

WYROK

z dnia 1 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **J. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MERT J. S. w Głogowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Głogowski w Głogowie**

przy udziale wykonawcy **Nowoczesne Techniki Budownictwa WOLAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Powiatowi Głogowskiemu** unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **J. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MERT J. S.** w części I postępowania o udzielenie zamówienia oraz -powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, w tym dokonanie poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Głogowski** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **J. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MERT J. S.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Powiatu Głogowskiego** na rzecz wykonawcy **J. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MERT J. S.,** kwotę **13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 2022 r. poz. 1710 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

I. Powiat Głogowski w Głogowie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Termomodernizacja obiektów oświatowych Powiatu Głogowskiego w podziale na części” (nr referencyjny postępowania: RZ.272.36.2022).

W dniu 17 stycznia 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę J. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MERT J. S. w Głogowie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie w zakresie części I postępowania – termomodernizacja budynku głównego szkoły oraz budynku „Zielone Warsztaty” w Zespole Szkół Przyrodniczych i Branżowych w Głogowie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie jego oferty w części I, pomimo, iż oferta ta jest zgodna z wymogami postawionymi w specyfikacji warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wyraźnie sformułował warunek, aby wartość dokumentacji projektowej nie przekraczała 3% łącznego wynagrodzenia za realizację obu etapów przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony w formularzu ofertowym nie umożliwił wykonawcom wskazania tej wartości. Konstrukcja tabeli w formularzu ofertowym wymagała bowiem wyceny jednej łącznej wartości, czyli czynności wskazanych w rozdziale V ust. 1 pkt a SWZ (wartość przygotowania dokumentacji projektowej) oraz wyceny czynności wskazanych w rozdziale V ust. 1 pkt b (koszt pozyskania wszystkich wymaganych prawem zgód i pozwoleń, niezbędnych do realizacji inwestycji (w tym uzgodnienia z Dolnośląskim Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków, zgody właściwego organu administracji architektoniczno-budowlanej, uzgodnienia z rzeczoznawcą ds. przeciwpożarowych).

Odwołujący wypełnił więc Formularz Ofertowy w jedyny, z góry narzucony sposób, podając łączną cenę w pozycji pierwszej za realizację całego I etapu, czyli wskazując kwotę 45 000 zł netto, co stanowi 55 350 zł brutto. W istocie, według Odwołującego (jak wyjaśnił w piśmie z 3 stycznia 2023 r., złożonym w toku postępowania o udzielenie zamówienia), kwota ta składała się:

- 1) z kosztów przygotowania dokumentacji projektowej (kwota 41 500 zł netto za przygotowanie dokumentacji projektowej zgodnie z częścią XXV pkt 4 SWZ),
- 2) z kosztów czynności potrzebnych do uzyskania wszelkich opinii, uzgodnień i pozwoleń (kwota 3 500 netto).

W przypadku braku uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych - jako zarzut ewentualny – Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i niepoprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części I oraz dokończenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
a w przypadku uwzględnienia zarzutu ewentualnego – o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części I oraz dokończenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym nakazanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty wykonawcy w sposób wskazany w pkt VIII uzasadnienia odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania.

Zwracał uwagę, że w postępowaniu są trzy części i każda z nich jest podzielona na dwa etapy. W trzeciej części Odwołujący wycenił pierwszy etap prawidłowo, mieszcząc się w wartości procentowej, określonej przez Zamawiającego i w tej części nie rozbijał ceny na wartość dokumentacji projektowej i wartość uzyskania zgód i pozwoleń, co potwierdza, że prawidłowo rozumiał postanowienia specyfikacji. Potwierdzało to również oświadczenie Odwołującego złożone samodzielnie bez wezwania Zamawiającego. Według Zamawiającego, Odwołujący, po złożeniu oferty, dostrzegł swój błąd w wycenie części 1, stąd pismo z dnia 3 stycznia 2023 r., w którym Odwołujący podaje, że na wskazaną w

formularzu ofertowym kwotę 45 000 zł składają się kwota za wykonanie dokumentacji projektowej w wys. 41 500 zł oraz kwota za uzyskanie zgód i opinii – 3 500 zł. Zamawiający podkreśla, że formularz ofertowy w rozdziela dwa etapy realizacji, w których pierwszym etapem jest dokumentacja projektowa wraz z uzyskaniem wymaganych zgód i pozwoleń. Potwierdzają to postanowienia umowy i słowniczek. Brak w specyfikacji jakiegokolwiek podstawy do podziału wynagrodzenia za pierwszy etap i na osobne kwoty, jak Odwołujący uczynił to w piśmie z 3 stycznia 2023 r.

Wyjaśniał, że podział na dwa etapy wynika z samego przedmiotu umowy, tj. po realizacji pierwszego etapu, czyli gotowej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszelkich opinii, uzgodnień i pozwoleń można rozpocząć drugi etap. Przedmiot umowy realizowany będzie w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

Poprawienie omyłki nie jest zdaniem Zamawiającego, możliwe, ponieważ stanowiłoby modyfikację oferty. Zamawiający określił wartość pierwszego etapu procentowo nie „równe 3%”, ale „do 3%”, a więc trudno byłoby Zamawiającemu zdecydować samodzielnie, jaka kwota do 3% będzie kwotą za pierwszy etap. Poprawienie omyłki więc nie jest oczywiste i tym samym naruszałoby zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Powoływał się na intencję ograniczenia wynagrodzenia za pierwszy etap – miał na celu uniknięcie komplikacji przy realizacji umowy, w sytuacji gdyby wartość pierwszego etapu została wyceniona przez wykonawców na poziomie ok. 90% wartości całej inwestycji. Wskazywał, że samo przekroczenie limitu 3% to samoistna podstawa do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Nowoczesne Techniki Budownictwa WOLAR Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ), w części V SWZ (str. 4-5), opisał przedmiot zamówienia w sposób następujący:

„Przedmiotem zamówienia jest:

- a) Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego oraz audytu energetycznego dotyczącej termomodernizacji budynku głównego szkoły oraz budynku „Zielone Warsztaty” w Zespole Szkół Przyrodniczych i Branżowych w Głogowie,
- b) Pozyskanie wszystkich wymaganych prawem zgód i pozwoleń, niezbędnych do realizacji inwestycji (w tym uzgodnienia z Dolnośląskim Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków, zgody właściwego organu administracji architektoniczno-budowlanej, uzgodnienia z rzeczoznawcą ds. przeciwpożarowych),
- c) Wykonanie robót budowlanych na podstawie ww. dokumentacji wraz z odbiorem inwestycji na nadzorcę budowlanym.”

Z kolei w części XXV pkt 4 SWZ, wskazał: „UWAGA – Zamawiający zastrzega, iż wartość dokumentacji projektowej nie może przekroczyć dla CZĘŚCI I – 3 %, CZĘŚCI II i III – 3,5 % wynagrodzenia łącznego za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w formularzu ofertowym odrębnie dla każdej części zamówienia.”

Do SWZ Zamawiający załączył wzór formularza ofertowego. Tamże, w tabeli, należało wskazać wskazania cenę łączną za: „przygotowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem wszelkich opinii, uzgodnień i pozwoleń”.

Odwołujący w tabeli, w przedmiotowej pozycji podał kwotę 45 000 zł netto, co stanowi 55 350 zł brutto.

Zamawiający obliczył, że cena zaoferowana przez Odwołującego za realizację I etapu została określona na poziomie 3,226% w stosunku do łącznego wynagrodzenia za I i II etap realizacji, co czyni ofertę Odwołującego niezgodną z SWZ. W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono odwołanie, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ podana przez niego cena o 0,226% przekraczała próg, określony przez Zamawiającego na 3%, w którym miała się zmieścić kwota wynagrodzenia za pierwszy etap realizacji zamówienia.

Między stronami toczył się spór co do treści SWZ – czy w limicie 3% miało się zmieścić wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej (jak twierdził Odwołujący tylko część objęta literą a w opisie przedmiotu zamówienia), czy wykonanie dokumentacji projektowej oraz Pozyskanie wszystkich wymaganych prawem zgód i pozwoleń (jak twierdził Zamawiający – część objęta literą a i b w opisie przedmiotu zamówienia).

Ten spór Izba rozstrzygnęła zgodnie z poglądem Zamawiającego, jednak nie może umknąć uwadze, że pewna niespójność w postanowieniach SWZ (przytoczonych wyżej) rzeczywiście miała miejsce.

Mimo tej niespójności Izba uznała, że w formularzu ofertowym wycena I etapu miała obejmować punkty a i b opisu przedmiotu zamówienia, a więc rzeczywiście wycena Odwołującego przekroczyła zakreślony przez Zamawiającego próg trzyprocentowy o 0,226%.

Wobec takiego stwierdzenia należało ustalić, czy odstępstwo o 0,226% od wymogu Zamawiającego musiało przesądzać o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z SWZ.

Na tak postawione pytanie skład orzekający odpowiedział przecząco: w ocenie Izby niezgodność treści oferty z wymogiem SWZ na poziomie 0,2% stanowi inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych

zmian w treści oferty, którą Zamawiający powinien poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym przepisem, zamawiający poprawia omyłkę tego rodzaju, i 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. (art. 223 ust. 3 Prawa zamówień publicznych).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie polemizował z taką ewentualnością (poprawienia omyłki) twierdząc, że nie ma podstaw do ustalenia wartości dokumentacji projektowej, i musiałoby dojść do „rekonstrukcji oświadczenia woli Wykonawcy na podstawie wymogów Zamawiającego, choć oświadczenie zawarte w ofercie nie daje takich podstaw” (strona 5 odpowiedzi na odwołanie).

Izba nie zgodziła się z taką argumentacją Zamawiającego. Nie ma potrzeby samodzielnego poszukiwania odpowiedzi na pytanie, jaką kwotę należy skonkretyzować, w ramach trzyprocentowego progu, za realizację pierwszego etapu. Oferta odbiega od wymogu zamawiającego o 0.226% i tylko w tym zakresie należy dokonać poprawienia omyłki. W ocenie Izby przy tym nie ma znaczenia, co legło u podstaw rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią SWZ w przedmiotowym zakresie – czy błędna interpretacja SWZ czy inne powody (nie ma zatem również znaczenia, jakie działania Odwołujący podejmował w innych częściach postępowania, ani treść składanych przez niego wyjaśnień). Znaczenie ma wyłącznie to, że omyłka ta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Przy czym należy zauważyć, że celem Zamawiającego przy określaniu progu trzyprocentowego za pierwszy etap realizacji było uniknięcie problemów przy realizacji umowy, w sytuacji gdyby wykonawcy określili wartość pierwszego etapu na, przykładowo, 90% wartości całej umowy. W ocenie Izby przekroczenie progu określonego przez Zamawiającego o wartość na poziomie 0,2% nie sprzeciwia się takiej intencji Zamawiającego i w żaden sposób nie zmierza do obejścia wymagań Zamawiającego – jest to więc omyłka, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Aby uczynić zadość równemu traktowaniu wykonawców (czyli, w tej sytuacji, aby każdy potencjalny wykonawca nie przekroczył w ofercie trzyprocentowego progu wartości całej umowy) należy dokonać poprawienia omyłki. W jaki sposób należy to zrobić – opisała Izba w analogicznej sytuacji w uchwale z 19 marca 2019 r., sygn. akt KIO/KU 16/19. Poglądy wyrażone tamże Izba w niniejszym składzie w pełni podziela i przyjmuje za własne.

Izba mianowicie wskazała, że „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 naczelných 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, realizujący jednocześnie postulat zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i najmniejszej ingerencji w treść oferty” (wytyczne te związane z art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych pozostają aktualne na gruncie obecnego brzmienia art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Izba dalej wskazała, że „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 miałby wybrać inny niż 1% odsetek tej wartości.”. Powyższy sposób poprawienia omyłki Zamawiający powinien zastosować w postępowaniu, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie: tj. uznać próg 3% za równy wartości maksymalnej wynagrodzenia za I etap, i do tej wartości zredukować wynagrodzenie Odwołującego za realizację I etapu, a naddatek w wysokości 0,226% „przesunąć” do wynagrodzenia za II etap. Nie spowoduje to ani zmiany w wysokości wynagrodzenia wykonawcy za realizację umowy, ani – w ocenie Izby – żadnych istotnych zmian w treści oferty.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części I postępowania o udzielenie zamówienia oraz -powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, w tym dokonanie poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych

oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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: