

**Sygn. akt: KIO 347/23**

**WYROK**

**z dnia 24 lutego 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2023 r. przez wykonawcę:

**AQUA S.A. (ul. Kanclerska 28, 60-327 Poznań)**

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Gdańska Infrastruktura Wodociągowo Kanalizacyjna Sp. zo.o. (ul. Kartuska 201, 80-122 Gdańsk)**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesioną przez zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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

Gdańska Infrastruktura Wodociągowo Kanalizacyjna Sp. zo.o. (ul. Kartuska 201, 80-122 Gdańsk) (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie na zamówienie sektorowe na usługi o wartości zamówienia powyżej progów unijnych pod nazwą: „Wykonanie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót oraz kosztorysu inwestorskiego dla zadania inwestycyjnego pn. Budowa drugiej nitki kolektora tłoczego od PŚ Motława do komory K2 w Gdańsku”, nr postępowania: ZP/185/22 (dalej również: „Postępowanie”). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ”).

W dniu 7 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie AQUA S.A. (ul. Kanclerska 28, 60-327 Poznań) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie od nieprawidłowej i niezgodnej z prawem czynności oceny oferty Wykonawcy oraz zaniechania przez Zamawiającego - na etapie badania oferty - czynności (art.223 ust.1 i art.223 ust.2 pkt 2) i 3) oraz art.223 ust.3 Pzp), a także od bezprawnego odrzucenia oferty w wyniku błędnego uznania w odniesieniu do Odwołującego, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty Odwołującego w Postępowaniu, jako niezgodnej z warunkami zamówienia (art.226 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

1. art. 223 ust.1 Pzp w zw. z art.16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez jego niezastosowanie i niezażądanie od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty lub oświadczenia w przedmiocie nie uwzględnienia przez Wykonawcę zastrzeżenia Zamawiającego, zgodnie z którym wartość pozycji 1 w części I Formularza Cenowego nie może przekraczać 40% ceny netto za całą część I oferty, a które to wyjaśnienie (oświadczenie) mogłoby umożliwić poprawienie w ofercie omyłki Wykonawcy, co nie zmieniłoby treści oferty Wykonawcy w zakresie wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją Postępowania, jak również nie zmieniłoby łącznej ceny netto za część I oferty;

2. art. 223 ust.2 pkt 2) Pzp w zw. z art.16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez jego

niezastosowanie i niedokonanie poprawy w ofercie Wykonawcy oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na wyliczeniu wartości pozycji nr 1 w części I oferty jako równowartości 40% ceny netto za całą część I oferty, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki dotyczących pozycji nr 2 i pozycji nr 3 części I oferty Wykonawcy, przy czym poprawa omyłki nie zmieniałaby treści oferty Wykonawcy w zakresie wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją Postępowania, jak również nie zmieniałaby łącznej ceny netto za część I oferty;

3. art. 223 ust.2 pkt 3) Pzp i art.223 ust.3 Pzp w zw. z art.16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez ich niezastosowanie i niedokonanie poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty, które to omyłki w ofercie Wykonawcy polegały na nieuwzględnieniu - przy wskazaniu wartości poszczególnych pozycji części I oferty - zastrzeżenia Zamawiającego, zgodnie z którym wartość pozycji 1 w części I Formularza Cenowego nie może przekraczać 40% ceny netto za całą część I oferty, przy czym poprawa tej omyłki przez Zamawiającego nie zmieniałaby treści oferty Wykonawcy w zakresie wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją Postępowania, jak również nie zmieniałaby łącznej ceny netto za część I oferty;

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art.16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty w wyniku błędnego uznania, że treść oferty Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie opisanym przez Zamawiającego w Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 30 stycznia 2023 r., podczas gdy zawartość merytoryczna oferty Wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia, tj. wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia, wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania; 2) unieważnienia wadliwej czynności odrzucenia oferty Wykonawcy; 3) dokonania ponownej oceny i badania ofert z przywróceniem oferty Wykonawcy, w tym wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień/oświadczenia w przedmiocie wyliczenia wysokości wartości netto poszczególnych pozycji (Etapów I-III) Części I Formularza Cenowego (oferty Wykonawcy); 4) dokonanie poprawy omyłek w ofercie Wykonawcy z uwzględnieniem wyjaśnień /oświadczeń uzyskanych od Wykonawcy zgodnie z pkt 3) powyżej; 5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem w rankingu ofert, oferty Odwołującego, i zastosowanie wobec niej ustalonych kryteriów oceny ofert.

Pismem z dnia 16 lutego 2023 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, oraz innych złożonych dokumentach, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Zgodnie z pkt XV.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ): „6. Wykonawca zobowiązany jest sporządzić Formularz Cenowy, wypełniając otrzymany wzór Formularza Cenowego. Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w Formularzu Cenowym zgodnie z następującymi zasadami: 1) wszystkie pozycje Formularza Cenowego muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami, która powinna być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku; 2) brak wyceny jakiegokolwiek pozycji, w tym wpisanie wartości „zero” nie jest dopuszczalne; 3) pozycje Formularza Cenowego, dla których we wzorze Formularza Cenowego są określone minimalne lub maksymalne wysokości cen jednostkowych muszą być wycenione zgodnie z wymaganiami określonymi dla tych pozycji.”. Powyższy zapis SWZ, jak również żaden inny zapis SWZ, nie wskazywał na obowiązek ograniczenia wartości pozycji nr 1 w części I oferty, tj. na ograniczenie przez wykonawcę tej wartości do maksymalnie 40% całkowitej ceny netto za część I oferty. Formularz Cenowy dzielił przedmiot zamówienia na dwie części (I i II część). Część I dotyczyła dokumentacji projektowej i dzieliła się na III Etapy: I Etap - „Dokumentacja potrzebna do uzyskania decyzji pozwolenia na budowę oraz projekty techniczne” (pozycja nr 1), II Etap - „Dokumentacja potrzebna do przeprowadzenia postępowania w celu wyboru wykonawców robót i do realizacji robót budowlanych” (pozycja nr 2), III Etap - „Ostateczna decyzja pozwolenia na budowę” (pozycja nr 3), natomiast część II Formularza odnosiła się do nadzoru autorskiego. Pod treścią Formularza Cenowego (tabeli, w której wykonawcy mieli wskazać wartości netto

poszczególnych pozycji usług) znajduje się dopisek zapisany małą czcionką pn. „Uwagi”, gdzie zamieszczony został pkt 2 w brzmieniu: „2. Wartość pozycji nr 1 w części I oferty, nie może być większa niż 40% całkowitej ceny netto za część I oferty”.

Motywy wprowadzenia zastrzeżenia, co do maksymalnej udziału ceny I etapu części pierwszej zamówienia w stosunku do ceny całej części pierwszej zamówienia było ograniczenie wartości, jaką Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty wykonawcy w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Zmiana wartości ceny za Etap I w sposób przewidziany przez SWZ a więc do wartości nie większej niż 40 % całości ceny za część pierwszą zamówienia pozostawałaby bez wpływu na cenę ofertową, zmieniając wartość ceny za Etap II oraz lub za Etap III, co których wartości Zamawiający nie przewidział ograniczenia innego niż opisane w pkt XV.6 SWZ.

Odwołujący wypełnił część I Formularza Cenowego (oferty) bez uwzględnienia przedmiotowego zastrzeżenia ustalając wartość pozycji nr 1 w części I oferty na poziomie około 60 % całkowitej ceny netto za część I oferty.

Oferta w powyższym zakresie była niezgodna z SWZ. Niezgodność wynikała z omyłki Wykonawcy, tj. nie zauważenia zapisu uwagi znajdującej się pod tabelą formularza cenowego w trakcie jego wypełniania. Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy wobec niezgodności jej treści z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że omyłka Wykonawcy miała charakter niezamierzony i prowadziła do niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Jednocześnie dokumenty zamówienia, treść oferty Wykonawcy ani żadne inne okoliczności nie pozwalały na samodzielne ustalenie przez Zamawiającego, jaka jest intencja Wykonawcy, co do udziału poszczególnych wartości etapów I, II i III w cenie całkowitej części pierwszej zamówienia.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 223 Pzp 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. 2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający

wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Powyższe powoduje, że kwestionowanemu zachowaniu Zamawiającego nie sposób zarzucić naruszenia Ustawy.

Oczywistym jest, że wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż w pierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru.

W ocenie Izby w niniejszym przypadku nie sposób traktować błędu jako oczywistej omyłki i podziela ocenę Zamawiającego, zgodnie z którą w treści Formularza Cenowego brak jest znamion niedokładności w tekście a wskazanie kwoty wymagało obliczenia matematycznego, które dokonane zostało prawidłowo przez Wykonawcę choć z pominięciem wymogu określonego w dokumentacji zamówienia, co oznacza błąd merytoryczny. Z tego powodu błąd Wykonawcy nie może stanowić omyłki pisarskiej ani rachunkowej, wobec faktu, że wartości wskazane w formularzu obliczone została zgodnie z intencją Wykonawcy, w tym wartości Etapu I na poziomie odpowiadającym około 60 % całej ceny części pierwszej przedmiotu zamówienia a błąd wynika z niezauważenia wymagania zawartego w dokumentacji zamówienia.

Izba stwierdza, że charakter błędu oraz brak jakichkolwiek wskazówek, co do sposobu jego usunięcia i doprowadzenia do zgodności z SWZ nie pozwalają na samodzielne dokonanie korekty treści Formularza Cenowego przez Zamawiającego bez uprzedniego zwrócenia się do Wykonawcy z żądaniem wyjaśnień. Wymóg z Uwagi nr 2 w Formularzu Cenowym określa, że wartość pozycji nr 1 w części I oferty, nie może być niższa od 40 % całkowitej ceny netto za część I oferty, a co za tym idzie istnieje dowolność w określeniu jej wysokości w przedziale do 40%, zaś w odniesieniu do pozostałych wartości ceny części

pierwszej – ceny za Etap II i Etap III – Zamawiający w ogóle nie określił ich maksymalnego poziomu udziału w cenie całkowitej części pierwszej zamówienia.

Wobec powyższego zwrócić się przez Zamawiającego z żądaniem wyjaśnień dotyczących treści oferty prowadzić musiałby de facto do niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą. Wyjaśnienia zmierzać musiałyby do ustalenia przez Zamawiającego na jakie wartości cen dal poszczególnych etapów części pierwszej ten się zgodzi.

Izba stwierdza, że w zakresie zarzutów odwołania niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia miała charakter nieusuwalny w świetle przepisów Ustawy a zachowanie Zamawiającego zgodne z Pzp.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) 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).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący .....