdy wykonawca oblicza cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez zamawiającego.”* Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2012 r. (sygn. akt 2723/11) przyjęto, że *„(...) stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny wymaga wykazania*

przez zamawiającego odstąpienia przez wykonawcę od sposobu jej ustalenia wskazanego przez zamawiającego”.

Zgodnie z powyższym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., ponieważ cena oferty nie została skalkulowana zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. Jak wynika z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. za wykonanie całości przedmiotu zamówienia przewidział całkowite wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 8.988.722,62 zł, w tym kwota netto 7.307.904,57 zł i podatek VAT 1.680.818,05 zł. W wyniku dokonanych poprawek zmianie uległy kwoty wskazane w pkt 2 formularza oferty, tj. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych 8.720.858,69 zł brutto, w tym kwota netto 7.090.129,02 zł i podatek VAT 1.630.729,67 zł oraz wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego 44.044,74 zł brutto, w tym kwota netto 35.808,73 zł i podatek VAT 8.236,01 zł, zmieniono na wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych 8.719.959,82 zł, w tym kwota netto 7.089.398,23 zł i podatek VAT 1.630.561,59 zł, a także wynagrodzenie za pełnienie nadzoru autorskiego 44.943,61 zł, w tym kwota netto 36.539,52 zł i podatek VAT 8.404,09 zł. Reasumując, konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., obliczyło cenę oferty inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał w ofercie inne dane niż oczekiwał tego Zamawiający, mimo iż Zamawiający w treści SIWZ szczegółowo określił jakie elementy składają się na cenę ryczałtową, w tym także jak należy ująć kwotę za wykonanie dokumentacji projektowej oraz kwotę za wykonanie nadzoru autorskiego, w stosunku do całkowitego wynagrodzenia brutto.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli podkreślił, że dokonana przez Zamawiającego zmiana w treści oferty została dokonana w granicach kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto zaoferowanego przez wykonawcę, natomiast wartość wynagrodzenia całkowitego wykonawcy nie uległa jakiegokolwiek zmianie. W ocenie Zamawiającego dokonanie zmiany w odniesieniu do niektórych składników wynagrodzenia wykonawcy, tj. wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, stanowiło zdaniem Zamawiającego tylko niewielki i nieistotny procent zakresu prac do wykonania w ramach robót budowlanych oraz dokumentacji projektowej. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że na podstawie złożonych dokumentów wraz z formularzem oferty, Zamawiający nie miał możliwości jednoznacznego poprawienia omyłki, mimo, iż zmiana została dokonana w granicach kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto zaoferowanego przez wykonawcę, ponieważ Zamawiający nie posiadał wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny za pełnienie nadzoru autorskiego oraz za wykonanie robót budowlanych, czy dokumentacji projektowej. Jednocześnie, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dokonanie zmiany w odniesieniu do jednego ze składników wynagrodzenia wykonawcy, tj. wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, stanowiło tylko niewielki i nieistotny procent

zakresu prac, ponieważ Zamawiający dokonując ww. zmiany w zakresie kwoty wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie robót budowlanych zmodyfikował oświadczenie woli wykonawcy jakim jest treść oferty. We wskazanym przypadku Zamawiający nie posiadał danych, aby samodzielnie ustalić poziom omawianych cen, zatem argument Zamawiającego dotyczący niewielkiego i nieistotnego procentu zakresu prac, nie zasługuje na uwzględnienie. Nie sposób uznać, że Zamawiający ma prawo do narzucania wykonawcom sposobu obliczenia poszczególnych składników ceny całkowitej oferty.

Następnie, w nawiązaniu do argumentacji Zamawiającego, iż zmiana „(...) została dokonana w odniesieniu do jednego ze składników wynagrodzenia wykonawcy, co de facto stanowiło zmianę sposobu zapłaty i rozliczenia skoro bowiem kwota całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy nie uległa zmianie, a dokonano tylko zmiany w zakresie zwiększenia o 2,04% kwoty w zakresie nadzoru nad dokumentacją (z kwoty 44 044, 74 zł na kwotę 44 943,61 zł tj. o 898,87 zł), to nie można uznać, iż mamy tu do czynienia z istotną zmianą”, należy wskazać na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 3 sierpnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 1521/17) orzekła w sposób następujący, tj. *Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzje w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (sygn. akt KIO 1127/10 oraz KIO 2540/10).*

Z uwagi na powyższe Izba podzieliła opinię i stanowisko Zamawiającego i Przystępującego potwierdzając niemożliwość poprawienia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie wartości netto, dotyczącej dokumentacji projektowej (pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej) w celu uzyskania poziomu ceny zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, tj. poziomu ceny nie przekraczającego 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który podnosił, że błąd w zakresie wartości, odnoszącej się do dokumentacji projektowej nie stanowi, oczywiście omyłki, która w prosty sposób może być wychwycona i samodzielnie poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający twierdził, że nie posiadał wystarczających informacji w tym zakresie j aby dokonać odpowiednich poprawek musiałby się zwrócić do Odwołującego o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby wyjaśnienia uzyskane od wykonawcy, w których wskazuje on nową kwotę dla poz. 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej należy uznać za niedozwoloną modyfikację oświadczenia woli jakim jest niewątpliwie treść oferty.”

Jak wskazał Prezes UZP mając na uwadze powyżej zaprezentowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, jednocześnie, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że „wynagrodzenie ryczałtowe (całościowe) nie zostało w ogóle zmienione i to tylko ono (a nie znikomy jego składnik w postaci nadzoru nad dokumentacją projektową) może być traktowane jako jedno z istotnych postanowień umownych, co do których możliwość prowadzenia negocjacji jest zresztą różnie interpretowana. Należy podkreślić, iż poprawienie oferty wykonawcy nie prowadziło do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie ponieważ globalna cena/wynagrodzenie nie uległa zmianie tylko cena za element/etap, a więc jej fragment.”. Po pierwsze należy podkreślić, iż ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiada wymaganiom Zamawiającego i potwierdza zgodność z SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym treść oferty w pkt 2 formularza nie budziła żadnych wątpliwości. Wykonawca jednoznacznie bowiem wskazał zarówno cenę za wykonanie robót budowlanych, jak i cenę za wykonanie dokumentacji projektowej oraz cenę za pełnienie nadzoru autorskiego. Po drugie, kwota wskazana w formularzu ofertowym, tj. zarówno wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych, wykonanie dokumentacji projektowej oraz za pełnienie nadzoru autorskiego, stanowi istotny element przyszłej umowy (56 Wzoru umowy). Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentem Zamawiającego, iż *wynagrodzenie ryczałtowe (całościowe) nie zostało w ogóle zmienione - i to tylko ono (a nie znikomy jego składnik w postaci nadzoru nad dokumentacją projektową) może być traktowane jako jedno z istotnych postanowień umownych.*

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP wskazał, iż dokonanie zmiany wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego w formularzu oferty, stanowiło wytworzenie

nowego oświadczenia woli wykonawcy, tj. w przedmiocie oferowanego świadczenia za wykonanie nadzoru autorskiego za wskazaną pierwotnie kwotę w formularzu oferty. Przez treść oferty należy, bowiem, rozumieć treść oświadczenia woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania określonego przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie cenę. Zatem poprawienie przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy przedmiotowego wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego, stanowiło istotną zmianę w treści oferty. W konsekwencji mimo, iż dokonanie poprawy kwoty przez Zamawiającego nie doprowadziło do zmiany w zakresie zaoferowanego przez wykonawcę wynagrodzenia całkowitego, określonego jako wynagrodzenie ryczałtowe, to wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego uległo zwiększeniu. Zamawiający zwiększył wynagrodzenie w pozycji 2.3) oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. do wymaganego przez SIWZ poziomu 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto, dokonując zmniejszenia wynagrodzenia w wybranej przez siebie pozycji 2.1) — wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych, z pośród dwóch pozostałych pozycji ceny ofertowej wykonawcy tj. wynagrodzenia określonego za wynagrodzenie robót budowlanych oraz wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej.

Następnie Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał, że zmiana „(...) została dokonana z uwagi na obowiązek Zamawiającego do poprawienia omyłki, która została oceniona przez Zamawiającego jako omyłka podlegająca usunięciu.”

