

WYROK

z dnia 3 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Kopalnię Wapienia „Morawica” S.A., ul. Górnicza 42, 26-026 Morawica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Enea Elektrownia Połaniec S.A., Zawada 26, 28-230 Połaniec**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Kopalnię Wapienia „Morawica” S.A., ul. Górnicza 42, 26-026 Morawica** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Kopalnię Wapienia „Morawica” S.A., ul. Górnicza 42, 26-026 Morawica** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Kopalni Wapienia „Morawica” S.A., ul. Górnicza 42, 26-026 Morawica** na rzecz zamawiającego **Enea Elektrownia Połaniec S.A., Zawada 26, 28-230 Połaniec** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Enea Elektrownia Połaniec S. A. z siedzibą w miejscowości Zawada, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę kamienia wapiennego dla Enea Elektrownia Połaniec S.A. w okresie 12 miesięcy. Numer referencyjny: FZ/PZP/25/2021”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 października 2021 r. pod nr 2021/S 196-511885

W dniu 20 grudnia 2021 r. (pismem z dnia 17 grudnia 2021 r.) wykonawca Kopalnia Wapienia „Morawica” S.A. z siedzibą w miejscowości Morawica, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w dniu 9 grudnia 2021 r. z przyczyn zaistnienia oczywistej omyłki, której sprostowanie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty,
2. zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp w postaci poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki w zakresie terminu ważności oferty i zawiadomienia go o tym,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz 226 ust. 1 punkt 5 ustawy Pzp polegające na:
 - o odrzuceniu oferty Odwołującego wobec stwierdzenia odmiennego określenia przezeń okresu ważności oferty, aniżeli wskazany w treści SWZ, podczas gdy określenia takie stanowiło wynik oczywistej omyłki Odwołującego;
 - o uznaniu ww. błędu za istotny, uzasadniający odrzucenie oferty, podczas gdy omyłka w poruszonym zakresie winna zostać zakwalifikowana jako oczywista omyłka pisarska lub inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty;
2. art. 223 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu poprawienia (względnie uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień w poruszonym zakresie) w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie określonego terminu ważności oferty z 60 dni na 90 dni od dnia terminu upływu składania ofert, tj. do dnia

7.02.2022 r. oraz zawiadomieniu Odwołującego o tym, podczas gdy niezgodność w omawianym zakresie winna zostać uznana za omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1/3 ustawy Pzp w związku z czym Zamawiający zobowiązany był do podjęcia ww. czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności poprawienia omyłki zaistniałej w ofercie Odwołującego polegającej na zmianie okresu związania ofertą z 60 do 90 dni od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 07.02.2022 r. (zamiast 12.01.2022 r.); (względnie - uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień w tym zakresie);
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący w zakresie postępowania dowodowego wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, na okoliczności zawarte w ich treści, w tym w szczególności faktu zaistnienia oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie określenia okresu ważności oferty oraz jej nieistotności,
2. zeznań świadka: A.K., P.W. i W.S. na okoliczność faktu zaistnienia oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie określenia okresu ważności oferty, jej przyczyn oraz nieistotności, jak również istniejącej po stronie Odwołującego woli złożenia oferty odpowiadającej warunkom zamówienia,
3. przesłuchania strony w jej imieniu Prokurentów: A.K. oraz K.G. na okoliczność faktu zaistnienia oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie określenia okresu ważności oferty, jej przyczyn oraz nieistotności, jak również istniejącej po stronie Odwołującego woli złożenia oferty odpowiadającej warunkom zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności uiszczonego przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że w przewidzianym terminie, złożył ofertę do przedmiotowego zamówienia. Jego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wobec sformułowania przez Odwołującego odmiennego okresu ważności oferty, który to został omyłkowo określony na 60 dni od dnia upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 12 stycznia 2021 r. Tymczasem Zamawiający określił w SWZ przedmiotowy termin na 90 dni, tj. do dnia 7 lutego 2021 r.

Wskazanie przez Odwołującego okresu ważności oferty na 60 dni (zamiast 90 dni) stanowiło rezultat oczywistej omyłki ww., o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3. Gdyby Odwołujący nie zamierzał dochować przedmiotowego warunku, wówczas z całą pewnością w ogóle nie przystąpiłby do złożenia oferty. Powyższe nakładało na Zamawiającego obowiązek podjęcia odpowiednich czynności w toku weryfikacji oferty Odwołującego, uregulowanych w art. 223 ustawy Pzp, w tym w szczególności dokonania poprawy rzeczowej omyłki, bowiem modyfikacja taka nie powodowałaby istotnych zmian w treści oferty. Fakt omyłki w zakresie daty ważności oferty pozostawał niezwykle łatwy do usunięcia. Nie dotyczył on warunków przedmiotowo istotnych dla samego zamówienia. W przypadkach takich nadmierny formalizm jawi się nieuprawniony. Dla takich właśnie potrzeb ustawodawca przewidział regulację art. 223 ustawy Pzp ustanawiającą procedurę weryfikacji oraz możliwość konwalidowania ujawnionych omyłek.

W dniu 19 grudnia 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię otrzymanego odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej.

W dniu 28 grudnia 2021 r. (pismem z dnia 22 grudnia 2021 r.) wykonawca Kopalnia Granitu Kamienna – Góra Celiny Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Micigózd zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 3 stycznia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego przed Izłą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła brak skuteczność przystąpienia wykonawcy Kopalni Granitu Kamienna – Góra Celiny Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Micigózd zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Termin ten ma charakter terminu zawitego. Skoro więc wykonawca w dniu 19 grudnia 2021 r. otrzymał kopię odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu to zgłoszenie przystąpienia winno wpłynąć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej najpóźniej w dniu 22 grudnia 2021 r. A ponieważ zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w dniu 28 grudnia 2021 r., tj. po upływie ustawowego terminu na zgłoszenie przystąpienia, skutkuje to utratą prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SWZ cz. I, rozdział XVI Termin związania ofertą pkt 1 podał „Wykonawca będzie związany ofertą od dnia upływu terminu składani ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert, przez okres 90 dni, tj. do dnia 07.02.2022 r. dla Pakietu A / Pakietu B”.

Wykonawca w Formularzu ofertowym – pkt 17 wskazał „Potwierdzamy, że okres związania Ofertą wynosi 60 dni od dnia upływu terminu składania Ofert, tj. do dnia: 12-01-2022 r. (uzupełni Wykonawca).” (str. 32).

Wadium zostało wniesione w formie pieniężnej.

Zamawiający, pismem z dnia 9 grudnia 2021 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jedną z przesłanek nakazujących odrzucenie oferty enumeratywnie wymienionych w wyżej wymienionym przepisie, stanowiącą w tym stanie faktycznym podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Zamawiający w treści SWZ jednoznacznie wskazał termin związania ofertą. Termin ten – zgodnie z przepisami ustawy Pzp - określił poprzez wskazanie daty „90 dni, tj. do dnia 07.02.2022 r. Pakietu A/Pakietu B”. Wykonawca zobowiązany był wypełnić Formularz ofertowy w sposób wyraźnie w nim wskazany. Punkt 17 Formularza ofertowego zawierał bowiem adnotację „uzupełni wykonawca”. Taka adnotacja dotyczyła kilku punktów Formularza ofertowego i każdy z wyjątkiem punktu 17 został prawidłowo przez Odwołującego wypełniony. W tym punkcie (błędnie wypełnionym) wykonawca zobowiązany był do podania terminu związania ofertą. Termin ten został określony przez Odwołującego na „60 dni”, tj. „do dnia: 12.01.2022 r.” a więc w sposób sprzeczny z wymogiem Zamawiającego. Termin ten to jeden z warunków zamówienia, który jest związany z wniesieniem wadium. Wadium wnosi się bowiem przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (z wyjątkiem przypadków, określonych w ustawie), natomiast przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia ma więc charakter istotny.

Niezgodność w Formularzu ofertowym Odwołującego nie może być uznana za oczywistą omyłkę pisarską, gdyż za taką mogłaby być potraktowana wyłącznie taka niedokładność, która nasuwa się sama i jest widoczna „na pierwszy rzut oka”. Tymczasem obie dane uzupełnione – wpisane przez Odwołującego w punkcie 17 Formularza ofertowego są błędne. Powstaje więc wątpliwość jaki termin związania ofertą faktycznie chciał wskazać wykonawca. Korekta tych danych byłaby korektą zarówno terminu związania ofertą, jak i korektą ważności wadium, skoro wadium wnoszone jest na okres związania ofertą. Na skutek poprawienia oferty w sposób oczekiwany przez Odwołującego doszłoby do istotnej zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy a tak zmiana nie może mieć miejsca.

Niezgodność ta nie może być również potraktowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi bowiem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert lecz ma na celu poprawienie takich omyłek, których może dokonać Zamawiający a znaczenie tych poprawek nie będzie istotne. Tak jak już wyżej wskazano niezgodność ta ma charakter istotny. Wobec czego nie ma możliwości jej

poprawienia także na tej podstawie. Zamawiający może poprawić ale nie może zastępować wykonawcy. Trudno aby Zamawiający autorytarnie stwierdził jaki jest okres związania ofertą a tym samym jaki jest okres ważności wadium (złożonego w pieniądzu). To wykonawca (Odwołujący), składając ofertę, powinien był dołożyć należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i prawidłowo sporządzić ofertę.

Reasumując stwierdzić należy, że uprawnione było działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: