

Sygn. akt: KIO 3292/22

WYROK
z dnia 21 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez Odwołującego – **ELPOLOGISTYKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Zawada 26, 28-230 Połaniec, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Enea Elektrownia Połaniec Spółka Akcyjna**, Zawada 26, 28-230 Połaniec

przy udziale

Wykonawcy – **Brenntag Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Towarowa 6, 05-530 Góra Kalwaria, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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 oraz koszty Zamawiającego w wysokości 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Enea Elektrownia Połaniec, w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest „dostawa kaolinitu dla Enea Elektrownia Połaniec S.A. w okresie 12 miesięcy” (sygn. postępowania: FZ/PZP/30/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.09.2022 r. 2022/S 172-486475, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Brenntag Polska Sp. z o.o.) i zaniechanie unieważnienia postępowania, Wykonawca – ELPOLOGISTYKA Sp. z o.o., wniósł w dniu 12.12.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3292/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp przez poprawienie treści oferty Brenntag Polska Sp. z o.o., co doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty;
2. art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust. 2, art. 99 ust. 1 oraz 255 pkt 6 Ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy postępowanie obarczone było wadą formalną polegającą na sprzeczności treści swz z formularzem oferty, co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z przepisami;
3. art. 255 pkt 6 Ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia pomimo obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w postaci sprzeczności treści swz z formularzem oferty;
4. art. 137 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania zmiany treści swz, pomimo że zachodził „uzasadniony przypadek” – wadliwości dokumentów zamówienia, tj. Formularza ofertowego – i zaniechanie umieszczenia zmiany na stronie internetowej Zamawiającego jego zmienionej treści.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do czynności poprawienia treści oferty wybranej w zakresie deklarowanej ilości kaolinitu – na 6.500 ton. W formularzu oferty podana została błędna ilość 5 700 ton kaolinitu (pkt. 1.2). Wykonawcy zobowiązani byli również podać cenę brutto za dostawę 1 tony kaolinitu (pkt 1.1 formularza). Odwołujący i Brenntag Polska Sp. z o.o. podali właściwe wynagrodzenie brutto za dostawę 1 tony kaolinitu. Wykonawcy inaczej wyliczyli wynagrodzenie brutto za określoną w warunkach zamówienia

ilość 6 500 ton kaolinitu, przyjmując do wyliczenia odmienne ilości, tj. 6.500 ton (Odwołujący) i 5 700 ton (Brenntag Polska Sp. z o.o.).

Zamawiający dokonał na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy korekty oferty Brenntag Polska Sp. z o.o. na ilość kaolinitu określoną w swz, jako maksymalna ilość 6 500 ton, jednocześnie informując, iż w formularzu oferty podał błędną ilość 5 700 ton.

W ocenie Odwołującego podana w formularzu oferty ilość 5 700 ton stanowi zasadniczą i nieusuwalną wadę tkwiącą w postępowaniu, której poprawienie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Skala zmiany wysokości wynagrodzenia, stanowiąca konsekwencję poprawienia ilości kaolinitu (zmiana o 1 001 712,00 zł) powoduje, że czynność poprawienia oferty miała istotny charakter, bowiem zmiana doprowadziła do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia woli.

O nierównym traktowaniu wykonawców świadczyć mają odmienne zasady, na jakich uczestniczyli w postępowaniu, tj. jedni opierali się na treści formularza ofertowego, inni zaś na pkt 1 akapit 1 swz I, s. 4, pkt III 3.1 swz cz. II, s.3 oraz pkt 1. 1.1 swz cz. III, s. 2. Zamawiający określając w sposób błędny w formularzu ofertowym maksymalną wielkość przedmiotu zamówienia, doprowadził do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2, art. 17 ust. 2, art. 99 ust. 1, a w konsekwencji również art. 255 pkt 6 Ustawy.

W dniu 30.11.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Brenntag Polska Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca – Brenntag Polska Sp. z o.o.

Zamawiający złożył w dniu 19.12.2022 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym zapisy swz, w szczególności formularz ofertowy, oraz ofertę Brenntag Polska Sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa kaolinitu dla Enea Elektrownia Połaniec S.A. w okresie 12 miesięcy. Zamawiający w pkt IV.1 swz określił maksymalny wolumen dostawy do 6 500 t i minimalny wolumen dostawy do 3 000 t.

Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić i złożyć załącznik nr 1 do swz – formularz ofertowy, na podstawie którego Zamawiający oceniał oferty w kryterium cena – 100%. Zamawiający w załączniku nr 1 – podał ilość kaolinitu – 5 700 t. W załączniku wykonawcy wskazywali cenę jednostkową brutto za dostarczenie 1 tony kaolinitu oraz wynagrodzenie całkowite brutto stanowiące iloczyn ceny jednostkowej i ilości ton kaolinitu.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty – oferta Odwołującego i oferta Brenntag Polska Sp. z o.o. z cenami wskazanymi w formularzu ofertowym odpowiednio w na kwoty – 9.426.500,00 zł brutto/1.450,17 zł brutto cena jednostkowa (Odwołujący) i 7.137.198,00 zł/1.252,14 zł brutto cena jednostkowa (Brenntag).

Odwołujący w formularzu ofertowym zmienił ilość kaolinitu na 6 500 t. i dla tej ilości wskazał cenę ofertową, stosując działanie matematyczne polegające na przemnożeniu ceny jednostkowej – określonej przez wykonawcę w formularzu ofertowym i ilość kaolinitu.

Zamawiający powiadomił Brenntag Polska Sp. z o.o. o dokonanej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy zmianie ilości kaolinitu z 5 700 t. na 6 500 t. – podaną w dokumentach zamówienia oraz poprawionej cenie oferty – na 8.138.910,00 zł brutto. Zamawiający poinformował, iż ilość podana w załączniku nr 1 do swz była błędna w stosunku do ilości określonej w dokumentach zamówienia.

Pismem z 7.10.2022 r. Brenntag Polska Sp. z o.o. wyraził zgodę na poprawienie omyłki, wobec czego Zamawiający w piśmie z 30.11.2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie Izba wskazuje, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania żądając nawet unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy żądanie to jest konsekwencją stwierdzonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Wskazując na wadę postępowania, która wyczerpywać miałyby przesłankę do unieważnienia postępowania nie

można formułować innego żądania, niż nakazanie unieważnienia postępowania. Przyjmując stanowisko Przystępującego o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, który należałoby odnosić wyłącznie do toczącego się postępowania, w przypadku naruszenia przepisów Ustawy nakazujących unieważnienie postępowania, żaden z wykonawców nie mógłby skorzystać z środków ochrony prawnej.

W świetle powyższego Izba uznała, iż spełniona została materialnoprawna przesłanka odwołania i rozpoznała zarzuty merytorycznie.

Zasadniczą podstawą zarzutów jest stwierdzona przez Odwołującego wada dokumentacji postępowania, która miałaby wypełniać przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 Ustawy, tj. sytuację, w której postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nie był uprawniony do skorygowania w ofercie wybranej, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, błędnie podanej w formularzu oferty ilości kaolinitu, gdyż zmiana nie miała charakteru nieistotnego dla treści oferty.

W sprawie nie budziło sporu, jaką ilość kaolinitu Zamawiający opisał w dokumentach zamówienia, jak również, że ilość wskazana przez Zamawiającego w formularzu ofertowym nie miała żadnego uzasadnienia w dokumentach zamówienia, w szczególności w pkt IV.1 swz. Odwołujący samodzielnie w swojej ofercie skorygował błędną ilość podaną w załączniku nr 1 do swz i podał wynagrodzenie całkowite brutto dla ilości 6 500 t. Zamawiający skorygował natomiast w ofercie wybranej ilość kaolinitu i poprawił wysokość wynagrodzenia brutto oferty obliczoną dla tej samej ilości kaolinitu – 6 500 t.

W pierwszej kolejności należało rozważyć, czy opisany stan faktyczny sprawy prowadzić powinien do stwierdzenia, iż postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle przepisu art. 255 pkt 6 – określającego przedmiotową przesłankę do unieważnienia postępowania, istnieje konieczność zdefiniowania kiedy umowa zawarta w drodze zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. W tym zakresie należy wskazać na podstawy z art. 457 Ustawy. Podana w ust. 1 pkt 1 przesłanka opisana początkowym zwrotem wskazującym na „Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy”, nie jest samodzielną podstawą unieważnienia umowy i została powiązana z brakiem zamieszczenia odpowiedniego dla trybu zamówienia ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub zmieniającego warunki pierwotnego ogłoszenia. Dopisanie przecinka ma związek tylko z

wprowadzeniem do przepisu wyliczenia odnoszącego się do innych postępowań – początkowo przepis odnosił się tylko do udzielenia zamówienia publicznego, ale ostatecznie rozciągnięto jego zakres także na zawarcie umowy ramowej lub ustanowienie dynamicznego systemu zakupów. Przesłanka ta została poddana analizie prawnej przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 27.06.2022 r., sygn. XXIII Zs 39/22. Skład orzekający podziela stanowisko zawarte w orzeczeniu Sądu, iż unieważnienie całego postępowania następuje tylko ze ściśle określonych, dość wąsko zakreślonych przyczyn, do których nie należą wady w opisie swz. Wady te podlegają usunięciu na znacznie wcześniejszym etapie postępowania niż wybór oferty, a jeśli do tego nie dochodzi, to uczestnicy godzą się na określone warunki zamówienia. Warunki te dotyczą wszystkich uczestników w postępowaniu i w tym sensie nie może być mowy o dyskryminacji któregokolwiek z nich.

W okolicznościach badanej sprawy Odwołujący dostrzegł błąd Zamawiającego na wcześniejszym etapie, niż dostrzegł to Zamawiający przy badaniu ofert w postępowaniu, co wynika wprost z samodzielnej korekty formularza ofertowego, w którym Odwołujący wyliczył wysokość wynagrodzenia dla innej, niż wskazana w formularzu przez Zamawiającego ilości kaolinitu. Czynność poprawienia ilości przez Odwołującego wskazuje, że błąd Zamawiającego był do skorygowania na podstawie dokumentacji zamówienia, w której podana została prawidłowa – maksymalna ilość wolumenu zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, iż w dokumentacji zamówienia była nieścisłość wymagająca korekty, co po złożeniu ofert mogło być dokonane wyłącznie w trybie przewidzianym w Ustawie, z czego Zamawiający był uprawniony skorzystać. Mając na uwadze konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, Zamawiający nie mógł pozostawić oferty Przystępującego bez jej skorygowania, tak aby możliwe było porównanie złożonych na tych samych warunkach ofert. Czynność poprawienia treści oferty pozwalała na skorygowanie błędu Zamawiającego, który w ocenie składu orzekającego nie wpływał w żaden sposób na wycenę podstawowej składowej wynagrodzenia, tj. ceny 1 tony kaolinitu.

Podsumowując, postępowanie nie zostało dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający był uprawniony do dokonania korekty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy o świadczeniu Wykonawcy w zakresie ilości kaolinitu, która wynikała wprost z swz, a ilość podana w formularzu ofertowym została błędnie wskazana przez samego Zamawiającego. To nawet nie Wykonawca był odpowiedzialny za wpisanie ilości ton w ofercie, stąd niezgodność treści oferty nie była spowodowana oświadczeniem Wykonawcy, a tym samym korekta oświadczenia w formularzu oferty nie miała istotnego znaczenia dla treści kształtowanej wolą Wykonawcy. Odwołujący przyznał, iż ustalenie właściwej ilości wolumenu

zamówienia nie budziło wątpliwości, gdyż Zamawiający wielkość tą wskazał w dokumentacji postępowania i taką wielkość przyjął w swojej ofercie również Odwołujący.

Odrzucenie oferty przygotowanej zgodnie z formularzem, który był niezgodny z swz, nie może prowadzić do stwierdzenia, iż Wykonawca zamierzał zaoferować inną ilość, niż wymagał tego Zamawiający. Sam mechanizm ustalenia wartości zamówienia brutto wynikał z swz i zastosowania wzoru matematycznego, gdzie składową określaną przez Wykonawcę była cena jednostkowa. Tym samym to cena jednostkowa determinowała treść oferty, a wyliczona wartość brutto stanowiła wyłącznie wynik działania matematycznego. Tym samym nie było podstaw do przyznania, iż różnica w wynagrodzeniu brutto miałaby decydować o ocenie charakteru zmiany, jakiej dokonał Zamawiający w treści oferty.

Należy podkreślić, iż korekcie poddany został składnik określany przez Zamawiającego, na który Wykonawcy nie mieli wpływu, a tym samym zmiana nie dotyczyła istotnej treści oferty.

Odnosząc się natomiast do braku skorygowania treści dokumentacji postępowania przez Zamawiającego na etapie poprzedzającym termin na złożenie ofert i wskazanego w podstawie zarzutu naruszenia art. 137 ust. 1 i 2 Ustawy, w tym zakresie czynności Zamawiającego nie mogły prowadzić do skutecznego zaskarżenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Kwestionowanie na obecnym etapie postępowania zaniechań związanych z kształtowaniem treści swz, nie było możliwe z uwagi na upływ terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący mając świadomość błędu w dokumentacji nie zdecydował się na skorzystanie z środka ochrony prawnej, co w zasadzie pozbawiało go możliwości późniejszego kwestionowania czynności Zamawiającego z wcześniejszego etapu postępowania. Uwzględniając natomiast fakt, iż błędy popełnione na etapie poprzedzającym złożenie ofert mogą prowadzić do uzasadnionego żądania unieważnienia postępowania, odwołanie oparte na okolicznościach związanych z przesłanką unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 6 Ustawy podlegało rozpoznaniu i zostało oddalone.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego poniesione w wysokości 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: