

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 19 marca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 20 lutego 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Polskie Koleje Państwowe Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie**, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 14 lutego 2019 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę dworca kolejowego Bielsk Podlaski”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Polskich Kolei Państwowych Spółki Akcyjnej do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie w zakresie zarzuconego naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zwrócenie wadium wykonawcy Torpol S.A. po upływie 23 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zasługują na uwzględnienie w zakresie zarzuconego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez poprawę w ofercie wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. kwoty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w taki sposób, aby była ona wyceniona w zakresie nieprzekraczającym 1% całkowitego wynagrodzenia brutto oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. oraz wykonawcy Torpol S.A., które zawierały błąd w obliczeniu ceny.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 14 lutego 2019 r. zakończył kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę dworca kolejowego Bielsk Podlaski”, prowadzonego przez zamawiającego – Polskie Koleje Państwowe S.A. w trybie przetargu nieograniczonego, numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2018/S 139-316816.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał na naruszenie:

1. art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zwrócenie wadium wykonawcy Torpol S.A. po upływie 23 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez poprawę w ofercie wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. kwoty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w taki sposób, aby była ona wyceniona w zakresie nieprzekraczającym 1% całkowitego wynagrodzenia brutto oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. oraz wykonawcy Torpol S.A., które zawierały błąd w obliczeniu ceny.

Zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu złożono następujące oferty: P. Budownictwo Sp. z o.o., Torpol S. A., Firma Usługowo Budowlana „W.” A. W. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SKB Budownictwo Sp. z o.o. i SKB S.A.

18 grudnia 2018 r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P. Budownictwo Sp. z o.o.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego z 25 stycznia 2019 r., przekazanych Prezesowi UZP w toku kontroli, Zamawiający dokonał zwrotu wadium wykonawcy Torpol S.A., którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, przy piśmie z 10 stycznia 2019 r., tj. po upływie 23 dni od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”, zatem należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa. Sąd Najwyższy w wyroku z 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 293/06 stwierdził, że użytego w art. 455 Kodeksu cywilnego terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kodeksu cywilnego. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 22 marca 2001 r., sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z 28 kwietnia 2004 r., sygn. akt V CK 461/03. Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów (por. art. 354 § 1 Kodeksu cywilnego) oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (por. art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego).

Tym samym termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a tego przepisu. Powyższe oznacza, iż dokonanie tej czynności powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z tym, iż przepis art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie nakazuje zamawiającemu niezwłoczny zwrot wadium, przyjęć należy, iż brak zwrotu wadium wykonawcy Torpol S.A., pomimo upływu 23 dni od daty powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Prezes UZP wskazał, że stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

Zgodnie z treścią rozdziału XVIII pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” wykonawca miał określić cenę oferty poprzez wskazanie w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji, należnego mu całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego, które obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. W punkcie 11. Zamawiający określił, iż sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia określone zostały we wzorze umowy stanowiącym

załącznik nr 9 do specyfikacji. Zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 4 wzoru umowy „wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1”.

Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poinformował wykonawcę P. Budownictwo Sp. z o.o. o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Ww. wykonawca za wykonanie całości przedmiotu zamówienia przewidział całkowite wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 10.902.734,76 zł brutto, w tym kwota netto 8.864.012,00 i podatek VAT – 2.038.722,76 zł. W wyniku dokonanych poprawek zmianie uległy kwoty wskazane w punkcie 2. formularza ofertowego, tj. wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych – 10.757.041,26 zł brutto, w tym kwota netto 8.745.562,00 zł i podatek VAT 2.011.479,26 zł oraz wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowej – 145.693,50 zł brutto, w tym 118.480,00 zł netto i podatek VAT 27.243,50 zł zmieniono na: wynagrodzenie za wykonanie robót budowlanych – 10.793.707,41 zł brutto, w tym kwota netto 8.775.371,88 zł i podatek VAT 2.018.335,53 zł oraz wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowej – 109.027,35 zł brutto, w tym 88.640,12 zł netto i podatek VAT 20.387,23 zł. Wykonawca P. Budownictwo Sp. z o.o. wyraził zgodę na poprawienie ww. omyłek.

Jednocześnie Zamawiający zaniechał poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy Torpol S A. w zakresie kwoty wskazanej w punkcie 2. formularza ofertowego, mimo iż wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej również przekraczało 1% całkowitego wynagrodzenia brutto. Wykonawca ten za wykonanie całości przedmiotu zamówienia przewidział bowiem całkowite wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 11.945.000,00 zł brutto, w tym kwota netto 9.711.382,11 zł i podatek VAT – 2.233.617,89 zł, zaś ujęte w powyższej kwocie wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowej ustalone zostało na kwotę 300.000,00 zł brutto, w tym kwota netto 243.902,44 zł i podatek VAT – 56.097,56 zł, tj. 2,51% całkowitego wynagrodzenia brutto.

W trakcie kontroli Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż okoliczność wyceny przez wykonawcę P. Budownictwo Sp. z o.o. kwoty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie przekraczającym 1% całkowitego wynagrodzenia brutto stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nie dokonał odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu błędu w obliczeniu ceny.

Zamawiający wyjaśnił, że przy dokonaniu poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, kierował się dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień. 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 Prawo zamówień publicznych 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. W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. W judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami specyfikacji. Jednakże nawet wystąpienie tak skonkretyzowanego stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierwszej kolejności obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności ze specyfikacją nie mających istotnego charakteru. Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 4 wzoru umowy „wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1”. Natomiast w treści wzoru

formularza ofertowego wskazano: „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:), w tym: kwota netto: zł (słownie:) i należny podatek VAT zł (słownie:),

2) wynagrodzenie za opracowanie dokumentacji projektowej, określonej w §1 ust. 1 pkt II wzoru umowy, w kwocie brutto: zł (słownie:), w tym: kwota netto: zł (słownie:) i należny podatek VAT zł (słownie:)”.

W ocenie Zamawiającego dokonanie zmian w wartościach procentowych poszczególnych składników zamówienia, z zachowaniem ceny całkowitej oferty na poziomie wskazanym przez wykonawcę, na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest dozwolone. Powyższe stanowisko jest uzasadnione tym, iż poprawki, jakie zostały dokonane w treści formularza ofertowego, nie są zmianami istotnymi w treści oferty. Uwzględniając powyższe, nie zaistniała też przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień również w zakresie braku badania oferty wykonawcy Torpol S A. w analogicznym zakresie, w tym braku poinformowania go o poprawieniu innych omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, chociaż wynagrodzenie tego wykonawcy za wykonanie dokumentacji projektowej również przekracza 1% całkowitego wynagrodzenia brutto.

Zamawiający wskazał, że nie skorzystał z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na optymalizację procesów oceny formalnej i ograniczenia działań czysto biurokratycznych. Oferta złożona przez wskazanego wykonawcę została sklasyfikowana na trzeciej pozycji – ostatniej pod względem wysokości zaoferowanej ceny, a wysokość środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia była mniejsza, niż wartość oferty złożonej przez Torpol S.A. Zamawiający podjął bowiem decyzję, iż maksymalna kwota, jaką może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to kwota do wartości oferty P. Budownictwo Sp. z o.o. W przypadku, gdyby w najkorzystniejszej ofercie cena była jeszcze wyższa, postępowanie zostałoby unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przepis o unieważnieniu postępowania nie wymaga oceny ofert – wystarczające dla unieważnienia jest stwierdzenie, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Nawet gdyby Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki w omawianym zakresie, to z zachowaniem ceny całkowitej oferty na poziomie wskazanym

przez Torpol S.A., oferta uplasowałaby się na trzeciej pozycji w rankingu i nie byłaby ofertą najwyższej ocenioną.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie 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. Powyższy przepis służy do usuwania niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, w związku z czym zmiana oferty dokonywana na jego podstawie powinna polegać na skonfrontowaniu treści oferty z odpowiednim postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustaleniu jej sprzeczności z tym postanowieniem, a następnie poprawieniu treści oferty w sposób odpowiadający temu postanowieniu specyfikacji, z jednoczesnym uwzględnieniem, iż dokonana poprawa nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Prezesa UZP określenie kwoty, która nie mieści się w z góry założonym przedziale (tj. wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie mogło przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 wzoru umowy), będącym elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie stanowi omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można poprawić ww. zapisów w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 dokumentacji projektowej zastosowanego przez wykonawcę, ponieważ jest to pozycja ryczałtowa. Ponadto Zamawiający określił wartość wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w przedziale wartościowym ceny oferty: „nie może przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1” nie ustanawiając w tym zakresie konkretnej wartości, np. na poziomie 1%. A zatem dokonanie przez Zamawiającego poprawy oferty wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynikało z arbitralnej decyzji Zamawiającego i przyjęcia wartości dla tego elementu ceny oferty na poziomie 1% całkowitego wynagrodzenia brutto. Z uwagi na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie Zamawiający nie miał możliwości poprawiania omyłki bez udziału wykonawcy.

Wycena przez wykonawcę P. Budownictwo Sp. z o.o. kwoty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie przekraczającym 1% całkowitego wynagrodzenia brutto nie może zostać zakwalifikowana jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, więc nie można uznać, że wykonawca

popęłnił omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, która podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. A zatem również przytoczone przez Zamawiającego orzecznictwo dotyczące możliwości dokonania poprawy oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z powyższym Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. oraz wykonawcy Torpol S.A., ponieważ ceny ofert obydwu wykonawców nie zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie posiadał wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny za wykonanie robót budowlanych oraz dokumentacji projektowej. Wiedzę w tym zakresie mógłby uzyskać dopiero z wyjaśnień pozyskanych od wykonawców, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający już w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazywał, że wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto.

W ocenie Prezesa UZP zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert wykonawców P. Budownictwo Sp. z o.o. oraz wykonawcy Torpol S.A., które zawierały błąd w obliczeniu ceny, stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a poprawienie w ofercie wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. kwoty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w taki sposób, aby była ona wyceniona w zakresie nieprzekraczającym 1% całkowitego wynagrodzenia brutto, dodatkowo stanowi o naruszeniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Prezes UZP zalecił Zamawiającemu odrzucenie ofert ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz – w konsekwencji – unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszeń.

W zakresie zarzucanego naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił uwagę na okres świąteczno-noworoczny i związane z nim urlopy. Wybór

najkorzystniejszej oferty został bowiem dokonany 18 grudnia 2018 r. (3 dni do weekendu i świąt Bożego Narodzenia), a zwrot wadium nastąpił w możliwie najwcześniejszym terminie, tj. 10 stycznia 2019 r. Podkreślił, że w przepisach prawa brak jest jednoznacznego określenia, co należy rozumieć pod pojęciem „niezwłocznie”. Dlatego też w ocenie Zamawiającego zwrot wadium nastąpił zgodnie z przepisami prawa i w terminie możliwie najkrótszym.

W zakresie zarzucanego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdził, że w jego ocenie nie doszło do naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz posiadał on prawo, a wręcz obowiązek, wynikający wprost z ustawy Prawo zamówień publicznych, poprawienia omyłki, która wystąpiła w okolicznościach niniejszej sprawy.

Zamawiający dokonał poprawienia w ofercie wykonawcy P. Budownictwo Sp. z o.o. omyłki polegającej na niezgodności oferty wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Przedmiotowe poprawienie zostało dokonane w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie którego zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W świetle powyższego przepisu, mając na uwadze fakt, iż wykonawca w formularzu ofertowym wskazał kwotę za oferowaną dokumentację projektową, wchodzącą w skład całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego, wyższą o 0,34 % od kwoty, którą jako górny limit określił Zamawiający (tj. wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie mogło przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1), Zamawiający uznał, iż przedmiotowa poprawa omyłki to zmiana niepowodująca zmian w treści oferty wykonawcy, jak też zmiana nieistotna.

Dokonana przez Zamawiającego zmiana w treści oferty została dokonana w granicach kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto zaoferowanego przez wykonawcę, co oznacza, iż wartość wynagrodzenia całkowitego wykonawcy nie uległa jakiegokolwiek zmianie. W konsekwencji nie spowodowało to ani nie mogło spowodować naruszenia zasad konkurencji – nie doprowadziło do zmiany rankingu ofert ani do jakiegokolwiek zmiany w zakresie zaoferowanego wynagrodzenia całkowitego będącego wynagrodzeniem ryczałtowym. Poprawka została dokonana w odniesieniu do jednego ze składników wynagrodzenia wykonawcy, tj. wynagrodzenia za dokumentację projektową – stanowiącą niewielki tylko i nieistotny procent zakresu prac do wykonania w ramach robót budowlanych (przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane). Dokonana przez Zamawiającego zmiana dotyczyła

zmiany kwoty wskazanej przez wykonawcę w zakresie wyłącznie jednego z nieistotnych (biorąc pod uwagę rodzaj zamówienia) składników wynagrodzenia. Zamawiający dokonując poprawy omyłki w ofercie wskazał, iż: kwota wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, tj. wynagrodzenie całkowite ryczałtowe w wysokości brutto pozostało na tym samym poziomie, na którym określił je wykonawca – tj. 10 902 734,76 zł, a zmianie podlegały tylko poszczególne składniki całości wynagrodzenia, tj. za opracowanie dokumentacji projektowej określonej w § 1 ust. 1 pkt II wzoru umowy, określone przez wykonawcę w kwocie brutto: 145 693,50 zł na wynagrodzenie w kwocie brutto: 109 027,35 zł, i w konsekwencji powyższego – za wykonanie robót budowlanych, określonych w § 1 ust. 1 pkt I wzoru umowy, określone przez wykonawcę w kwocie brutto: 10 757 041,26 zł na wynagrodzenie w kwocie brutto: 10 793 707,41 zł.

Powyższa zmiana wynikała z faktu, iż zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 4 załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzoru umowy) „wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1”. Powyższe postanowienie zostało wskazane przez Zamawiającego z uwagi na fakt, iż w okolicznościach niniejszej sprawy dokumentacja projektowa dotyczy znikomego zakresu prac, stanowiąc niejako dodatkowy element zamówienia (robót budowlanych), które są przedmiotem umowy.

Skoro sama dokumentacja stanowi tylko nieznaczny procent prac (robót budowlanych), to tym bardziej wynagrodzenie za jej wykonanie stanowi nieistotny element oferty. Zatem w przypadku niewłaściwego jego określenia (niezgodnego z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia), Zamawiający ma prawo do dokonania jego poprawienia – zgodnie ze wskazanymi przez siebie zasadami.

Wymóg Zamawiającego co do sposobu podziału wartości wynagrodzenia został określony w postanowieniach wzoru umowy, nie wskazano zaś na niego wprost w formularzu ofertowym, dlatego Zamawiający uznał, iż zasadnym jest dokonanie poprawienia oferty zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, a nie odrzucanie oferty wykonawcy. ;

Dokonana poprawka stanowiła *de facto* tylko zmianę sposobu zapłaty i rozliczenia – skoro bowiem kwota całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy nie uległa zmianie, a dokonano tylko zmiany w zakresie zmniejszenia o 0,34 % kwoty w zakresie dokumentacji, to nie można uznać, iż mamy tu do czynienia z istotną zmianą. Zmiana została dokonana w odniesieniu do jednego ze składników wynagrodzenia wykonawcy, który w ramach przedmiotowego zamówienia nie mógł stanowić nawet *essentia negotii* umowy, co oznacza, iż wbrew twierdzeniom Prezesa UZP nie mógł być i nie był przedmiotem negocjacji (którym zgodnie z przepisami prawa podlegają elementy przedmiotowo istotne). Dokumentacja projektowa stanowi tylko nieznaczny część przedmiotu umowy. Jest ona 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe (całościowe) nie zostało w ogóle zmienione, a tylko ono, a nie znikomy jego składnik w postaci dokumentacji, może być traktowane jako jedno z istotnych postanowień umownych, co do których możliwość prowadzenia negocjacji jest zresztą różnie interpretowana.

Poprawienie oferty wykonawcy nie prowadziło do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie, ponieważ globalna cena nie uległa zmianie tylko cena za element/etap, a więc jej fragment.

Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie sądowym oraz KIO, w którym wskazano między innymi, iż poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 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 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 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), Zamawiający posiadał nie tylko prawo, a wręcz obowiązek do dokonania poprawy tego typu omyłki. Przedmiotowa poprawka została dokonana z uwagi na obowiązek Zamawiającego do poprawienia omyłki, która została oceniona przez Zamawiającego jako omyłka podlegająca usunięciu.

Zamawiający, zgodnie z licznym orzecznictwem oraz stanowiskiem doktryny, przyjął szerokie rozumienie terminu „omyłka” użytego w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. *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. (...) Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Dla wystąpienia podstaw do dokonania poprawek w ofercie z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek oraz 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 Prawo zamówień publicznych omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie (wyrok KIO z 30 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1066/11).

Powyższe interpretacje omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostają również w zgodzie ze słownikowym rozumieniem słowa „omyłka”, które oznacza „sposrządzenie, 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 Prawo zamówień publicznych. Z ww. zasad/wytycznych/interpretacji wynika, iż obecnie brak jest podstaw do odrzucenia 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 zawartego w ofercie), co bezsprzecznie miało miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy.

Wbrew stanowisku wyrażonemu przez Prezesa UZP, Zamawiający posiadał możliwość jednoznacznego poprawienia omyłki, czego dokonał. Dokonując poprawy przyjął, iż skoro wykonawca przekroczył wskazany przez Zamawiającego próg składnika wynagrodzenia w zakresie dokumentacji projektowej o 0,34 % w odniesieniu do ustanowionego maksymalnego progu 1 %, to możliwe i zasadne jest dokonanie poprawienia takiej omyłki do progu wskazanego przez Zamawiającego jako próg maksymalny, czyli 1 %. Przedmiotowa decyzja Zamawiającego nie może być kwalifikowana jako arbitralna w sytuacji, gdy dokonanie poprawki nastąpiło według jasnej i jednoznacznej zasady, określonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którą maksymalna wartość dokumentacji to 1 % – do progu wskazanego jako maksymalny, czyli 1 %; dokonanie poprawienia omyłki nastąpiło bez konieczności prowadzenia jakichkolwiek negocjacji pomiędzy Zamawiającym oraz wykonawcą (nie można się zgodzić z twierdzeniem, iż doszło do prowadzenia negocjacji z wykonawcą i przez to naruszenia przepisu art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych); 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. W sytuacji, gdyby taki sposób dokonania poprawienia omyłki był niezgodny z intencją wykonawcy, odmówiłby on wyrażenia zgody na poprawę omyłki.

W świetle powyższego brak jest podstaw do uznania za słuszne twierdzeń i argumentów Prezesa UZP w zakresie braku możliwości poprawienia przez Zamawiającego omyłki, która miała miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy. Dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy zgodnie z zaleceniem Prezesa UZP w ocenie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś przedmiotowa decyzja Zamawiającego musiałaby zostać uznana za skrajnie formalistyczną, której konsekwencją byłaby konieczność powtórzenia całego postępowania o udzielenie zamówienia.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a zgłoszone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie w zakresie zarzuconego naruszenia art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasługują na uwzględnienie w zakresie zarzuconego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba podzieliła opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Z ustępu 4a artykułu 46 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zaś, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Należy zgodzić się z interpretacją, że określenie „niezwłocznie” nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem „natychmiast”, lecz oznacza termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju. Termin ten zazwyczaj tłumaczy się również jako „bez zbędnej zwłoki”.

Przekładając jednak założenia teoretyczne na okoliczności faktyczne zaistniałej sytuacji należy stwierdzić, że w przedmiotowej sytuacji termin „niezwłocznie” w sposób nieuzasadniony nie został dotrzymany. Zamawiający wskazał bowiem, jako jedyną okoliczność uzasadniającą późniejszy zwrot wadium, okres świąteczno-noworoczny.

Należy przyznać rację Prezesowi UZP, że dokonanie czynności zwrotu wadium powinno nastąpić w możliwie najkrótszym terminie od wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pierwszym terminem, w którym Zamawiający zgodnie z przepisami mógł zwrócić wadium, był dzień dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (przekazania wykonawcom informacji o tym wyborze), tj. 18 grudnia 2018 r.

Jest faktem powszechnie wiadomym, że okolice świąt Bożego Narodzenia i Nowego Roku to zwyczajowy okres urlopowy pracowników, w którym następuje też stosunkowo wiele dni ustawowo wolnych od pracy. Jednak ustalenia pomiędzy pracodawcą i jego pracownikami co do zakresu realizacji obowiązku świadczenia pracy w tym okresie są sprawą wewnętrzną organizacji Zamawiającego jako pracodawcy i – jakiegokolwiek by one nie były – nie oznaczają to, że Zamawiający nie ma powinności takiego zorganizowania pracy, który pozwalałby mu na realizację jego obowiązków ustawowych jako instytucji.

Należy też podkreślić, że sama czynność zwrotu wadium nie jest czynnością skomplikowaną, która wymagałaby podjęcia złożonych decyzji, czy czaso- i pracochłonnych działań ze strony pracowników. Nie występowała tu też duża liczba wykonawców, w stosunku do których taką czynność należało wykonać. Dyspozycja zwrotu wadium mogła też zostać przygotowana równocześnie z przygotowaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – tym bardziej, że rychłe nadejście okresu świąteczno-noworocznego i związanego z nim okresu urlopowego, na który wskazywał Zamawiający, było wiadome i oczywiste.

W związku z powyższym Zamawiający nie wykazał, że jego działanie nie było obarczone „zbędną zwłoką”, jak też, że w danych okolicznościach wcześniejszy niż 10 stycznia 2019 r. zwrot wadium był nierealny, niemożliwy lub nieuzasadniony, a jego zaniechanie należy ocenić jako naruszenie dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podzieliła natomiast opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że zamawiający odrzuca ofertę m.in. jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2), zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6) lub 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 (pkt 7).

Zgodnie z dyspozycją art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, która stanowi pewną całość, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem

ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (ust. 1). W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ust. 1a). 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 przywołanego art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający „poprawia” w ofercie (czyli zobowiązany jest do poprawienia w przypadku ich stwierdzenia): oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki (tj. inne niż wskazane w punkcie 1. i 2., czyli inne niż oczywiste omyłki pisarskie i inne niż oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Z treści przepisu art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika więc, że zamawiający nie może dokonywać jakiegokolwiek zmiany w treści oferty wykonawcy (ingerować w treść oferty), z wyjątkiem zmian, które zostały w tym przepisie wskazane. Zatem sporny art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z założenia ustawodawcy dopuszcza pewną ingerencję, jakkolwiek w niewielkim (nieistotnym) zakresie.

Należy przy tym zwrócić uwagę, jaki rodzaj poprawek został przez ustawodawcę dopuszczony: w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 mowa jest o omyłkach „oczywistych”, które to pojęcie i rodzaj omyłek ma swoją szeroką wykładnię zawartą w orzecznictwie i piśmiennictwie z zakresu prawa cywilnego, administracyjnego itd.

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).

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.

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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym, jak słusznie zauważył Zamawiający, ze względu na potencjalną nieokreśloną liczbę potencjalnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i 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.

Z logicznego zaś punktu widzenia należy stwierdzić, że dokonanie poprawki na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwe przy zachowaniu pewnych naczelnych zasad: poprawka nie może być istotna, powinna doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji w sposób jak najmniej ingerujący w treść oferty i powinna być dokonana w sposób racjonalny i dający się uzasadnić.

Aby spełnić ww. wymogi, należy znaleźć jak najbliższy punkt wspólny pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ofertą, realizującą jednocześnie postulat zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i najmniejszej ingerencji w treść oferty.

W przypadku niniejszego postępowania, jest to wskazany w specyfikacji 1% jako wartość maksymalna, a redukcja wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej z 1,34% do 1% oraz „przesunięcie” pozostałej kwoty do wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, bez zmiany całkowitej wartości wynagrodzenia wykonawcy (ceny oferty brutto) była najmniejszą możliwą ingerencją w wartość tej pozycji, która powodowała osiągnięcie założonego celu. Z tego powodu zmiana taka była też logicznie uzasadniona. Trudno natomiast znaleźć powód, dla którego Zamawiający miałyby wybrać inny niż 1% odsetek tej wartości.

Poprawienia zaistniałej omyłki w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można też określić jako decyzji arbitralnej – jest ona obiektywnie zrozumiała i akceptowalna – wynikała też bezpośrednio z postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 7 ust. 4

wzoru umowy: „wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 1% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1”).

Należy również zauważyć, że postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczające wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie dokumentacji projektowej do poziomu maksymalnie 1% wartości całkowitego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie było w żaden sposób związane z realnymi zyskami wykonawcy ani realnymi kosztami, które poniesie wykonawca, czy to sporządzając dokumentację samodzielnie, czy przy wykorzystaniu podwykonawców, lecz było jedynie ograniczeniem formalnym narzuconym przez Zamawiającego. Zawarcie takiego zastrzeżenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest bowiem równoznaczne z tym, że wykonawcy ponoszą koszty tylko w tych granicach i nie ma żadnego odniesienia do dokonywanych przez nich wewnętrznych kalkulacji.