Ponadto, Zamawiający podtrzymując swoje stanowisko powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2012 r., (sygn. akt KIO 1821/12). Zamawiający wskazał, iż „Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zagadnienia poprawienia w ofertach omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, zwróciła uwagę, iż: *„Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. (...)* Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. (...)”

Odnosząc się do przesłanek i sposobu zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy wskazać, iż warunkiem poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. obliczył kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za wykonanie nadzoru autorskiego w zakresie 0,48% całkowitego

wynagrodzenia brutto. Zatem ww. obliczenie kwoty wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego było niezgodne z treścią SIWZ. Następnie przesłanką na podstawie, której Zamawiający poprawia omyłkę zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest nieistotność zmian w treści oferty, w której Zamawiający dokonuje poprawki, ponieważ ww. przepis zakazuje dokonywania istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym nie możemy mówić o omyłkowym działaniu wykonawcy, które możliwe byłoby do poprawienia bez udziału wykonawcy i składania przez niego odmiennego, niż złożone w treści oferty oświadczenia woli, w konsekwencji nie skutkującej zmianą kwoty wskazanej w formularzu ofertowym stanowiącej istotny element przyszłej umowy, tj. wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 6 Wzoru umowy.

Z kolei, ustosunkowując się do argumentów Zamawiającego, iż „(..) dokonanie poprawki nastąpiło wg jasnej i jednoznacznej zasady, określonej w SIWZ, zgodnie z którą wynagrodzenie za nadzór autorski nad dokumentacją projektową wynosić będzie 0,5% - i właśnie do tej wielkości dokonano poprawienia omyłki” oraz „dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło bez konieczności prowadzenia jakichkolwiek negocjacji pomiędzy Zamawiającym oraz Wykonawcą - zatem nie można się zgodzić z twierdzeniem Kontrolującego, iż doszło do prowadzenia negocjacji z Wykonawcą i przez to naruszenia przepisu art. 87 ustawy Pzp”, Prezes UZP wskazał, co następuje. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił wartość wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego, tj. „(..) wynagrodzenie za wykonywanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto. Zatem wartość wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego była wartością sztywną, a nie mogła mieścić się w przedziale do 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto. We wskazanym przypadku, Zamawiający nie posiadał wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny wynagrodzenia za wykonanie nadzoru autorskiego, zmniejszając kwotę wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, w konsekwencji nie zmieniając całkowitego wynagrodzenia wykonawcy. Biorąc pod uwagę powyższe podtrzymuję stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli, iż wiedzę w ww. zakresie Zamawiający mógłby uzyskać wyłącznie z wyjaśnień uzyskanych od wykonawcy, co kwalifikowałoby zachowanie Zamawiającego jako prowadzenie niedopuszczanych negocjacji z wykonawcą w zakresie złożonej oferty oraz w konsekwencji naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2017 r. (sygn. akt: KIO 1145/17). Poddając analizie zarzut niepoprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP Izba stwierdziła, iż *„możliwość poprawienia omyłki w ofercie, jej zakresu, powinna dać się ustalić samodzielnie przez zamawiającego bądź poprzez pomoc, w tym zakresie, przez wykonawcę, polegającą na wskazaniu, w którym miejscu oferty zamawiający odnajdzie niezbędne informacje, w celu dokonania korekty oferty. Co do zasady, w ocenie Izby,*

wykluczona jest możliwość poprawienia treści oferty o informacje nie wynikające z treści tejże oferty, chyba że informacje takie nie mogły znaleźć się w ofercie z powodu różnych okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada. Jeżeli zatem w ofercie wykonawcy zamawiający stwierdzi omyłki, musi poddać się refleksji dotyczącej, co to za omyłka, jaki ma charakter, czy można ją poprawić bez udziału wykonawcy, czy konieczne i możliwe jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czyjej poprawienie nie wykreuje nowej treści oferty, itp. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której powodem odrzucenia oferty odwołującego był fakt, iż odwołujący w złożonej ofercie, w tabeli nr 2 „Zbiorcze zestawienie wynagrodzenia” nie zachował wskazanych limitów procentowych mimo, iż był do tego zobowiązany zapisami SIWZ. (...) Okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z omyłkami w treści oferty odwołującego, jest niesporny. Natomiast kwestię sporną stanowi możliwość poprawienia poczynionych omyłek. Zdaniem Izby, nie można tych omyłek poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako inne omyłki, gdyż sposób poprawy nie jest oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości oraz nie wynika z danych zawartych w samej ofercie, tak aby zamawiający samodzielnie mógł dokonać tej korekty (...) Ponadto o niemożliwości jednoznacznego poprawienia omyłek decyduje narzucony przez zamawiającego w Tabeli 2 przedział procentowy poszczególnych etapów. Powstaje zatem pytanie, jaki procent miałyby zamawiający przyjąć dla poprawianych etapów, czy przyjąć najniższy z możliwych, pośredni - jeśli tak, to na jakim poziomie, czy może maksymalny? (...) W ocenie Izby, zamawiający działając w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, nie miał możliwości poprawienia treści oferty odwołującego, gdyż zmiana cen jednostkowych i ryczałtowych w celu wyliczenia wartości za poszczególne etapy zamówienia, tak aby mieściły się w narzuconych przez zamawiającego przedziałach procentowych, trudno uznać za oczywistą omyłkę pisarską, rachunkową czy też inną omyłką, którą zamawiający w sposób jednoznaczny i bez ingerencji odwołującego może poprawić. Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, prowadziło by, zdaniem Izby, do uzyskania odpowiedzi, że odwołujący pomylił się w ustalaniu cen jednostkowych i ryczałtowych, a w konsekwencji wartości pozycji. Poprawienie treści oferty w oparciu o takie wyjaśnienia zdaniem Izby jest niedopuszczalne, gdyż prowadzi do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a odwołującym. Zdaniem Izby, zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może bowiem prowadzić do dostosowania treści oferty odwołującego do wymagań zamawiającego. Zadaniem tego przepisu jest bowiem możliwość poprawienia drobnych i samoistnych omyłek w ofercie wykonawcy, a nie kreowanie nowej treści oferty. ”

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż poprawianie ww. rodzaju błędu w ofercie, niezależnie od błędnego odczytania wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji, prowadziłoby do niedopuszczalnej oraz istotnej zmiany treści oferty.

Ponadto, Zamawiający w konkluzji podkreślił, iż „(...) dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło za zgodą wykonawcy - który w sposób jednoznaczny uznał racje i prawa Zamawiającego do dokonania przedmiotowej zmiany (poprawy omyłki). Oferta wykonawcy nie mogła zatem podlegać odrzuceniu w przypadku czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody przez wykonawcę wobec zawiadomienia Zamawiającego o poprawieniu jego oferty. W sytuacji, gdyby taki sposób dokonania poprawienia omyłki był niezgodny z intencją wykonawcy, to z pewnością odmówiłby on wyrażenia zgody na poprawę omyłki”. Mając powyższe na uwadze należy ponownie wskazać, że z uwagi na postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie miał możliwości poprawiania omyłki bez udziału wykonawcy. Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego, należy przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 11/09), w którym Izba wskazała, iż „omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności”. Mając na uwadze powyżej przytoczone stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, nie sposób również zgodzić się z argumentem Zamawiającego, iż oferta wykonawcy nie mogła podlegać odrzuceniu w przypadku czynnej akceptacji dokonanej poprawki.

Reasumując Prezes UZP wskazał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu, powinni określić „(...) wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosić będzie 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1, do którego Zamawiający zawarł odniesienie w rozdziale XVII SIWZ pn.: „Opis sposobu obliczenia ceny”, w pkt 11. W związku z powyższym, zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A., która zawierała błąd w obliczeniu ceny stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Poprawa w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A. wskazanej powyżej kwoty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego w taki sposób, iż z wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych zostały przeniesione środki do wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego, tak aby wynagrodzenie za wykonanie nadzoru autorskiego wynosiło 0,5% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego przez zamawiającego w SIWZ, dodatkowo stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 20 lutego 2019 r. Zgodnie z treścią art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli w pełni uwzględniła stan faktyczny sprawy, który co do zasady nie był sporny pomiędzy Prezesem UZP a Zamawiającym.

Odnosząc się do wniesionych zastrzeżeń od wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego zawarte we wniesionych zastrzeżeniach.

Poddając ocenie stan faktyczny ustalony w wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP wskazać należy, iż dokonana przez Zamawiającego ingerencją w treść oferty wykonawcy Konsorcjum SKB Budownictwo Spółka z o.o. oraz SKB S.A. mieści się w hipotezie normy prawnej ujętej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – a zatem Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy, w szczególności na podstawie wskazanego w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ofertę odrzuca się również, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniała sytuacja, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (błąd w obliczeniu ceny), gdyż co do zasady w ramach wynagrodzenia ryczałtowego brak jest jakichkolwiek podstaw do kontroli, czy też weryfikacji sposobu jego ustalenia (obliczenia). Powyższe wynika nie tylko z istoty wynagrodzenia ryczałtowego, lecz zostało potwierdzone w ramach jednolitego w tym zakresie orzecznictwa, jak również znalazło potwierdzenie w doktrynie prawa cywilnego i prawa zamówień publicznych. W niniejszym stanie faktycznym, jeżeli możemy mówić o jakiegokolwiek nieprawidłowości w procesie konstruowania oferty przez wykonawcę Konsorcjum SKB Budownictwo Spółka z o.o. oraz SKB

S.A., to jedynie o niezgodności jej treści z treścią SIWZ w zakresie ujętego we wzorze umowy (stanowiącej element opisu przedmiotu zamówienia) wymogu aby wysokość kosztu nadzoru autorskiego **była równa wartości 0,5% całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia brutto.**

Powyższe oznacza, że przed odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podmiot zamawiający obligatoryjnie powinien rozważyć zasadność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp celem konwalidacji rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ.

Art. 87 ust. 2 ustawy Pzp reguluje kwestie ingerencji podmiotu zamawiającego w treść złożonej przez wykonawcę oferty w przypadku dostrzeżenia określonych enumeratywnie trzech typów omyłek. Nadto jak należy wnioskować ze względu na użycie przez Ustawodawcę zwrotu „Zamawiający poprawia w ofercie (...)” podmiot zamawiający jest zobligowany do dokonania wskazanych w punktach 1- 3 art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ingerencji w treść oferty wykonawcy. W dwóch pierwszych przypadkach uregulowanych w treści art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp mowa jest o oczywistych omyłkach pisarskich i rachunkowych. Ostatni 3 punkt tego przepisu odnosi się do innych omyłek polegających na niezgodności oferty (w zasadzie o niezgodności jej treści) ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). Co niezwykle istotne dla oceny działań Prezesa UZP, jak również złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, odmiennie niż w przypadku omyłek psarskich i rachunkowych, w odniesieniu do innych omyłek Ustawodawca nie posługuje się zwrotem „oczywistych”. Oznacza to, że o ile omyłki pisarskie i rachunkowe muszą mieć taki charakter, a więc winny być one wynikiem niejako wewnętrznych rozbieżności treści złożonej oferty – a zatem winny być łatwo dostrzegalne i w taki sam sposób możliwe do poprawienia, to dla zaistnienia obowiązku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wystarczająca jest sama rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ. Oznacza to nie mniej ni więcej, że wystąpienie takiej rozbieżności uruchamia automatycznie proces jej oceny pod kątem spełnienia innych przesłanek ujętych we wskazanym wyżej przepisie. Jednym z tych elementów jest uznanie, że poprawienie zaistniałej rozbieżności nie może powodować istotnej zmiany w treści oferty.

Analogiczne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 19 marca 2019 r. sygn. akt KIO/KU 16/19, gdzie zostało wskazane: *Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w opisie przesłanek pozwalających na jego poprawienie nie wskazuje na „oczywistość” omyłki, lecz na jej „nieistotność” dla treści oferty, tj. stosunkowo niewielki zakres zmiany (jakkolwiek w praktyce również takie omyłki często bywają oczywiste, jeśli chodzi o powód ich zaistnienia i sposób poprawienia).*

Dodatkowo w powyższej uchwale Izba wskazała, co następuje.

Istotą przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest stwierdzenie następujących okoliczności:

- 1. czy daną, stwierdzoną w ofercie wadę można zakwalifikować jako niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jeśli tak, to którymi,*
- 2. czy wadę tę można zakwalifikować jako omyłkę, czy też powstała ona w wyniku celowego działania wykonawcy – w znaczeniu celowego wprowadzenia do oferty ustalenia odmiennego od postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo świadomości, że dany wymóg specyfikacji był inny,*
- 3. czy wada ta jest technicznie (merytorycznie) możliwa do poprawienia,*
- 4. czy jej poprawienie nie wywoła istotnej zmiany treści oferty.*

Od rozstrzygnięcia powyższych kwestii zależy prawna możliwość naprawienia wady oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby rozpoznającej wniesione przez Zamawiającego zastrzeżenia właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym wypadku. Zamawiający bowiem określając procentowy udział wartości robót budowlanych, wykonania dokumentacji projektowej i nadzoru autorskiego i określając dla tego ostatniego poziom 0,5%, tj. żądając od wykonawców aby wartość tego nadzoru stanowiła kwotowo poziom równy 0,5% całego wynagrodzenia, określonego nadto w formie ryczałtu, sformułował w treści SIWZ swoje wymagania, co do sposobu kalkulacji wynagrodzenia. W ofercie wykonawcy Konsorcjum SKB Budownictwo Spółka z o.o. i SKB S.A. proporcje te zostały określone odmiennie niż stanowiła treść SIWZ. Została zatem spełniona pierwsza z przesłanek ujętych w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. wystąpiła niezgodność treści oferty ww. wykonawcy z treścią SIWZ. Dodatkowo jak ustaliła Izba różnica kwotowa dokonanej przez Zamawiającego korekty zamyka się kwotą **898,87 złotych brutto** (na przykładzie zmiany wartości robót budowlanych z 8.720.858,69 zł brutto na kwotę 8.719.959,82 zł brutto) przy całkowitym wynagrodzeniu wynoszącym **8.988.722,62 złotych brutto**. Tym samym, w ocenie Izby, doszło do wypełnienia się drugiej z przesłanek ujętych w tym przepisie, tj. poprawienie tej omyłki nie powoduje istotnej zmiany treści oferty wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że Zamawiający w tym wypadku miał nie tylko prawo, lecz ustawowy obowiązek dokonania zaistniałej omyłki. Wszakże instytucja uregulowana w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp miała stanowić remedium na odrzucanie ofert wykonawców z błahych powodów, nawet wówczas gdy stwierdzone w ofercie omyłki nie miały charakteru oczywistego, lecz w sposób nie wpływający na całokształt oświadczenia woli wykonawcy powodowały rozdźwięk pomiędzy ofertą a ujętymi w treści SIWZ wymaganiami podmiotu zamawiającego. Dodatkowo aby wprowadzić mechanizm korekcyjny związany z

czynnością poprawienia takiej omyłki przez podmiot zamawiający Ustawodawca wprowadził mechanizm umożliwiający wykonawcy zgłoszenie sprzeciwu wobec dokonanej przez zamawiającego ingerencji w treść oświadczenia woli wykonawcy, tj. umożliwił wykonawcy wniesienie skutecznego sprzeciwu wobec zastosowania przez zamawiającego omawianej regulacji (vide: art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

Izba nie podzieliła tym samym wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli stanowiska Prezesa UZP, który wskazał, że: *Podkreślenia wymaga, iż nie można poprawić ww. zapisów w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie miał możliwości jednoznacznego poprawienia omyłki na podstawie złożonych dokumentów wraz z formularzem oferty. Zamawiający nie znał sposobu kalkulacji ceny wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego zastosowanego przez wykonawcę, ponieważ są to pozycje ryczałtowe. Otóż w tym wypadku w odniesieniu do wartości nadzoru autorskiego Zamawiający narzucił wprost wszystkim wykonawcom wartość tego elementu świadczenia – a zatem znając tylko i wyłącznie ryczałtową wartość całkowitą oferty, nie tylko mógł, ale miał obowiązek dokonać jej korekty w oparciu o postanowienia projektu umowy. Nadto jak wynika z postanowień tego projektu jedynie w zakresie dokumentacji projektowej zamawiający określił ich procentową maksymalną wartość, natomiast prawidłowości obliczenia tego technicznego rozbitcia ryczałtowej ceny oferty, Kontrolujący nie kwestionował. W konsekwencji zamawiający logicznie przyjął, że zmiana wartości pozycji „pełnienie nadzoru autorskiego” może wpływać jedynie na wartość robót budowlanych.*

Jak wynika bezpośrednio z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawienie omyłki, o której mowa w tym przepisie, polega na doprowadzeniu do zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Przy czym, jak słusznie zauważył Zamawiający (przycytując warte zacytowania uzasadnienie ustawy nowelizującej), ze względu na nieokreślony katalog możliwych potencjalnych postanowień SIWZ i w związku w powyższym omyłek z nimi związanych, ustawodawca pozostawił zamawiającym dużą elastyczność w zakresie dokonywania poprawek – dopóki mieszczą się one w założeniach ustawowych przesłanek art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W cytowanym przez Zamawiającego uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, która wprowadziła do systemu zamówień publicznych instytucję uregulowaną w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przedstawiono następującą argumentację:

(...) w projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu

uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2 Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

Zatem jak wskazała Izba w cytowanej wyżej uchwale sygn. akt KIO/KU 16/19 *Aby spełnić ww. wymogi, należy znaleźć jak najbliższy punkt wspólny pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ofertą, realizujący jednocześnie postulat zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i najmniejszej ingerencji w treść oferty.*

Jak wskazano na wstępie argumentacji, w ramach ogólnych rozważań w zakresie instytucji uregulowanych w treści art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, przywołana przez Prezesa UZP podstawa odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) nie jest adekwatna do stwierdzonego przez Izbę stanu faktycznego.

Artykuł 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera dwie podstawy odrzucenia oferty, które formalnie są od siebie niezależne, lecz w wielu stanach faktycznych mogą się na siebie nakładać – jak w niniejszej sprawie.

Jednakże ze względu na okoliczność, że w niniejszym wypadku mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym bez znaczenia pozostaje sposób jego obliczenia. Powyższe znajdowało swoje źródło w uchylonym art. 88 ustawy Pzp, który w pkt 3 lit. a) stanowił, że: *Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób: w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa): przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.*

Wytyczne ujęte w treści tego przepisu nie utraciły również obecnie na znaczeniu, gdyż powodem jego uchylenia było otwarcie możliwości poprawiania omyłek dla szerszego katalogu przypadków, niż enumeratywnie ujętych w treści uchylonego przepisu art. 88 ustawy Pzp. A zatem sposób wyliczenia wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega kontroli pod względem jego poprawności rachunkowej – a zatem w żadnym wypadku nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jedynie skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie rażąco niskim lub pominięcie w wycenie istotnych składników świadczenia może stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty, jednakże wówczas zastosowanie znajdzie odpowiednio podstawa z art. 89 ust. 1 pkt 4 lub z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepisy art. 88 pkt 3 lit. a) – c) ustawy Pzp wskazywał bowiem m.in. na pomocniczą rolę kosztorysów ofertowych w postępowaniu, w ramach którego została ustalona forma wynagrodzenia ryczałtowego, wskazywały jednoznacznie wytyczne zawarte w uchylonym art. 88 ustawy Pzp, który zawierał enumeratywne wyliczenie rodzajów oczywistych omyłek w obliczeniu ceny możliwych do poprawy przez Zamawiającego. Powyższe przepis w pkt 3 lit. a wskazywał, iż w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Jak wyżej wskazano uchylenie powyższego przepisu nie oznacza, iż zawarte w nim wytyczne utraciły swoje znaczenie, gdyż celem Ustawodawcy (wskazanym przez Zamawiającego w zastrzeżeniach jako Jego *ratio legis*) uchylającego cytowany przepis było umożliwienie zamawiającemu poprawienia omyłek w szerszym niż dotychczas zakresie w celu ograniczenia sytuacji odrzucania ofert, gdy stwierdzone omyłki nie mieściły się w ujętym tam katalogu. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w szczególności omyłki wskazane w uchylonym art. 88 ustawy Pzp będą mogły być nadal poprawiane, gdyż jak wyżej wskazano art. 87 ust. 2 pkt 2 daje taką możliwość - nie zawiera on jednak w tym zakresie katalogu zamkniętego, jaki obowiązywał przed zmianą ustawy.

Stąd też Izba podzieliła zastrzeżenia Zamawiającego wniesione wobec stwierdzenia przez Prezesa UZP naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba uwzględniła w całości zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyników przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli w zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia

w całym zakresie, co w odniesieniu do zarzutu naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione/nieuzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....