

Sygn. akt: KIO 238/22

WYROK
z dnia 14 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2022 r. przez **L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.U. LUCMARK L. W.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Chrzanów**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Pol-Kom-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Ekobay Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:
2. Kosztami postępowania L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.U. LUCMARK L. W. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – Gmina Chrzanów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Pielęgnacja zieleni niskiej, utrzymanie czystości na terenach zieleni. Część nr 2: Pielęgnacja zieleni niskiej, utrzymanie czystości na terenach zieleni niskiej w rejonie osiedli Niepodległości, Kościelec, Młodości, Stella, Rospontowa, Borowiec*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 listopada 2021 r. pod nr 2021/S 230-604814.

W dniu 28 stycznia 2022 r. L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.U. LUCMARK L. W. wniósł odwołanie wobec:

- poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum: Pol-Kom-Tech Sp. z o.o., Ekobay Sp. z o.o., poprzez uzupełnienie w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ), pozycji XI a „Koszenie wraz z grabieniem i wywozem na kompostownię” w sierpniu, jak również pozycji XI d „Przycinanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni” w kwietniu;
- zaniechania odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie formularza cenowego;
- wyboru oferty ww. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 223 ust. 2 pkt 1, art. 218 ust. 2, art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 i art. 17 PZP ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Pol-Kom-Tech jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ww. Konsorcjum oraz dokonania wyboru oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz warunkami wynikającymi z SWZ.

Odwołujący wskazał, że 19 stycznia 2022 r. został poinformowany o wyborze oferty Konsorcjum Pol-Kom-Tech jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującemu wybór ten był wadliwy, gdyż oferta Konsorcjum Pol-Kom-Tech podlegała odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie formularza cenowego stanowiącego integralną część oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w punktem XI ust. 1 pkt b SWZ wymagał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego (zał. nr 14.2 do SWZ), a ponadto, w punkcie XV ust. 1 pkt 1 SWZ wskazano, że cenę oferty należy podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji, zgodnie z załącznikami zawierającymi formularz cenowy prac dla rozliczanych ryczałtowo oraz dla prac rozliczanych powykonawczo, a także, że wykonawca wyceni każdą pozycję ww. załączników. Konsorcjum Pol-Kom-Tech, w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty (zał. nr 14.2 do SWZ), nie wypełniło pozycji XI a „Koszenie wraz z grabieniem i wywozem na kompostownię” dotyczącej sierpnia, jak również pozycji XI d „Przycinanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni” dotyczącej kwietnia. W wyniku braku wyceny ww. pozycji, Konsorcjum nie ujęło w niej wszystkich wymaganych elementów, określonych w formularzu cenowym. Brak wskazania wartości w wymaganych pozycjach, jest – zdaniem Odwołującego – istotnym brakiem treści oferty i stanowi brak zaoferowania świadczenia usługi w danych miesiącach, w których Zamawiający wymagał świadczenia poszczególnych usług. Powyższe wskazuje, że treścią oferty Konsorcjum nie objęto całego zakresu przedmiotowego, przyszłego zobowiązania.

Odwołujący wskazał, że mimo powyższego, Zamawiający w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił w złożonej przez Konsorcjum ofercie ww. braki, traktując je jako omyłkę pisarską polegającą na pominięciu w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ), wyceny prac z pozycji XI a „Koszenie wraz z grabieniem i wywozem na kompostownię” w sierpniu, jak również pozycji XI d „Przycinanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni” w miesiącu, w konsekwencji czego, wpisał samodzielnie w ww. pozycjach kwoty 0 zł.

Kwestionując powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący podniósł, że ww. poprawka spowodowała wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia wykonawcy, odmiennego od złożonego pierwotnie w ofercie, a tym samym doszło do niedopuszczalnej zmiany oferty i nieuprawnionego jej dostosowania do wymagań Zamawiającego dotyczących formularza cenowego (zał. nr 14.2 do SWZ), stanowiącego integralną część oferty wykonawcy. Oferta w zakresie formularza cenowego nie zawierała bowiem zaoferowania świadczenia usług we wszystkich wymaganych pozycjach, a zatem była oczywiście niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający nie był zatem uprawniony do dokonania poprawy oświadczenia wykonawcy w ww. zakresie, jako omyłki pisarskiej. Zdaniem Odwołującego, zmiana treści w zakresie formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ) spowodowała zmianę oferty w ten sposób, że w miesiącach, w których Konsorcjum nie zaoferowało wykonania usługi, Zamawiający wpisał kwotę 0 zł, przyjmując, że Konsorcjum wykona usługi w tych miesiącach bez wynagrodzenia.

Zdaniem Odwołującego, brak jest również podstaw do uznania braków w ofercie Konsorcjum Pol-Kom-Tech za oczywistą omyłkę. Zamawiający nie mógł wykluczyć, że działanie Konsorcjum w postaci braku uwzględnienia wynagrodzenia w poszczególnych pozycjach formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ), polegało na świadomym złożeniu przez Konsorcjum oświadczenia woli o takiej treści, jak pierwotnie zawarta w formularzu cenowym do oferty.

Odwołujący podniósł również, że powyższe działania Zamawiającego naruszyły zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stwierdził, że brak odrzucenia oferty Konsorcjum jest przejawem złamania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający i Przystępujący w pisemnych stanowiskach wnieśli o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: Pol-Kom-Tech Sp. z o.o., Ekobay Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem IV.4 SWZ, przedmiotem zamówienia w zakresie części 2 zamówienia są prace ogrodniczo-porządkowe wykonywane na terenach wskazanych w tabeli obiektów załącznik nr 10.2 do SWZ.

W punkcie XV SWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny:

1. Cenę oferty należy podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji, obliczoną zgodnie z załącznikami zawierającymi formularz cenowy prac dla rozliczanych ryczałtowo oraz dla prac rozliczanych powykonawczo w następujący sposób:

1) wykonawca wyceni każdą pozycję ww. załączników,

2) wykonawca zsumuje ceny wszystkich czynności zawartych w ww. załącznikach,

3) wykonawca doda do siebie sumę wynikającą z ww. załączników, a otrzymaną w ten sposób wartość wpisze do formularza OFERTA jako cenę oferty.

2. Sumaryczna cena brutto oferty wyliczona na podstawie indywidualnej kalkulacji wykonawcy i przedstawiona w ww. załącznikach przy uwzględnieniu treści SWZ winna odpowiadać cenie podanej przez wykonawcę w formularzu OFERTA, odpowiednio dla oferowanej części zamówienia.

3. Zamawiający nie przewiduje udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, a wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy przy zachowaniu ryczałtowego charakteru cen jednostkowych, odpowiednio dla oferowanej części zamówienia. (...)

6. Wykonawca musi podać tylko jedną cenę na poszczególne elementy objęte przedmiotem zamówienia (nie dopuszcza się cen alternatywnych), w przeciwnym razie oferta zostanie odrzucona.

7. Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia odpowiednio dla oferowanej części zamówienia.

W punkcie XVI.2 Zamawiający określił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

W § 5 Wzoru umowy (Załącznik 9.2 do SWZ) określono m.in. następujące zasady dotyczące wynagrodzenia wykonawcy:

1. Strony ustalają, że za kompleksowe wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w kwocie brutto nie przekraczającejzł, (słownie złotych brutto:). Ww. wynagrodzenie składa się z:

a) wynagrodzenia ryczałtowego za wykonane prace utrzymaniowe ustalone na podstawie oferty w wysokości nie przekraczającej kwoty złotych brutto (słownie złotych brutto:) wypłacane miesięcznie w wysokości określonej w załączniku nr 5 do umowy pn. Formularz cenowy prac rozliczanych ryczałtowo,

b) wynagrodzenia za wykonanie prac określonych w załączniku nr 6 do umowy pn. Formularz cenowy prac rozliczanych powykonawczo w wysokości nie przekraczającej złotych brutto (słownie złotych brutto:). Wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe, rozliczone na podstawie cen jednostkowych brutto, jako iloczyn cen jednostkowych oraz faktycznie wykonanych przez Wykonawcę i odebranych przez Zamawiającego. (...)

4. Płatności nastąpią na podstawie faktur częściowych, wystawianych raz w miesiącu dla wynagrodzenia ryczałtowego, po wykonaniu i zakończeniu oraz po odebraniu określonego zakresu usług objętych wynagrodzeniem ryczałtowym oraz po wykonaniu określonego zleconego zakresu usług objętych wynagrodzeniem kosztorysowym.

W formularzu cenowym prac rozliczanych ryczałtowo (zał. Nr 14.2 do SWZ) należało podać ceny za poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, w rozbiciu na kolejne miesiące 2022 r., przy czym wzór formularza dla pozycji objętych zarzutami odwołania został określony następująco:

	Zakres prac	Jedn.	Obmiar	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	Ogółem 2022 r.
XIa	Koszenie wraz z grabieniem i wywozem na kompostownię	m2	74 913	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
XId	Przycinanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni	szt.	300	-	-	-								-	-	

Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 475.221,11 zł,
Odwołujący – za cenę 511.758,00 zł

Przystępujący złożył formularz cenowy, wypełniając ww. pozycje w następujący sposób:

	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	Ogółem 2022 r.
XIa	-	-	-	-	26219,55	-	-		-	-	-	-	26219,55
XId	-	-	-		600	600	200	200	100	100	-	-	1800,00

Pismem z 5 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Przystępującego wskazując, że:

Omyłka polega na pominięciu w stanowiącym załącznik do oferty Formularzu cenowym prac rozliczanych ryczałtowo (zał. nr 14,2 do SWZ) w pozycji XI a Koszenie wraz z grabieniem

i wywozem na kompostownię pominięto wycenę prac w miesiącu sierpniu jak również pozycji XI d – Przyginanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni w miesiącu kwietniu. W związku z tym, iż w tym zakresie wynagrodzenie jest o charakterze ryczałtowym, ceny jednostkowe muszą być skorelowane z ceną całkowitą oferty dlatego zamawiający dokonuje zmiany w formularzu cenowym: (...)

Zamawiający dokonał poprawienia omyłki poprzez wpisanie w ww. pozycjach formularza cenowego wartości 0.

Pismem z 19 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 223 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 z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Celem ww. przepisów jest niedopuszczenie do eliminowania z postępowania ofert co do zasady merytorycznie poprawnych, z powodu błahych, niezamierzonych błędów, niewpływających na możliwość poprawnego wykonania zamówienia. Stosowanie tych przepisów powinno odbywać się z uwzględnieniem wskazanego wyżej celu.

Gdyby uznać, że w rozpoznawanej sprawie nie ma możliwości poprawienia omyłki, to – w ocenie Izby – doszłoby właśnie do takiej sytuacji, że odrzuceniu podlegałaby oferta obarczona nieistotnymi uchybieniami, pozwalająca jednak na prawidłowe, zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wykonanie zamówienia.

Analiza ustalonego przez Izbę stanu faktycznego prowadzi do wniosku, że w przedmiotowej sprawie zostały wypełnione przesłanki poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, oferta Przystępującego była bowiem obarczona niezamierzonym błędem pisarskim, który miał charakter oczywisty.

Zdaniem Izby, sposób wypełnienia formularza cenowego przez Przystępującego uprawniał do wniosku, że w dwóch rubrykach objętych zarzutami odwołania miała być wpisana cyfra 0. Wynika to z porównania wyceny dla poszczególnych miesięcy i sumy dla danej pozycji formularza. Wartość kolumny 17 formularza (ogółem 2022 r.) opiewa na kwotę, która jest równa sumie wyceny dokonanej dla poszczególnych miesięcy, co potwierdza, że zamiarem wykonawcy nie było wpisanie do spornych rubryk innej stawki niż 0. Gdyby było

inaczej (tj. gdyby wykonawca omyłkowo nie wpisał innej wartości w tych rubrykach) to należy zakładać, że wartość w kolumnie 17 nie stanowiłaby sumy kwot wpisanych do formularza przy poszczególnych miesiącach, ale byłaby większa. Dodatkowo, cena podana w formularzu oferty jest zgodna z wynikającą z formularzy cenowych.

Skoro więc z formularza cenowego wynika widoczny zamiar wykonawcy dokonania zerowej wyceny w spornych pozycjach, to niewpisanie cyfry zero można uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Zauważenia wymaga, że wpisane wartości 0 w tych pozycjach jest jedynym poprawnym sposobem odtworzenia woli wykonawcy i jest to widoczne „na pierwszy rzut oka”, w związku z czym Zamawiający miał podstawy stwierdzić, że doszło do omyłki i że omyłka ta ma charakter oczywisty. Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 czerwca 2008 r. (sygn. akt XII Ga 206/08): *możliwość poprawienia oczywistej omyłki w treści oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. W ocenie Izby, w ofercie Przystępującego doszło do właśnie takiego uchybienia, które nie miało charakteru merytorycznego, a jednocześnie było łatwo dostrzegalne.*

Sposób wypełnienia formularza cenowego nie daje natomiast podstaw do stwierdzenia – jak podnosił Odwołujący – że Przystępujący nie zaoferował wykonania całego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby żaden element treści oferty nie daje podstaw do takiego wniosku. W szczególności zauważyć należy, że Przystępujący nie dokonał wykreślenia spornych pozycji ani nie opatrzył ich żadnym oznaczeniem sugerującym brak zamiaru wykonania opisanych w nich prac. Nie ma też podstaw zakładać, że zamiarem jego było złożenie oferty nieobejmującej całego przedmiotu zamówienia – takie założenie byłoby bowiem nieracjonalne.

Dodatkowo zauważyć należy, że zgodnie z punktem XV.1 SWZ cenę oferty należało wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji i – chociaż Zamawiający wskazał, że wycenie podlega każda z pozycji formularza – nie ma podstaw utożsamiać tego z zakazem przyjęcia dla niektórych miesięcy wyceny zerowej. Zakaz taki nie wynikał wprost z SWZ, nie określono też sankcji związanych z taką wyceną. Uprawniony jest zatem wniosek, że w ramach indywidualnej kalkulacji wykonawca mógł takiej wyceny dokonać i że nie może to być utożsamiane z niezgodnością oferty z warunkami zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że poprawienie oferty Przystępującego nie doprowadziło do merytorycznych zmian w jej treści, a jedynie usunęło omyłkę polegającą na niewpisaniu stawki 0 w dwóch rubrykach. Powyższe nie zmieniło w żaden sposób oświadczenia woli wykonawcy co do zakresu oferowanego świadczenia i sposobu jego wykonania. Ponadto, nie wpłynie to na przyszłe rozliczenia stron umowy – zauważenia wymaga bowiem, że spór dotyczy prac objętych wynagrodzeniem ryczałtowym. Mimo że Zamawiający przewidział ryczałt płatny miesięcznie, to wpisanie stawki 0 w odniesieniu do jednego miesiąca w każdej z pozycji objętych zarzutami nie zmienia tego, że wykonawca finalnie otrzyma wynagrodzenie dokładnie takie, jakie wynika oferty i z formularza cenowego, jest ono bowiem niezależne od faktycznie wykonanego zakresu prac, tak w poszczególnych miesiącach, jak i w całym okresie realizacji zamówienia.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: