

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 listopada 2020 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 22 października 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Przysusze

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej o sygn. UZP/ DKZP/KND/36/20 z 8 października 2020 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług w zakresie całodziennego żywienia pacjentów w SPZZOZ w Przysusze (w systemie cateringowym)”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Agata Mikołajczyk
Członkowie:	Małgorzata Matecka
	Aneta Mlącka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Przysusze przeprowadził na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „PZP”, „Pzp, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w zakresie całodziennego żywienia

pacjentów w SPZZOZ w Przysusze (w systemie cateringowym)". Znak postępowania: 01/ZP/2020. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 8 kwietnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 525965-N-20. Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził w Informacji o jej wyniku następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp: (...) art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieuprawnionych poprawek w treści oferty Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli”, w konsekwencji czego zaniechano odrzucenia oferty Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli” jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i udzielono zamówienia Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli” niezgodnie z przepisami ustawy Pzp”.

W toku kontroli ustalono w szczególności co następuje:

Zgodnie z Opisem sposobu przygotowania ofert, stanowiącym rozdział X SIWZ, wskazano między innymi, że: (...)

4. Treść oferty musi odpowiadać treści S/WZ.

5. Oferta musi zawierać formularz oferty oraz aktualne na dzień składania ofert oświadczenia (zał. Nr 1 i 2 do Formularza oferty)

6. Wzór formularza ofertowego stanowi załącznik nr 1 do SIWZ.

(...)

14. Oferty nie odpowiadające zasadom określonym w ustawie oraz nie spełniające warunków ustalonych w niniejszej specyfikacji zostaną odrzucone.

(...)

Natomiast zgodnie z treścią rozdziału VI pkt 3 lit. a) SIWZ oferta powinna również zawierać wypełniony formularz oferty (załącznik nr 1 do SIWZ),

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 20 kwietnia 2020 r. o godzinie 10:15. Zamawiający podał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 772.000,00 zł brutto (386.000,00 zł brutto rocznie). W terminie składania ofert zostały złożone oferty przez następujących wykonawców:

Sygn. akt KIO/KD 50/20

1. JOL-MARK Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi — cena oferty 1.258.877,70 zł brutto (629.438,85 zł brutto rocznie), 60-dniowy termin płatności;
2. Mała Gastronomia „U Eli” z siedzibą w Przysusze - cena oferty 768.690,00 zł brutto (384.345,00 zł brutto rocznie), 60-dniowy termin płatności.

W Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) stanowiącym część oferty Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli” Wykonawca wskazał jako cenę jednostkową diety podstawowej (poz. 1) kwotę 13,00 zł. Jednocześnie zaniechał wskazania cen jednostkowych w pozycjach 2-4, tj. dotyczących cen jednostkowych: diety lekkostrawnej, diety z ograniczeniem (ogr.) łatwo przyswajalnych węglowodanów oraz diety indywidualnej, W pozycji cena jednego osobodnia Wykonawca wskazał kwotę 13,00 zł, natomiast jako całkowitą cenę zamówienia za 1 rok 384.345,00 zł:

1. dieta podstawowa: cena jednostkowa brutto: 13,00
2. dieta lekkostrawna cena jednostkowo brutto:
3. dieta z ogr. łatwo przyswajalnych węglowodanów cena jednostkowa brutto:
4. dieta indywidualna cena jednostkowa brutto:

Cena jednego osobodnia brutto wynosi: 13,00 PLN

Całkowita cena zamówienia brutto na okres 1 roku wynosi: 384.345 PLN

Obliczeń należało dokonać według wzoru zawartego w SIWZ m.in. rozdz. XIII pkt 3.

W trakcie postępowania, w dniu 20 kwietnia 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP dokonał poprawek w treści oferty Wykonawcy zakwalifikowanych przez Zamawiającego jako oczywiste omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający podał, iż czynność polegała na uzupełnieniu pominiętych przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym poz. 2-4, tj. dotyczących cen jednostkowych: diety lekkostrawnej, diety z ogr. łatwo przyswajalnych węglowodanów oraz diety indywidualnej o kwotę 13,00 zł w każdej z tych rubryk. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że treść oferty nie budzi wątpliwości Zamawiającego, ponieważ brakujące kwoty wynikają z treści rubryki „Cena jednego osobodnia brutto” oraz rubryki „Całkowita cena zamówienia brutto na okres 1 roku”.

W dniu 21 kwietnia 2020 r. Wykonawca — Mała Gastronomia „U Eli” poinformował Zamawiającego, iż opuszczenia w pkt 2-4 stanowią oczywistą pomyłkę, a poszczególne kwoty zostały (...) poprawione w sposób prawidłowy, wynikający z kolejnych rubryk oferty.

Sygn. akt KIO/KD 50/20

W dniu 21 kwietnia 2020 r. Wykonawca JOL-MARK Sp. z o.o. i Catermed S.A. wniósł do Zamawiającego o odrzucenie oferty Wykonawcy - Mała Gastronomia „U Eli” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak podania przez tego Wykonawcę wszystkich cen jednostkowych w pkt 2-4, wobec czego formularz oferty był niekompletny, tj. niezgodny z treścią rozdziału VI pkt 3 a) SIWZ.

W dniu 22 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę JOL-MARK Sp. z o.o. i Catermed S.A., iż sposób podania ceny przez Wykonawcę Mała Gastronomia „U Eli” nie budzi wątpliwości, ponieważ brakujące kwoty w poszczególnych rubrykach wynikają z dalszej treści oferty tego Wykonawcy, tj. z rubryki „Cena jednego osobodnia brutto” oraz „ceny całości zamówienia brutto za okres 1 roku”. Ponadto Zamawiający wskazał, że zarówno cena jednego osobodnia, jak i całości zamówienia zostały w ofercie wskazane. Poza tym Zamawiający poinformował o treści pisma Wykonawcy - Mała Gastronomia „U Eli” z dnia 21 kwietnia 2020 r. skierowanego do Zamawiającego,

W dniu 23 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy - Mała Gastronomia „U Eli” jako najkorzystniejszej oferty.

Umowa Nr 010020 w sprawie ww. zamówienia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą została zawarta w dniu 6 maja 2020 r. w Przysusze.

W piśmie z dnia 5 maja 2020 r. skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający wskazał, że sposób podania ceny przez Wykonawcę Mała Gastronomia „U Eli” nie budzi wątpliwości, ponieważ brakujące kwoty w poszczególnych rubrykach wynikają z dalszej treści oferty tego Wykonawcy tj. z rubryki „Cena jednego osobodnia brutto” oraz rubryki „Całkowita cena zamówienia brutto na okres 1 roku”^{*} Wskazana w ofercie kwota 13,00 zł w sposób oczywisty odnosi się także do pozostałych rubryk oraz wynika wprost z podanej ceny osobodnia oraz całkowitej ceny zamówienia podanej przez wykonawcę.

W dniu 12 maja 2020 r. zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług w zakresie całodziennego żywienia pacjentów w SPZZOZ w Przysusze (w systemie cateringowym)” (znak postępowania: 01/zpP020). W związku z tym, Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie potwierdzonych za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących ww. postępowania. Zwrócono się ponadto o odniesienie się do stwierdzenia, jakoby w ofercie Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli” nie zostały podane niektóre elementy cenotwórcze, tj. ceny jednostkowe: diety lekkostrawnej, diety z ogr. łatwo

Sygn. akt KIO/KD 50/20

przyswajalnych węglowodanów oraz diety indywidualnej, które, zgodnie z rozdziałem XIII pkt 3 SIWZ, pozwalały na obliczenie ceny brutto osobodnia, stanowiącego z kolei podstawę do obliczenia ceny całkowitej oferowanej przez Wykonawcę,

W odpowiedzi z dnia 22 maja 2020 r., w odniesieniu do wskazania sposobu ustalenia wartości Zamawiający wskazał również między innymi, że Wykonawca Mała Gastronomia „U Eli” podał wszystkie elementy cenotwórcze tj. podał jedną kwotę w wysokości 13,00 zł, która dotyczyła także kolejnych rubryk, które wykonawca pozostawił niewypełnione, Co najistotniejsze zamawiający nie obliczał samodzielnie na podstawie elementów cenotwórczych ceny brutto osobodnia oraz oferowanej ceny całkowitej, ponieważ były one wskazane przez wykonawcę.

W dniu 20 sierpnia 2020 r, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług w zakresie całodziennego żywienia pacjentów w SPZZOZ w Przysusze (w systemie cateringowym)” (znak postępowania: OI/ZPP020).

W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert, Od tej zasady ustawa przewiduje dwa wyjątki:

- pierwszy dotyczy trybu dialogu konkurencyjnego, w którym wykonawca może sprecyzować i doprecyzować treść oferty oraz przedstawić informacje dodatkowe,
- drugi - możliwości poprawiania przez zamawiającego omyłek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy PZP 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.

Brzmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, jeśli tylko zaliczyć ją można do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Nie jest przy tym konieczne podjęcie przez wykonawcę działania w tym celu. Poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych i konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania

zgody wykonawcy. Wykonawca może nie wyrazić zgody na poprawienie przez zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Oświadczenie w tym zakresie musi złożyć w terminie 3 dni od dnia otrzymania o dokonaniu poprawki w treści jego oferty. Istotnym dla właściwej kwalifikacji prawnej stanu faktycznego sprawy jest analiza ostatniej z powyżej wskazanych grup omyłek tj. innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), do których to Zamawiający zaliczył omyłki w treści oferty Wykonawcy dokonując korekty, dlatego też dalsze rozważania nastąpią z pominięciem grup omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Możliwość ich poprawiania wprowadzona została nowelizacją ustawy Pzp, która miała miejsce w 2008 r. Celem tej regulacji — jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy — było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Z analizy orzecznictwa wynika, że cel powyższej regulacji został osiągnięty, bowiem liczba ofert odrzucanych, z powodu omyłek w ich treści, uległa znacznemu zmniejszeniu. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

- po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp”.

- po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w

sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy PZP określa również granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w sytuacji, w której prowadziłyby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi, co do zasady, fakt, że poprawiona oferta stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłyby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą

Wykonawca, którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu może nie wyrazić zgody na taką zmianę, w takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, do odrzucenia takiej oferty. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP jest jedynie brak zgody, równoznaczny ze sprzeciwem na dokonanie poprawy. Przecząca forma użyta w dyspozycji tego przepisu wskazuje zdaniem Izby, że w każdej innej sytuacji aniżeli „nie wyrażenie zgody” przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta nie podlega zatem odrzuceniu w razie czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody jak i bezczynności wykonawcy wobec zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu jego oferty.

Co do zasady nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty

mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji.

Podobnie, w wyroku z dnia 26 marca 2014 r., Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że dla oceny istotności zmiany znaczenie ma rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron, których dotyczy poprawa, a dla samej czynności poprawienia ma znaczenie realność poprawienia, co do zasady, możliwość poprawienia na podstawie treści oferty, w taki sposób, by poprawa nie stanowiła zmiany oświadczenia woli wykonawcy, a przede wszystkim, by zmiana nie była niedopuszczalną ingerencją zamawiającego w treść oferty, powodującą powstanie nowej treści oświadczenia woli wykonawcy, nie może też prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych części oferty.

Powyżej przytoczone orzecznictwo dotyczyło okoliczności, w których zamawiający przyjmowali kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Należy zarazem stwierdzić, iż również przy założeniu wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym pominięcie w wycenie istotnych składników świadczenia może stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty. W uchwale z dnia 26 marca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, iż sam 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. 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. Uchylenie powyższego przepisu nie oznacza zdaniem Izby, iż zawarte w nim wytyczne utraciły swoje znaczenie, gdyż celem Ustawodawcy 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. Co istotne, Izba stwierdziła przy tym, że 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.

Konkludując, kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego skutku przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.

Po drugie, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei w myśl art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U, z 2019 poz. 1145), ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada SIWZ pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zatem oferta nieodpowiadająca SIWZ to taka, która wykazuje odmiennosć od zapisów SIWZ w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO 1845/13 wyjaśniła, że rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust 2 pkt 3 PrZamPubl); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie.

W przypadku stwierdzenia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, zamawiający ma obowiązek ich poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP pozwala na poprawienie innych omyłek w ofertach, jeśli tylko w konsekwencji dokonania tej czynności nie zmieni się zasadniczo treść zobowiązania wykonawcy. Zatem zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP musi sprawdzić, czy niezgodność oferty z siwz nie podlega poprawieniu. Powyższe wynika z samego celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wyboru

Sygn. akt KIO/KD 50/20

najkorzystniejszej oferty, Osiągnięcie tego celu nie może być zniweczone poprzez odrzucanie ofert tylko z powodu obarczenia ich drobnymi omyłkami, które w świetle art. 87 ust. 2 ustawy PZP mogą być przez zamawiającego poprawione.

Przykładem braku powodującego nieodpowiedniość oferty w stosunku do SIWZ jest brak pozycji w kosztorysie ofertowym. Jest to bowiem ograniczenie składanych informacji w stosunku do żądanych przez zamawiającego i nie może być uznane za działanie zgodne z treścią siwz.

Ponadto, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne oraz prawne, należy stwierdzić co następuje.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt faktyczny przedmiotowego postępowania, należy w pierwszej kolejności wskazać, że w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie wykonawcy miało charakter mieszany (zawierało zarówno elementy wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego). O quasi-kosztorysowym charakterze świadczą choćby postanowienia § 6 Wzoru umowy dotyczące warunków płatności, zgodnie z którymi podstawą kwoty comiesięcznych faktur VAT, stanowiących wynagrodzenie wykonawcy, był iloczyn liczby dostarczonych posiłków i ceny osobodnia. Ponadto, każda z cen jednostkowych diet (poz. 1-4) w Formularzu ofertowym była niezbędnym składnikiem do obliczenia ceny jednego osobodnia, która w rezultacie stanowiła podstawę wyznaczenia ceny całkowitej oferty. Poszczególne ceny diet: podstawowej lekkostrawnej (Cz), z ogr. łatwo przyswajalnych węglowodanów (C;) oraz indywidualnej (Ca), stanowiły zatem istotny element merytoryczny oferty wykonawcy, których podania wymagał w treści SIWZ Zamawiający w rozdziale XIII pkt 3. Oferta Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli” pozbawiona podanych cen jednostkowych trzech rodzajów diet, niewątpliwie zawierała istotne braki i pozostawienie jej w pierwotnym brzmieniu jako oferty ważnej w postępowaniu byłoby niedopuszczalne. Stanowiło to niezgodność z wymaganiami rozdziału VI pkt 3 lit, a) SIWZ dotyczącego wypełnienia formularza oferty (załącznika nr 1 do SIWZ) i nie odpowiadało wymaganiam treści SIWZ (rozdział X pkt 4 SIWZ), a w konsekwencji zgodnie z treścią rozdziału X pkt 14 powinno prowadzić do odrzucenia oferty.

Należy przy tym zaznaczyć, w ślad za powyżej przywołanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, że brak wyceny ceny jednostkowej nie stanowi omyłki i nie podlega poprawieniu w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, chyba że na podstawie zawartych

danych dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji. W przypadku oferty Wykonawcy, w której podana została jedynie cena jednostkowa diety podstawowej, cena jednego osobodnia oraz cena całkowita, nie sposób jest wedle znanych reguł matematycznych jednoznacznie wyliczyć cen jednostkowych pozostałych diet (z poz. 2-4). Otóż, zgodnie ze sposobem obliczenia ceny brutto osobodnia, należało uwzględnić ceny jednostkowe brutto każdej diety (w liczbie 4) i średnią ilość diet w ciągu dnia. W zaistniałych warunkach, poprawienie takich braków przez Zamawiającego w sposób istotny zmieniło treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli Wykonawcy i nie mogło wynikać z obiektywnych wyliczeń matematycznych, a wyłącznie z dokonania pewnych założeń, że każda z niepodanych cen jednostkowych diet wynosiła 13,00 zł. Trudno zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, wskazanym zarówno w uzasadnieniu dokonania korekty, jak również powtórzonym choćby w korespondencji prowadzonej z Urzędem Zamówień Publicznych, że treść oferty Wykonawcy nie budziła wątpliwości, a wskazana w ofercie kwota 13,00 zł w sposób oczywisty odnosi się także do pozostałych rubryk oraz wynika wprost z podanej ceny osobodnia oraz całkowitej ceny zamówienia podanej przez wykonawcę.

Trzeba również jednoznacznie podkreślić, iż ostatecznie, niezależnie od charakteru wynagrodzenia wykonawcy w danym postępowaniu, pominięcie istotnych elementów cenotwórczych w ofercie, którego nie sposób było skorygować, wyliczając brakujące pozycje w oparciu o pozostałe podane w ofercie dane, stanowi przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy. Nawet gdyby przyjąć, iż w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie miało charakter stricte ryczałtowy (choć w tym przypadku należy ocenić go jako mieszany, kosztorysowo-ryczałtowy), to braki w ofercie Wykonawcy nie stanowiły błędu rachunkowego (Zamawiający nie mógł ich wyliczyć), a pominięciem wyceny istotnych składników świadczenia. Korekta treści oferty Wykonawcy była zatem niedopuszczalną ingerencją Zamawiającego, niezgodną z przytoczonymi w powyższych rozważaniach, popartych stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa, regułami dokonywania poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy wobec powyższego uzasadnienia stwierdzić, iż Zamawiający błędnie zastosował dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonując korekty oferty Wykonawcy w zakresie niepodanych cen jednostkowych. Sporządzona w ten sposób oferta Wykonawcy, tj. zawierająca braki istotnych elementów merytorycznych, jakim są ceny jednostkowe, podlegać powinna odrzuceniu jako nieodpowiadająca treści SIWZ. W obliczu zaistniałej sytuacji, stwierdzić należy, iż Zamawiający udzielił zamówienia Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Reasumując, należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieuprawnionych poprawek w treści oferty Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli”, w konsekwencji czego zaniechano odrzucenia oferty Wykonawcy jako nieodpowiadającej treści SIWZ i udzielono zamówienia Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc następujące zastrzeżenia:

Poinformował, że nie kwestionuje ustaleń faktycznych dokonanych przez Prezesa UZP, jednakże jego zdaniem w doktrynie oraz orzecznictwie ugruntowało się stanowisko, że należy możliwie szeroko rozumieć termin „omyłka”. Wskazał na wyrok KIO 1821/12, w którym 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. Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, 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 PZP omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa. W opinii Zamawiającego spełnione zostały wszystkie przesłanki dla zastosowania tego przepisu.

Omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, będą zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak i pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w wypełnieniu lub przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, nie musi mieć charakteru oczywistego. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru pod warunkiem, że poprawienie innej omyłki nie prowadzi do zmiany treści oferty.

Drugą przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. wskazany przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia istotności oraz definiowanej a contrario nieistotności oraz możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze będą występowały pograniczne przypadki, których kwalifikacja będzie pozostawała sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne, Decyzja zamawiającego o poprawieniu omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3, musi 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.

Zamawiający posiadał obiektywne przesłanki. aby poprawić daną oraz obiektywne wskazówki w jaki sposób należy to zrobić. Zamawiający stoi na stanowisku, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, o czym świadczy sposób obliczenia całkowitej ceny zamówienia brutto, czy też zapisy wzoru umowy § 4 oraz § 6. Ceny poszczególnych diet wyszczególnionych w formularzu nie mają wpływu na jakiegokolwiek zobowiązania pomiędzy stronami, ponieważ zgodnie z § 6 umowy przy obliczaniu comiesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy stosuje się tylko wyłącznie cenę osobodnia. która została wskazana w ofercie. Ceny poszczególnych diet nie wpływały także w jakiegokolwiek sposób na ustalenie całkowitej ceny zamówienia gdyż oblicza się ją w oparciu o podaną przez Wykonawcę cenę osobodnia. Wykonawca podał w ofercie tylko jedną stawkę 13,00 zł. a wynik działania (również 13,00 zł) które prowadzi do ustalenia ceny osobodnia nie pozostawia wątpliwości, że Wykonawca zaproponował jednakową stawkę za wszystkie diety. Świadczy o tym także oferta złożona we wcześniejszym przetargu o takim samym przedmiocie (03/ZP/2019) gdzie Wykonawca podaje jednakowe stawki za wszystkie rodzaje diety (w załączeniu). Ostatecznie Wykonawca potwierdził, iż poprawki wprowadzone przez Zamawiającego zostały wprowadzone prawidłowo w sposób odpowiadający treści oferty. Wskazał na wyrok KIO 2810/11 podnosząc, że omyłką będzie każda niezgodność między ofertą a SIWZ, chyba że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego tzn. będzie obstawiał iż treść, zakres, czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane.

III.

Prezes UZP w piśmie z 30 października 2020 r. (znak: DKZP. WKZ1.442.16.2020.MP KND/36/20/DKZP nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający zakwestionował stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 8 października 2020 r. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Natomiast nie zakwestionował ustalonego w Informacji stanu faktycznego przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej (jak w Informacji) ponownie wskazał, że poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

1. po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie (Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09): „artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp".

2. po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe odpowiada przywołanemu w zastrzeżeniach od wyniku kontroli przez Zamawiającego stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku o sygn. akt KIO 1821/12 odnośnie charakteru omyłki (s. 1-2), a także poruszonej w następnym akapicie kwestii istotności zmian w treści oferty (s. 2-3). Przypomniął, że oferta Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli” pozbawiona podanych cen jednostkowych trzech rodzajów diet z poz. 2-4 Formularza ofertowego, tj. cen diet: lekkostrawnej (C2), z ogr. łatwo przyswajalnych węglowodanów (C3) oraz indywidualnej (C4). Każda z cen jednostkowych diet (poz. 1-4) w Formularzu ofertowym była niezbędnym składnikiem do obliczenia ceny jednego osobodnia, która w rezultacie stanowiła podstawę wyznaczenia ceny całkowitej oferty. Poszczególne ceny diet: podstawowej (C1), lekkostrawnej (C2), z ogr. łatwo przyswajalnych węglowodanów (C3) oraz indywidualnej (C4), stanowiły zatem istotny element merytoryczny oferty wykonawcy, których podania wymagał w treści SIWZ Zamawiający w rozdziale XIII pkt 3. Oferta Wykonawcy niewątpliwie zawierała istotne braki i pozostawienie jej w pierwotnym brzmieniu jako oferty ważnej w postępowaniu byłoby niedopuszczalne. Z tego też względu, przywołane przez Zamawiającego stanowisko w ww. wyroku KIO z dnia 13 września 2012 r., zgodnie z którym omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej

poprawa nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż, co również stwierdzono w ww. wyroku KIO ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie. W kontrolowanym postępowaniu dokonana przez Zamawiającego korekta oferty Wykonawcy dotyczyła istotnych elementów merytorycznych, zatem treść samej oferty Wykonawcy uległa istotnej zmianie.. w szczególności poprzez wprowadzenie do oferty wykonawcy takich treści, które nie były objęte treścią jego oświadczenia woli. Wobec tego nie zaistniała druga z ww. przesłanek dopuszczalności zmian poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający stanął na stanowisku, iż wynagrodzenie wykonawcy zamówienia miało charakter ryczałtowy, natomiast ceny poszczególnych diet wyszczególnionych w formularzu nie mają wpływu na jakiegokolwiek zobowiązania pomiędzy stronami oraz nie wpływały także w jakikolwiek sposób na ustalenie całkowitej ceny zamówienia, gdyż oblicza się ją w oparciu o podaną przez Wykonawcę cenę osobodnia (s. 3). Należy wobec powyższego zauważyć, iż Zamawiający w rozdziale XIII pkt 3 SIWZ wskazał sposób obliczenia ceny brutto osobodnia, zgodnie z którym należy uwzględnić ceny jednostkowe brutto każdej diety (w liczbie 4, ceny jednostkowe brutto Wykonawca poda w formularzu oferty) i średnią ilość diet w ciągu dnia. Z postanowień zawartych w treści SIWZ wprost więc wynikało, iż aby otrzymać kluczową dla obliczenia ceny całkowitej cenę osobodnia, należało wcześniej wykorzystać podane ceny jednostkowe każdej z diet. Powyższe prowadzi do wniosku, iż ceny jednostkowe poszczególnych diet miały bez wątpienia znaczenie dla ustalenia ostatecznej ceny całkowitej, a takie ich znaczenie przyjął sam zamawiający już poprzez samo żądanie ich podania w ofercie. Trzeba podkreślić, iż niezależnie od charakteru wynagrodzenia wykonawcy w danym postępowaniu, pominięcie istotnych elementów cenotwórczych w ofercie, stanowi przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy, chyba że na podstawie zawartych w ofercie danych dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca podał w ofercie tylko jedną stawkę - 13,00 zł, a wynik działania (również 13,00 zł), które prowadzi do ustalenia ceny osobodnia nie pozostawia wątpliwości, iż Wykonawca zaproponował jednakową stawkę za wszystkie diety. Nie sposób się zgodzić z powyżej przytoczonym stwierdzeniem Zamawiającego. Należy ponownie przypomnieć, co zostało wskazane w Informacji o wyniku kontroli z dnia 8 października 2020 r., iż w przypadku oferty Wykonawcy, w której podana została jedynie cena jednostkowa diety podstawowej, cena jednego osobodnia oraz cena całkowita, nie sposób jest wedle znanych reguł matematycznych jednoznacznie wyliczyć cen jednostkowych pozostałych diet (z poz. 2-4). Braki w ofercie Wykonawcy nie stanowiły błędu rachunkowego (Zamawiający nie mógł ich wyliczyć), a pominięciem wyceny istotnych składników świadczenia. W zaistniałych warunkach, poprawienie takich braków przez Zamawiającego w sposób istotny zmieniło treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli

Wykonawcy i nie mogło wynikać z obiektywnych wyliczeń matematycznych, a wyłącznie z dokonania pewnych założeń, że każda z niepodanych cen jednostkowych diet wynosiła 13,00 zł. Powyższego stwierdzenia Zamawiającego nie uzasadnia przywołana okoliczność złożenia przez Wykonawcę do wcześniejszego postępowania w tym przedmiocie oferty zawierającej jednakowe ceny jednostkowe poszczególnych diet (s. 3), gdyż dla stwierdzenia naruszenia: przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zastosowanie mają materiały odnoszące się do konkretnego postępowania, w szczególności Formularz ofertowy Wykonawcy dotyczący przedmiotowego postępowania o nr OI/ZP/2020. Fakt potwierdzenia przez Wykonawcę dokonanej przez Zamawiającego korekty oferty nie może świadczyć o prawnej dopuszczalności tej czynności zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz wyłącznie o braku podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W odmiennym przypadku, brak wyrażenia zgody wykonawcy którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu prowadziłyby, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, do odrzucenia takiej oferty. Stanowisko takie potwierdza przywołany przez Zamawiającego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11). Ponadto, odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego orzecznictwa (s. 3-4: wyrok KIO z dnia 21 września 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 1946/11, wyrok KIO z dnia 30 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2034/10, wyrok KIO z dnia 30 maja 2011 r. sygn. akt KIO 1066/11), zaznaczył, iż w każdym ze stanów faktycznych, których dotyczyło przywołane orzecznictwo, Izba stwierdziła, iż zamawiający byli w stanie wyprowadzić samodzielnie obliczenia pozwalające na dokonanie odpowiednich korekt w ofertach wykonawców. W stanie faktycznym kontrolowanego postępowania, Zamawiający na podstawie posiadanych danych nie był w stanie samodzielnie obliczyć brakujących cen jednostkowych poszczególnych diet z poz. 2-4 Formularza ofertowego. Dokonana przez Zamawiającego korekta, co zostało wyżej podkreślone, oparta była na pewnych założeniach, że każda z niepodanych cen jednostkowych diet wynosiła 13,00 zł, czego zamawiający nie mógł ustalić z pewnością, bowiem założony wynik można było otrzymać również przy przyjęciu innych założeń. Wobec powyższego dokonana korekta oferty stanowiła naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując, podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 8 października 2020 r. naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieuprawnionych poprawek w treści oferty Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli”, w konsekwencji czego zaniechano odrzucenia oferty Wykonawcy jako nieodpowiadającej treści SIWZ i udzielono zamówienia Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp. Poinformował także, że w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń - stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji. Tak jak podano w Informacji o wyniku kontroli w ofercie Wykonawcy Mała Gastronomia „U Eli” nie podano cen jednostkowych trzech rodzajów diet z poz. 2-4 Formularza ofertowego, a mianowicie cen diet: lekkostrawnej (C2), z ogr. łatwo przyswajalnych węglowodanów (C3) oraz indywidualnej (C4). Tak jak wynika to z postanowień rozdziału XIII pkt 3 każda z cen jednostkowych diet (poz. 1-4) w Formularzu ofertowym była niezbędnym składnikiem do obliczenia ceny jednego osobodnia, która w rezultacie stanowiła podstawę wyznaczenia ceny całkowitej oferty. Poszczególne ceny diet: podstawowej (C1), lekkostrawnej (C2), z ogr. łatwo przyswajalnych węglowodanów (C3) oraz indywidualnej (C4), stanowiły zatem istotny element merytoryczny oferty wykonawcy, których podania wymagał Zamawiający w treści SIWZ (wskazany rozdz. XIII pkt 3). Oferta Wykonawcy niewątpliwie zawierała istotne braki, a dokonana przez Zamawiającego korekta tej oferty dotyczyła istotnych elementów merytorycznych, skutkiem której treść oferty Wykonawcy uległa istotnej zmianie, polegającej na wprowadzeniu do oferty wykonawcy takich treści, które nie były objęte treścią jego oświadczenia woli. Zamawiający w cytowanym rozdziale XIII pkt 3 SIWZ wskazał sposób obliczenia ceny brutto osobodnia, zgodnie z którym należy uwzględnić ceny jednostkowe brutto każdej diety (w liczbie 4, ceny jednostkowe brutto Wykonawca podaje w formularzu oferty) i średnią ilość diet w ciągu dnia. Z postanowień zatem SIWZ wprost wynikało, że aby otrzymać kluczową dla obliczenia ceny całkowitej cenę osobodnia, należało wcześniej wykorzystać podane ceny jednostkowe każdej z diet. Powyższe prowadzi do wniosku, że ceny jednostkowe poszczególnych diet miały bez wątpienia, jak stwierdził Kontrolujący, znaczenie dla ustalenia ostatecznej ceny całkowitej, a takie ich znaczenie przyjął sam Zamawiający poprzez żądanie ich podania w ofercie. Izba także zgodziła się z Kontrolującym, że niezależnie od charakteru wynagrodzenia wykonawcy w danym postępowaniu, pominięcie istotnych elementów cenotwórczych w ofercie, stanowi przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy, chyba że na podstawie zawartych w ofercie danych możliwe byłoby wyliczenie zarówno ceny jednostkowej, jak i wartości tej pozycji. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca podał w ofercie tylko jedną stawkę - 13,00 zł, a wynik działania (również 13,00 zł), które prowadzi do ustalenia ceny osobodnia nie pozostawia wątpliwości, że Wykonawca zaproponował jednakową stawkę za wszystkie diety. W istocie nie sposób w stanie faktycznym tej sprawy zgodzić się z tym twierdzeniem Zamawiającego. Zdaniem Izby, w Informacji o wyniku kontroli

z dnia 8 października 2020 r. prawidłowo wskazano, że w przypadku oferty Wykonawcy, w której podana została jedynie cena jednostkowa diety podstawowej, cena jednego osobodnia oraz cena całkowita, nie sposób jest wedle znanych reguł matematycznych jednoznacznie wyliczyć cen jednostkowych pozostałych diet (z poz. 2-4). Braki w ofercie Wykonawcy nie stanowiły błędu rachunkowego, a stanowiły pominięcie wyceny istotnych składników świadczenia. W zaistniałych warunkach, poprawienie takich braków przez Zamawiającego poprzez założenie jednakowych stawek dla niewycenionych pozycji w sposób istotny zmieniło treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli Wykonawcy i nie mogło wynikać z obiektywnych wyliczeń matematycznych, a wyłącznie z dokonania przez Zamawiającego pewnych założeń, że każda z niepodanych cen jednostkowych diet wynosiła 13,00 zł. W stanie faktycznym kontrolowanego postępowania, Zamawiający na podstawie posiadanych danych nie był w stanie samodzielnie obliczyć nie podanych przez Wykonawcę cen jednostkowych poszczególnych diet z poz. 2-4 Formularza ofertowego. Dokonana przez Zamawiającego korekta, co zostało wykazane przez Kontrolującego, oparta była na założeniach własnych Zamawiającego, że każda z niepodanych cen jednostkowych diet wynosiła 13,00 zł, której to hipotezy Zamawiający nie mógł udowodnić w trakcie kontroli. Powyższego stwierdzenia nie uzasadnia przywołana przez Zamawiającego okoliczność złożenia przez Wykonawcę do wcześniejszego w tym przedmiocie (z roku 2019) postępowania oferty zawierającej jednakowe ceny jednostkowe poszczególnych diet, które to ceny (co należy podkreślić) dla każdej pozycji zostały wskazane w ofercie. Niewątpliwie dla stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, na co zwracał uwagę Kontrolujący, zastosowanie mają materiały odnoszące się do konkretnego postępowania, w szczególności Formularz ofertowy Wykonawcy dotyczący przedmiotowego postępowania o nr OI/ZP/2020. Fakt potwierdzenia przez Wykonawcę dokonanej przez Zamawiającego korekty oferty nie może świadczyć o prawnej dopuszczalności tej czynności zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz wyłącznie o braku podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W odmiennym przypadku, brak wyrażenia zgody wykonawcy którego oferta została poprawiona na podstawie powyższego przepisu prowadziłyby, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, do odrzucenia takiej oferty. Wobec powyższego dokonana korekta oferty stanowiła naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym Izba stwierdziła, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie podważają wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP, której ustalenia i wnioski należy uznać za prawidłowe.

Sygn. akt KIO/KD 50/20

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....