Zatem niezależnie od oszacowanego kosztu opracowania dokumentacji projektowej, wykonawcy muszą ten koszt w ofercie, w pozycji dotyczącej dokumentacji projektowej, zmniejszyć do 1%, a w konsekwencji, zawrzeć go w ryczałcie za wykonanie robót budowlanych – takie były bowiem założenia specyfikacji.

Dlatego też dla samej treści oferty (czy to przed, czy po dokonaniu poprawki) nie ma znaczenia, czy Zamawiający znał, czy też nie znał sposobu kalkulacji ceny wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej zastosowanego przez wykonawcę.

Z powyższych powodów nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że zaistniałej wady nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający nie miał możliwości jednoznacznego poprawienia omyłki na podstawie złożonych dokumentów oraz formularza oferty, jak też, że Zamawiający nie posiadał wystarczających danych, aby samodzielnie poprawić ofertę i potrzebne mu były w tym celu wyjaśnienia wykonawców lub negocjacje z nimi co do treści złożonej oferty. Przeczy temu też postępowanie Zamawiającego, który ofertę poprawił – jednoznacznie – bez takich wyjaśnień, ustaleń, czy komunikowania się z wykonawcą – za wyjątkiem obowiązkowego przesłania mu informacji o fakcie dokonania poprawienia omyłki (o czym mowa w art. 87 ust. 2 *in fine*) i uzyskania zgody na dokonanie tej poprawki, co z kolei wynika z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zaistniałą wadę oferty, w ocenie Izby, należy również uznać za omyłkę w tym znaczeniu, że nie ma podstaw do zakwalifikowania jej jako działania wynikającego z celowego zignorowania przez wykonawcę znanego mu wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub celowego działania wbrew temu wymogowi. Z doświadczenia Izby w tym zakresie wynika, że domniemaną przyczyną tego stanu rzeczy jest fakt, iż Zamawiający nie

zamieścił przedmiotowego wymogu w rozdziale XIII specyfikacji, z założenia poświęconym sposobowi obliczenia ceny oferty, z ewentualnym powtórzeniem w formularzu oferty – co pozwalałoby na łatwe zidentyfikowanie tego wymagania – lecz dopiero w § 7 ust. 4 wzoru umowy (str. 13), poświęconym warunkom płatności, co nie sprzyjało przejrzystości specyfikacji istotnych warunków zamówienia i spostrzeżeniu tego wymogu przez wykonawców – co Zamawiający zresztą sam zauważył w swoim stanowisku zawartym w zastrzeżeniach do wyniku kontroli.

Omyłka ta, w ocenie Izby, nie była też istotna – był to jedynie niewielki odsetek ceny oferty (0,34%), przeniesiony pomiędzy pozycjami wyceny, przy braku zmiany całkowitej ceny oferty, a samej zmianie uległa nie cena jako całość, lecz sposób rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w trakcie realizacji umowy.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do wskazanego zaś przez Prezesa UZP naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy przede wszystkim zauważyć, że przywołana podstawa odrzucenia oferty nie jest adekwatna do 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.

Stwierdzona przez Prezesa UZP wada oferty została zakwalifikowana jako błąd w obliczeniu ceny i w związku z tym nie dająca się poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak argumentacja w tym zakresie przedstawiona przez Prezesa UZP jest niekonsekwentna – z jednej strony wskazuje on bowiem, że powstałego błędu nie można zakwalifikować jako niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, lecz jest to błąd w obliczeniu ceny, który z tego powodu nie podlega poprawieniu (wycena przez wykonawcę P. Budownictwo Sp. z o.o. kwoty wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie przekraczającym 1% całkowitego wynagrodzenia brutto nie może zostać zakwalifikowana jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a z drugiej, że ów błąd w obliczeniu ceny polega właśnie na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, „ponieważ ceny ofert obydwu wykonawców nie zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odniesienie się do art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i rozróżnienie pomiędzy nimi ma najczęściej charakter formalny, a zakres

zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych pokrywa się z zakresem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest przez niego „konsumowany”, ponieważ *gros* „błędów w obliczeniu ceny” nie stanowi błędów samoistnych, dotyczących ceny jako takiej, lecz polega właśnie na niezgodności obliczeń z założeniami zawartymi w specyfikacji: sposobem obliczenia ceny, wzorem umowy, opisem przedmiotu zamówienia itd. (jedynym odmiennym przykładem jest błąd w podatku od towarów i usług i to pod warunkiem braku wskazania w specyfikacji założeń co do jego korekty).

Co więcej, nie każda niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dotycząca ceny lub kosztu, której nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi błąd w obliczeniu ceny – jest to podstawa do odrzucenia zawarta bezpośrednio w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszym stanie faktycznym, oprócz przedmiotowego postanowienia § 7 wzoru umowy, nie ma żadnych przeszkód prawnych czy faktycznych, dla których wykonawca nie mógłby wskazać wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej większego niż 1%. Zatem jedyna niezgodność w tym zakresie może polegać wyłącznie na niezgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. § 7 ust. 4 wzoru umowy.

Tym samym, *lege artis*, w przedmiotowym stanie faktycznym – jako podstawa odrzucenia – powinien być wskazany nie samodzielnie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz przede wszystkim art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który „konsumuje” cały stan faktyczny, a art. 89 ust. 1 pkt 6 może być przywołany ewentualnie i subsydiarnie, choć nie ma takiej potrzeby, gdyż w żaden sposób nie zmieniliby to sytuacji prawnej oferty. Przy czym, jak już wskazano powyżej, że względu na stwierdzoną możliwość poprawienia zaistniałej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przesłanka odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P. Budownictwo Sp. z o.o., opisana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, również nie zaistniała.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do kwestii odrzucenia lub poprawienia oferty wykonawcy Torpol S.A. należy wskazać, że Zamawiający, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazującym prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zobowiązany jest do jednakowego traktowania

wykonawców w jednakowej sytuacji faktycznej – zatem podczas czynności badania i oceny ofert wszystkie złożone oferty powinny być weryfikowane pod względem merytorycznym w jednakowy sposób (kwestia żądania dokumentów wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest kwestią odmienną). Działania Zamawiającego powinny być również przejrzyste, zatem powinno być przez niego uwidocznione, jaki jest efekt badania oferty: jest ona prawidłowa, jest nieprawidłowa, lecz podlega korekcie, czy też jest nieprawidłowa i podlega odrzuceniu.

Tym samym, jeśli Zamawiający stwierdził w ofercie wykonawcy Torpol S.A. niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinien zweryfikować, czy podlega ona poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też takiemu poprawieniu nie podlega – i w tym wypadku ofertę odrzucić w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Fakt, czy cena oferty tego wykonawcy przekracza kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, czy też nie, nie ma tu znaczenia.

Stwierdzenie, iż w przypadku, gdy cena oferty tę kwotę przekracza, zamawiający może odstąpić od badania ofert, odnosi się do okoliczności, w których to cena oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i dotyczy wszystkich ofert, które nie są badane – a nie jedynie wybranych – ze względu na niecelowość działania związaną z unieważnieniem postępowania (a nie budowaniem rankingu ofert z ofert podlegających i niepodlegających odrzuceniu, czy też zweryfikowanych i niezwyfikowanych).

Ze względu na fakt, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający oferty wykonawcy Torpol S.A. ani nie poprawił, ani nie odrzucił, Izba nie może zweryfikować poprawności tej czynności na przyszłość (czynności, która nie istnieje). Stan faktyczny istniejący w obu ofertach jest potencjalnie tożsamy, gdyż w obu nastąpił tożsamy błąd, tj. przekroczenie wartości maksymalnej 1%. Błąd ten nie jest jednak identyczny wartościowo, lecz wynosi odpowiednio 0,34% (1,34:1 % i 34% wartości dokumentacji) i 1,51 % (2,51:1% i ok. 60% wartości dokumentacji). Biorąc zaś pod uwagę treść przesłanek art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, kluczowe znaczenie ma „istotność”/„nieistotność” omyłki, m.in. w odniesieniu do kwoty różnicy między wartością deklarowaną w ofercie a wymaganą w specyfikacji. Tymczasem ani Zamawiający, ani Prezes UZP nie przedstawili swojego stanowiska w tym zakresie w odniesieniu do wykonawcy Torpol S.A.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....