

Sygn. akt: KIO/KU 64 /19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 29 października 2019r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli uprzedniej, zgłoszonych pismem z dnia 30 września 2019 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie
ul. Głowackiego 56
30-085 Kraków

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 23 września 2019 roku w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na budowę połączenia węzła autostrady A4 w Wierzchosławicach ze SAG w Tarnowie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie - przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2019, poz. 1843.) - dalej „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę połączenia węzła autostrady A4 w Wierzchosławicach ze SAG w Tarnowie. Wartość szacunkowa zamówienia publicznego została ustalona na kwotę 102 098 581,93 zł, co stanowiło równowartość 23 679 426,20 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20.05.2019r. pod nr 2019/S 096-231118.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej, na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdził naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy PORR S.A., której treść była niezgodna z treścią SIWZ, a także naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty, w wyniku których zmianie ulegała treść oferty złożonej przez wykonawcę PORR S.A.

W toku prowadzonej kontroli ustalono, co następuje:

Zgodnie z treścią rozdziału IV.1.2. SIWZ „Ofertę należy przygotować wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 SIWZ. Do formularza oferty – załącznik nr 2 SIWZ należy załączyć WYCENIONY WYKAZ ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH (WWER) – zał. Nr 2.1. SIWZ, stanowiący integralną treść oferty jako jej część”, natomiast w pkt IV.4.2. SIWZ wskazano iż „Cenę oferty brutto należy obliczyć na podstawie załączników SIWZ tj. – Opisu Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami (zał. Nr 1 SIWZ) wypełniając WWER (zał. 2.1.SIWZ)”. Pozycja nr 1 w tabeli WWER to „Opracowanie dokumentacji projektowej”, natomiast pozycja nr 2 to „Wykonanie robót budowlanych”. Zgodnie z postanowieniami zawartym w pozycji nr 1 tabeli Wyceniony Wykaz Elementów Rozliczeniowych (WWER) stanowiącej obligatoryjny element formularza ofertowego – „Wartość poz. nr 1 nie większe niż 4 % wartości poz. nr 2”.

Wykonawca PORR S.A. za wykonanie całości przedmiotu zamówienia przewidział całkowite wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 166.576.616,00 zł brutto, w tym wartość pozycji nr 1 w formularzu WWER w wysokości 6 579 776,33 zł, natomiast wartość pozycji numer 2 wyniosła 159 996 839,67 zł. Tym samym wartość pozycji w formularzu WWER nr 1 stanowi 4,11%, wartości pozycji nr 2.

Zamawiający, pismem z dnia 19.07.2019 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę PORR S.A. do udzielenia wyjaśnień: „Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień treści formularza Wycenionego Wykazu Elementów Rozliczeniowych (WWER) (zał. Nr 2.1. SIWZ) stanowiącego integralną część ofert.

W wierszu nr 1 poz. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii, uzgodnień i decyzji wymaganych do złożenia wniosku i uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) oraz innych decyzji administracyjnych niezbędnych do zrealizowania zadania inwestycyjnego” WWER wskazane jest, że wartość poz. nr 1 nie większa niż 4% wartości poz. nr 2 Wykonanie robót budowlanych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez Wykonawcę robót. W złożonym w ramach Państwa oferty formularzu WWER podana w poz. 1 kwota (6 579 776,33 zł) stanowi jednak więcej, aniżeli 4 % wartości poz. nr 2 (kwoty 159 996 839,67 zł) – a mianowicie 4,11% przy równoczesnym wskazaniu tam, iż wartość poz. nr 1 jest nie większa niż 4 % wartości poz. nr 2.

Wobec powyższego Zamawiający wnosi o złożenie wyjaśnień w przedmiocie treści przedłożonego formularza Wycenionego Wykazu Elementów Rozliczeniowych (WWER) w kontekście wyjaśnienia wskazanej wyżej rozbieżności oświadczeń. Jednocześnie nadmienia się, iż w świetle art. 87 ust. 1 ustawy PZP Wykonawca w ramach składnych wyjaśnień nie może dokonywać jakiegokolwiek zmiany treści oferty”.

Wykonawca PORR S.A. udzielił wyjaśnień, z których wynika, iż: „W odniesieniu do treści formularza Wycenionego Wykazu Elementów Rozliczeniowych (WWER) wyjaśniamy, że wpisaną przez nas kwotę stanowiącą 4,11% wartości poz. nr 2 traktować należy jako omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty lub ewentualnie jako oczywistą omyłkę rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poniżej wskazujemy na czym polega omyłka PORR:

- Dla spełnienia wymagań SIWZ w przedstawionej przez PORR ofercie została przyjęta wartość „Opracowania dokumentacji projektowej” na poziomie 3,95%;
- Omyłkowo wartość ta została przeliczona do ogólnej wartości oferty (sumy poz. 1 i 2), a nie do wartości samej poz. 2 „Wykonanie robót budowlanych”. Wobec czego według błędnego obliczenia – $166\,576\,616,00 \text{ PLN brutto} \times 3,95 = 6\,579\,776,33 \text{ PLN brutto}$; natomiast po przeprowadzeniu prawidłowych obliczeń tj. poprawie omyłki:
 - Prawidłowa wartość poz. nr 1 oferty PORR - „Opracowanie dokumentacji projektowej” wynosi natomiast – $159\,811\,616,00 \text{ PLN brutto} \times 3,95\% = 6\,312\,558,83 \text{ PLN brutto}$;

- W związku z powyższym prawidłowa wartość poz. nr 2 oferty PORR „Wykonanie robót budowlanych” wynosi 166 576 616,00 PLN brutto – 6 312 558,83 PLN brutto = 160 264 057,17 PLN brutto;
- Jednocześnie zmianie nie ulega wartość oferty ogółem, wynosząc w dalszym ciągu 166 576 616,00 PLN brutto.

Omyłka polega zatem na przypadkowym i niezamierzonym wstawieniu przez PORR błędnej liczby (niezgodnej z treścią Załącznika nr 2.1. SIWZ) – w poz. nr 1 oferty PORR – Opracowanie dokumentacji projektowej. (...)

Ewentualnie Zamawiający może potraktować wskazaną wyżej omyłkę, jako oczywistą omyłkę arytmetyczną, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikającą z niewłaściwego przeprowadzenia działania arytmetycznego – poprzez wybranie błędnej podstawy takiego działania”.

Zamawiający, pismem z dnia 25.07.2019 r. działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poinformował wykonawcę PORR S.A. o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W wyniku dokonanych poprawek zmianie uległy kwoty wskazane pozycji nr 1 formularza WWER z kwoty 6 579 776,33 zł brutto na kwotę 6.312.558,83 zł oraz kwota wskazana w pozycji nr 2 formularza WWER z kwoty 159 996 839,67 zł na 160.264.057,17. Powyższe zmiany nie zmieniły całkowitej ceny ofert. W odpowiedzi na powyższe wykonawca PORR S.A. wyraził zgodę na poprawienie ww. omyłek pismem z dnia 26.07.2019 r.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poprawienie omyłek w treści oferty złożonej przez wykonawcę PORR S.A. w wyniku wyjaśnień udzielonych przez tegoż wykonawcę, stanowi istotną zmianę treści oferty, a de facto złożenie nowej oferty. Zamawiający na podstawie złożonej oferty nie mógł samodzielnie poprawić oferty wykonawcy w sposób w jaki tego dokonał po uzyskaniu wyjaśnień. Wykonawca PORR S.A. uświadomiony przez zamawiającego o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, wskazał zamawiającemu w jaki sposób należy poprawić ofertę, aby ta spełniała wymagania zawarte w SIWZ. Sposobu kalkulacji przedstawionego przez wykonawcę PORR S.A. nie sposób wywieść w żaden sposób ze złożonej oferty. Zamawiający nie obniżył wartości „*Opracowania dokumentacji projektowej*” do maksymalnego pułapu zgodnego z SIWZ (jak w przypadku rozpatrywanym w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2019 r. sygn.. akt: KIO/KU 16/19), ale zmienił na podstawie wycień i twierdzeń przedstawionych przez wykonawcę w wyniku udzielania wyjaśnień. Tym samym, w analizowanym przypadku, wykonawca PORR S.A. sugerując zamawiającemu w jaki sposób ten ma poprawić złożoną ofertę, składa inną ofertę niż pierwotna.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powyższym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy PORR S.A., ponieważ cena oferty wykonawcy nie została skalkulowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w WWER, stanowiącym załącznik do SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie posiadał wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny za wykonanie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej. Wiedzę w tym zakresie pozyskał dopiero od wykonawcy PORR S.A., ale nie opierała się ona w żadnym stopniu na informacjach zawartych w ofercie przez wykonawcę PORR S.A., a o udzielone wyjaśnienia. Powyższe niewątpliwie kwalifikuje 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 w treści WWER jednoznacznie wskazywał, że wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 4% wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych.

Zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert wykonawców PORR S.A., której treść była niezgodna z treścią SIWZ stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Poprawa oferty wykonawcy PORR S.A. w sposób wskazany przez tegoż wykonawcę, nieopierający się na informacjach zawartych przez tegoż wykonawcę w ofercie stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W informacji od wyników kontroli wskazano, że naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W dniu 30 września 2019r. Zamawiający zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli i stwierdzonych naruszeń. Wskazał, że mimo iż w informacji od wyników kontroli zaznaczono, że wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, to jednak Zamawiający nie zgadza się z ustaleniami pokontrolnymi i stwierdza, że w odniesieniu do oferty wykonawcy PORR S.A. dokonał prawidłowych czynności proceduralnych. W ramach weryfikacji treści złożonej oferty Zamawiający stwierdził zaistnienie wewnętrznej niespójności oświadczeń w ramach złożonego WWER - wykonawca oświadczył, iż wartość poz. 1 jest nie większa niż 4% wartości z poz. 2, ale jednocześnie faktycznie wpisana w poz. 1 kwota nie mieściła się w limicie 4%. Wobec stwierdzenia niezgodności z SIWZ, ale przede wszystkim wewnętrznej rozbieżności oświadczeń w treści złożonego WER, Zamawiający zobligowany był do wdrożenia procedury wyjaśniającej w tym zakresie - i na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił o wyjaśnienie stwierdzonych wewnętrznych sprzeczności w treści WER. Wykonawca w ramach złożonych wyjaśnień poinformował, że wystąpiła omyłka arytmetyczna polegająca na przypadkowym i niezamierzonym wstawieniu błędnej liczby w poz. nr 1 WWER

- wedle wyjaśnień wartość opracowania dokumentacji projektowej została przyjęta na poziomie 3,95%, ale wartość kwoty wskazywanej w poz. 1 została omyłkowo przeliczona do ogólnej wartości oferty, a nie do wartości samej poz. 2, przez co dokonano błędnego wpisania kwot w poz. 1 i 2 WWER.

Zamawiający, opierając się dotychczasowym doświadczeniu, uznał, że przekazane informacje świadczą o faktycznej możliwości wystąpienia omyłki. Przedmiotowa sytuacja wpisywała się w dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że czynność poprawy omyłki była uzasadniona i nie naruszała zakazów określonych w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprawa była obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający wyraził pogląd, że zaprezentowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowisko jest zbyt formalistyczne i nadmierne, bazujące na nieuzasadnionej okolicznościach sprawy interpretacji poprawy omyłek. Zamawiający zwrócił uwagę, że kwestia poprawy omyłek nie jest sprawą jednoznaczną, niemożliwą do określenia *a priori*, a interpretacja dopuszczalności stosowania mechanizmów art. 87 ust. 2 ustawy Pzp musi być interpretowana w kontekście okoliczności konkretnego przypadku. Zamawiający wskazał, że postępował jednakowo w odniesieniu do wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Analogiczny typ rozbieżności wewnętrznej oświadczeń w treści WWER wystąpił w ofercie MOST Sp. z o.o., Zamawiający dokonał w treści WWER poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Prezes UZP nie zakwestionował tej czynności. Zamawiający wskazał, że w przypadku oferty PORR S.A. zaistniała inna (nie oczywista rachunkowa i nie oczywista pisarska) omyłka w treści oferty, które powoduje jej niezgodność z treścią SIWZ, a jednocześnie nie powoduje ona istotnych zmian w treści oferty. Omyłce polegającej na fizycznym wpisaniu w ramach wydzielenia z ceny ryczałtowej wartości dwóch wyodrębnionych w treści WWER pozycji cenotwórczych w sposób niezgodny z procentowym limitem jednej z tych pozycji nie sposób przypisać charakteru istotnego względem treści całej oferty. Po pierwsze poziom przekroczenia był marginalny (0.11% ponad limit), po wtóre w kontekście ryczałtowego charakteru wynagrodzenie (ceny oferty) rozkład wartości poszczególnych pozycji cenotwórczych nie jest tak istotny, jak w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, a ponadto omyłka ta nie powodowała zmiany ceny oferty. Nie była to omyłka oczywista, co wykluczało zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, jako że nie była widoczna na pierwszy rzut oka. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach opisał kontekst popełnienia omyłki, zakres błędów nią spowodowany. Zamawiający podkreślił, że nie doszło do żadnych negocjacji z wykonawcą, wykonawca wyjaśnił kwestię omyłki a Zamawiający przyjął te wyjaśnienia i dokonał poprawy omyłki, która w ofercie zaistniała. Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika, aby Zamawiający miał *a priori* znać konkretny sposób poprawy oferty i aby ten sposób poprawy miał wynikać z treści samej oferty. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy Porr S.A. wskazują na faktyczną możliwość zaistnienia omyłki w treści WWER podczas jego sporządzania, ponieważ w sposób

prawdopodobny opisany został rzeczywisty rozmiar wypełnienia treści WWER (tzn. wyliczenie kwot obu pozycji z uwzględnieniem limitu wartości poz. 1) oraz geneza zaistnienia omyłki. Zamawiający, bazując na posiadanych i powziętych informacjach dokonał akurat co do charakteru i skutków zaistniałych w treści WWER rozbieżności oceny zbieżnej ze stanowiskiem wykonawcy zaprezentowanym w wyjaśnieniach. Złożone wyjaśnienie nie daje też Zamawiającemu podstaw do stwierdzenia, iż podczas sporządzania WWER faktycznie nie wystąpiły opisane przez wykonawcę omyłki, ale aby wyjaśnienie służyć miało jedynie następczemu uratowaniu oferty o dopasowaniu jej treści do wymagań SIWZ, stanowiąc o złożeniu nowej oferty o innej treści i prowadzeniu niedozwolonych negocjacji. Zamawiający odwołał się również do własnego doświadczenia, z którego wynika, że pomyłki tego rodzaju, jak w przypadku wykonawcy Porr S.A. zdarzają się i błędy takie mogą być poprawiane i nie implikują automatycznej nieważności oferty. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że jego działanie kwalifikowało się jako prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji, o czym miały świadczyć fakt, że Zamawiający nie posiadał wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom kwot z treści WWER, a wiedzę o tym uzyskał od wykonawcy Porr S.A. Po pierwsze – nie istnieje generalny zakres zastosowania procedury wyjaśniającej, po drugie – w niniejszym postępowaniu nie było obiektywnie możliwe wywiedzenie sposobu kalkulacji ceny ofertowej w zakresie określenia kwot częściowych zawartych w WWER, ponieważ oświadczenie to było jedynym miejscem, w jakim uzewnętrzniany był ten aspekt treści oferty. W konsekwencji, Zamawiający twierdził, że w tej konkretnej sytuacji było konieczne i zasadne dokonanie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawy oferty Porr S.A. w zakresie usunięcia stwierdzonych rozbieżności wewnętrznych w treści WWER.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia, pismem z dnia 15.10.2019r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował, że podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Prezes Urzędu nie zaprzeczył, iż Zamawiający miał możliwość zwrócenia się do wykonawcy PORR S.A. w celu żądania od tegoż wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym w szczególności w zakresie rozbieżności w ramach oferty, a także w zakresie wątpliwości co do jej zgodności z SIWZ. Jednakże nie można, jak twierdzi Zamawiający, zakwalifikować przedmiotowej niezgodności z SIWZ oraz wewnętrznej niezgodności oferty, jako omyłki podlegającej poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w sposób w jaki dokonał tego Zamawiający, także w świetle wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę PORR S.A.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zgodził się także z twierdzeniem, iż udzielone przez Wykonawcę PORR S.A. wyjaśnienia są „prawdopodobne i spójne”. Ze złożonych wyjaśnień wynika, iż wykonawca PORR S.A. na etapie kalkulowania wartości poz. nr 1 WWER, znał

wartość poz. nr 2 WWER, skoro w oparciu o tę kwotę i przyjęty, deklarowany w wyjaśnieniach, współczynnik (3,95%) chciał obliczyć wartość poz. nr 1 WWER (o czym bezpośrednio stanowi pkt 2 udzielonych wyjaśnień). W takim przypadku, poprawienie omyłki powinno polegać na przemnożeniu wartości poz. nr 2 przez współczynnik 3,95%. Zatem zgodnie z powyższymi niewyjaśnianymi kwestiami oraz wartością poz. nr 1 WWER wskazaną w ofercie wyliczenie wartości poz. nr 1 WWER winna przedstawiać się w następujący sposób: $3,95\% \times 159.996.839,67 \text{ zł} = 6.319.875,17 \text{ zł}$. To z kolei spowodowałoby, iż cena oferty ogółem po sumowaniu poz. nr 1 i nr 2 WWER wyniosłaby - 166.316.714,84 zł, a nie - 166.576.616,00 zł jak wykonawca PORR S.A. wskazał w WWER.

Prezes Urzędu zawrócił także uwagę na fakt, iż wykonawca PORR S.A. wskazał, iż omyłkowo pomnożył współczynnik 3,95% przez wartość ogółem, a nie przez wartość poz. nr 2 WWER. Skoro znał wartość ogółem i wartość poz. nr 2 WWER, to aby uzyskać wartość poz. nr 1 WWER powinien odjąć od wartości ogółem (166.576.616,00 zł) wartość poz. nr. 2 WWER (159.996.839,67 zł). W takim przypadku wartość poz. nr. 1 WWER powinna opiewać na kwotę 6.579.776,33 zł i właśnie taką kwotę zamawiający wskazał w WWER złożonym wraz z ofertą i właśnie ta kwota przekracza 4% wartości poz. nr 2 WWER. Pozostała część wyjaśnień wykonawcy również pozostaje w sprzeczności do treści wcześniej udzielonych wyjaśnień. Wykonawca wskazał bowiem inną wartość poz. nr 2 WWER, niż w WWER złożonym wraz z ofertą, na podstawie której jak sam wskazał, rozpoczął kalkulację wartości poz. nr 1 WWER. Wykonawca wskazał inną wartość poz. nr 2 (159.811.616 zł) niż wartość, która znajduje się w formularzu WWER złożonym wraz z ofertą (159.996.839,67 zł). Wykonawca wskazuje, że aby obliczyć wartość poz. nr 1 planował tę nową kwotę (159.811.616 zł) pomnożyć przez współczynnik 3,95%, co daje wartość poz. nr 1 w wysokości 6.312.558,83 zł. Następnie wykonawca dokonuje kolejnego nielogicznego działania, ponieważ wskazuje, że uzyskaną w ten sposób kwotę należy odjąć od wartości ogółem. Następnym logicznym działaniem w takiej sytuacji wydaje się zsumowanie obu kwot częściowych, skoro wykonawca zna już oba składniki, potrzebne do obliczenia sumy, czyli „Wartości ogółem” w formularzu WWER. W wyniku tego sumowania wartość ogółem wyniosłaby 166.124.174,83 zł, czyli inną kwotę niż wskazana w WWER złożonym wraz z ofertą (166.576.616 zł). Jednak i tym razem wykonawca dokonuje niezrozumiałego działania, ponieważ wskazuje, że należy od wartości ogółem wskazanej w WWER (166.576.616 zł) odjąć wartość poz. nr 1 (6.312.558,67 zł), aby uzyskać wartość poz. nr 2, którą wykonawca przecież dobrze zna, ponieważ to na jej podstawie (jak sam wcześniej wskazuje), poprzez przemnożenie jej przez współczynnik 3,95% obliczył wartości poz. nr 1. W wyniku całej serii podjętych działań wartość poz. nr 2 (160.264.057,17 zł) ostatecznie różni się zarówno od wartości wskazanej w WWER (159.996.839,67 zł) jak i od wartości wskazanej chwilę wcześniej przez wykonawcę w wyjaśnieniach (159.811.616 zł). W

ostateczności tak wyliczona wartość poz. nr 1. nie stanowi 3,95% wartości poz. nr 2, lecz 3,9388%, co potwierdza sprzeczność i nielogiczność wyjaśnień wykonawcy.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, powyższe w jasny sposób pokazuje, iż zamawiający nie mógł przyjąć udzielonych wyjaśnień jako prawdopodobnych i spójnych. A tym samym nie mógł poprawić oferty złożonej przez wykonawcę PORR S.A. poprzez dokonanie zmian wartości poz. nr 1 i poz. nr 2 na wartości wskazane przez wykonawcę, ponieważ:

1. wykonawca przedstawia całkowicie nielogiczny oraz sprzeczny z zasadami arytmetycznymi sposób wyliczenia poszczególnych wartości WWER (wyliczenie ceny całkowitej winno być dokonane na podstawie cen jednostkowych, które się na nią składają, a nie jak uczynił to zamawiający w ślad za uzyskanymi wyjaśnieniami wykonawcy – cena całkowita była podstawą do wyliczenia poszczególnych elementów składowych),
2. na potrzeby swoich twierdzeń i obliczeń przedstawia inną wartość poz. nr 2, stanowiącej podstawę do obliczenia innych pozycji w formularzu WWER, niż kwoty pierwotnie znajdujące się w tym formularzu,
3. twierdzenia wykonawcy są ze sobą sprzeczne.

Prezes Urzędu za słuszne uznał wezwanie wykonawcy PORR S.A. do udzielenia wyjaśnień, ale jednocześnie wskazał jako niedopuszczalne działanie Zamawiającego, który wyjaśnienia wykonawcy PORR S.A. uznał za prawdopodobne i spójne, w wyniku czego zmienił treść oferty zgodnie z twierdzeniami wykonawcy PORR S.A., co de facto stanowiło złożenie innej oferty, ponieważ nowa oferta co prawda opiewała na taką samą kwotę, ale wartości poszczególnych elementów cenotwórczych były zupełnie inne niż pierwotnie wskazane w WWER.

W związku z niejasną i nielogiczną treścią wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę, zadaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych trudno zgodzić się z twierdzeniem, iż wykonawca PORR S.A. omyłkowo wpisał nieprawidłowe kwoty względem swoich zamiarów. Dużo bardziej prawdopodobne wydaje się, iż wykonawca nierzetelnie zapoznał się z treścią SIWZ lub przez własny błąd źle skalkulował ofertę, pomijając fakt, iż wartość poz. nr 1 WWER nie może być większa niż 4% wartości poz. nr 2 WWER.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli uprzedniej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podzieliła ustalenia faktyczne dokonane w toku kontroli jak i argumentację prawną, zawartą w Informacji o jej wyniku oraz w odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zastrzeżenia Zamawiającego.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie wykonawcy innej omyłki (niebędącej oczywistą omyłką pisarską i rachunkową), polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a przy tym niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Z literalnego brzmienia tego przepisu wynika, że aby zastosować dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, muszą być spełnione dwa warunki:

1. niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi mieć charakter omyłki,
2. poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty.

Omyłką jest niezamierzony błąd wykonawcy, skutkujący niezgodnością oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O omyłce, podlegającej poprawie przez zamawiającego, możemy mówić jedynie wtedy, gdy na podstawie treści oferty i ewentualnie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, możliwe jest ustalenie, że zamiarem wykonawcy było w istocie złożenie oferty zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego. W orzecznictwie przyjmuje się, że z omyłką, możliwą do poprawy przez zamawiającego, mamy do czynienia wówczas, gdy zamawiający posiada wszelkie dane niezbędne do samodzielnego jej poprawienia (m.in. wyrok KIO z 2 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1022/14). Jeżeli Zamawiający nie jest w stanie odtworzyć właściwej, nieznieskształconej treści oferty, dokonać poprawienia omyłki, co do zasady, nie może dokonać poprawienia omyłki.

W analizowanej sprawie, nie ulega wątpliwości, że wartość poz. 1 w ofercie Porr S.A. przekraczała przyjęty w SIWZ poziom 4% wartości poz. 2 WWER, co stanowiło o niezgodności treści oferty z SIWZ a w kontekście oświadczenia wykonawcy o zachowaniu poziomie 4% stanowiło o wewnętrznej niespójności treści oferty.

Zamawiający w sposób zasadny, działając na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonego formularza WWER. Jednakże, w ocenie Izby, w świetle udzielonych przez wykonawcę Porr S.A. wyjaśnień, nie sposób uznać, że wykonawca dopuścił się omyłki, podlegającej poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia z dnia 23.07.2019r. udzielone przez Porr S.A. są niespójne i

nielogiczne. Wykonawca podał, że na potrzeby tego postępowania założył wartość „Opracowania dokumentacji projektowej” na poziomie 3,95%, jednak w wyniku omyłki została ona przeliczona przez ogólną wartość oferty a nie wartość „Wykonania robót budowlanych”. Gdyby przyjąć takie założenie, jak wskazane przez wykonawcę, to wartość z poz. 2 należałoby pomnożyć przez współczynnik 3,95% a wówczas wartość z poz. 1 wyniosłaby 6 319 875,17zł (a nie jak przyjęta po poprawieniu: 6 312 558,83zł), co miałyby wpływ na całkowitą cenę oferty. Nie wiadomo dlaczego i skąd wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przyjmuje dla obliczenia wartości z poz. 1 „Opracowanie dokumentacji projektowej” wartość 159 811 616 zł, która nie jest podana w żadnym miejscu formularza WWER a następnie z jej uwzględnieniem wylicza wartość „Wykonania robót budowlanych” z poz. 2, wskazując, że w ten sposób nie ulega zmianie całkowita wartość oferty.

Izba potwierdza wszystkie wykazane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na zastrzeżenia, niespójności i sprzeczności zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez Porr S.A. Jednocześnie zauważyć trzeba, że Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach nie odniósł się do niejasności, zawartych w treści samych wyjaśnień Porr S.A. i bez dokonywania ich głębszej analizy przyjął wartości podane przez wykonawcę jako prawidłowe. W ocenie Izby, w oparciu o udzielone wyjaśnienia, które są wewnątrznie sprzeczne i zawierają błędy, zamawiający nie mógł dokonać poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Złożone wyjaśnienia nie eliminowały bowiem wątpliwości co do kalkulacji ceny oferty i przyjętych wartości w poz. 1 i 2. Abstrahując od oceny istotności wpływu poprawy omyłek na treść oferty, należy uznać, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie uprawdopodobnił, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ była następstwem niezamierzonej omyłki, która znajdowałaby swoje logiczne uzasadnienie. W konsekwencji, w związku ze sprzecznymi wyjaśnieniami wykonawcy co do sposobu obliczenia wartości poszczególnych pozycji, Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia nie mógł usunąć zaistniałej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Okoliczności sprawy, a przede wszystkim złożone niespójne wyjaśnienia wykonawcy, wskazują, że do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ doszło na skutek nierzetelnego sporządzenia oferty, z pominięciem wymagania dotyczącego procentowego udziału poz. 1 do poz. 2 WWER.

Jednocześnie Izba potwierdza, że wykazane naruszenie przepisów ustawy Pzp, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem oferta wykonawcy Porr S.A. została skasyfikowana wg kryteriów oceny ofert na 6- tej pozycji spośród 9-ciu złożonych ofert.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....