

**WYROK**

**z dnia 18 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 kwietnia 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GIRDER Sp. z o.o. oraz GIRDER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum we Włocławku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INHURT Sp. z o.o. z siedzibą w Inowrocławiu oraz Szubarga Building Group Sp. z o.o. z siedzibą w Spocie** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: **dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy**), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GIRDER Sp. z o.o. oraz GIRDER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum we Włocławku** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Instalacja Termicznego Przekształcania Osadów – Rozbudowa tymczasowego magazynu osadu odwodnionego na terenie Oczyszczalni Ścieków Gdańsk-Wschód*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: GIRDER Sp. z o.o. oraz GIRDER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum we Włocławku (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 4 kwietnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INHURT Sp. z o.o. z siedzibą w Inowrocławiu oraz Szubarga Building Group Sp. z o.o. z siedzibą w Spocie, oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GIRDER Sp. z o.o. oraz GIRDER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum we Włocławku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ, zarzucają naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym z zastosowaniem instytucji poprawienia omyłki rachunkowej lub innej omyłki w treści oferty, zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego w tym również zasądzenia kosztów reprezentacji na rozprawie.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 26 marca 2019 r. t.j. wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INHURT Sp. z o.o. z siedzibą w Inowrocławiu oraz Szubarga Building Group Sp. z o.o. z siedzibą w Spocie oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GIRDER Sp. z o.o. oraz GIRDER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum we Włocławku.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GIRDER Sp. z o.o. oraz GIRDER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum we Włocławku - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INHURT Sp. z o.o. z siedzibą w Inowrocławiu oraz Szubarga Building Group Sp. z o.o. z siedzibą w Spocie (zwanym dalej: „Przystępującym”).

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

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej bądź innej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Dziale II Przedmiaru robót wskazał trzy pozycje: poz. 231 – „Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej zgodnie z zapisami umowy”, poz. 232 – „Dostarczenie Zamawiającemu zarejestrowanego w odpowiednim ośrodku ODGIK operatu geodezyjnego powykonawczego”, 233 – „Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentów niezbędnych do sporządzenia dokumentów OT wg. Wzoru Zamawiającego. Pod kosztorysem znajdowała się wzmianka: 1. Wartość pozycji

przedmiarowej 227 „Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej zgodnie z zapisami umowy (z wyłączeniem zarejestrowanego w odpowiednim ośrodku ODGIK operatu geodezyjnego powykonawczego) musi być nie mniejsze niż 2% ceny netto oferty wykonawcy”, 2. Wartość pozycji przedmiarowej 228 „Dostarczenie Zamawiającemu zarejestrowanego w odpowiednim ośrodku ODGIK operatu geodezyjnego powykonawczego” musi być nie mniejsze niż 0,5% ceny netto oferty wykonawcy”, 3. Wartość pozycji przedmiarowej 229 „Wykonanie i dostarczenie Zamawiającemu dokumentów niezbędnych do sporządzenia dowodów OT wg. Wzoru Zamawiającego musi być nie mniejsze niż 0,5% ceny netto oferty wykonawcy”.

Ponadto w pkt. 14.5. SIWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest sporządzić kosztorys ofertowy wypełniając otrzymany przedmiar robót w zakresie jego wyceny. Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarze robót zgodnie z następującymi zasadami: 14.5.1. wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami, która powinna być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku; 14.5.2 W przypadku braku ceny jednostkowej lub wpisanie wartości „zero”, za wyjątkiem pozycji, dla których w przedmiarze są określone minimalne lub maksymalne wysokości cen jednostkowych, zamawiający uzna, że dana pozycja została wyceniona w innych pozycjach, z zastrzeżeniem zasad poprawiania omyłek rachunkowych i wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący twierdził, że niezgodność polegająca na wycenie wbrew wymaganiom Zamawiającego – z przekroczeniem granicznych wartości - odpowiednio poniżej 2% oraz 0,5% ceny netto oferty wykonawcy - podlegać powinna poprawieniu jako omyłka rachunkowa bądź inna omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący twierdził również że Zamawiający w wymaganiach zastosował błędną regułę do obliczania wartości 321-233.

Zamawiający podtrzymywał swoje stanowisko, uznając że pozycje przedmiaru dla których w przedmiarze określono minimalne oraz maksymalne wysokości cen jednostkowych muszą być wycenione zgodnie z wymaganiami określonymi dla tych pozycji a załączony kosztorys ofertowy nie spełnia wymagań zamawiającego.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem wyrażonym przez Zamawiającego i Przystępującego, że w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do poprawienia omyłki rachunkowej. Zgodzić również należało się, że omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji na liczbach a stwierdzenie jej jest możliwe na podstawie prześledzonego działania matematycznego. W ocenie Izby w żaden sposób nie można w tej sprawie uznać,

że mamy do czynienia z omyłką rachunkową, gdyż niemożliwe jest prześledzenie przebiegu działania matematycznego. Trudno zgodzić się, że niezgodność, która pojawiła się w ofercie Odwołującego zakwalifikować można jako „oczywistą omyłkę”. Zgodzić należało się z Przystępującym, że w niniejszej sprawie nie wystąpiła omyłka rachunkowa polegająca na przykład na błędnym zsumowaniu niektórych pozycji czy też pominięciu cyfr lub słów. Słusznie również zauważył Przystępujący, że błędne podanie wartości w pozycjach 231-233 tabeli nie wynikało z niewłaściwego zastosowania przez Zamawiającego wzoru, który mógłby podlegać poprawieniu. W konsekwencji nie można zgodzić się z Odwołującym błędne określenie pozycji 231-233 (dotyczących dokumentacji powykonawczej) nie było omyłką a niezgodnością oferty, która w ocenie Izby nie podlegała poprawieniu.

W ocenie Izby nie ziściły się przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które uprawniałyby Zamawiającego do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ a jednocześnie niepowodujących istotnych zmian treści oferty. Analogicznie Izba zgodziła się z argumentacją Zamawiającego i Przystępującego wskazującego, że działanie Odwołującego nie wynikała z przyjęcia do wyceny w ofercie wadliwych elementów stanowiących podstawę kalkulacji ceny, t.j. błędnej ilości lub wymiarów będących podstawą wyceny. Zgodzić należało się z Przystępującym, że w niniejszej sprawie niezgodność na którą powołał się Zamawiający wynikała z działań wykonawcy. Trudno – wbrew twierdzeniom Odwołującego – uznać, że działanie wykonawcy było niecelowe i omyłkowe. Konsekwencją niezastosowania się do wymagań Zamawiającego było nieuprawnione zaniżenie wartości pozycji 231-233 kosztorysu, co Zamawiający celowo zastrzegł dla dokumentacji powykonawczej. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że dokonując poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ingerowałby w ceny jednostkowe – co należało uznać za nieuprawnione w świetle postanowień wzoru umowy oraz SIWZ. Ponadto trudno było Zamawiającemu stwierdzić na etapie badania i oceny ofert, które pozycje podlegałyby poprawieniu. Zgodzić należało się również, że w niniejszej sprawie poprawienie omyłki przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty oraz nieuprawnionych negocjacji. Zatem trzy wskazane pozycje nie spełniały wymagań przedmiaru robót. Gdyby Zamawiający próbował dokonać poprawienia, niewątpliwie ingerowałby w ceny jednostkowe oferty. Zamawiający słusznie powołał się na wzór umowy par. 4 ust. 3, z którego wynika, że ceny w kosztorysie są stałe i nie ulegają zmianie. Bez znaczenia pozostaje omyłka Zamawiającego w numeracji pozycji, gdyż jasnym było dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia których pozycji tyczyło się zastrzeżenie.

Zauważenia wymaga, że Ustawodawca wprowadził przepisy, umożliwiające

zamawiającemu w przypadku wystąpienia omyłek - ich poprawienie – co wynika z przepisu art. 87 ust. 2. Intencją Ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zatem zamiar Ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać – co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C - 387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.) *Institucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36)*. Wobec powyższego zasada równego traktowania oraz zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta. Uznanie oświadczenia woli wykonawcy złożonego wyjaśnieniami z dnia 17 lipca 2017 r. byłoby dopuszczeniem istotnej zmiany jego oświadczenia woli - w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie. Mając powyższe na względzie – w ocenie Izby – nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, a Zamawiający wobec zaistniałych niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GIRDER Sp. z o.o. oraz GIRDER Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum we Włocławku – których nie można było zakwalifikować jako niezgodności niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz omyłki rachunkowe – zmuszony był do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2

sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:**

.....