

Sygn. akt: KIO 2719/21

**WYROK**  
**z dnia 21 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę E. O. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Biker” E. O. Usługi Transportowe Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Opolski – Zarząd Dróg Powiatowych w Opolu

**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.

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 2021 r. poz. 1129, 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**

Zamawiający Powiat Opolski – Zarząd Dróg Powiatowych w Opolu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonanie w sezonie zima 2021/2022 usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg powiatowych administrowanych przez Zarząd Dróg Powiatowych z podziałem na 7 części”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 132-351112.

I. W dniu 13 września 2021 r. wykonawca E. O. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Biker” E. O. Usługi Transportowe Wywóz Nieczystości Płynnych i Stałych (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty na część 6 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”,

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty (oferty nr 5 złożonej na część 6).

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, że sporządzając ofertę na część 6 omyłkowo wskazał inne wymiary placu, niż wymagane przez zamawiającego (10 m x 10 m zamiast 10 m x 15 m), omyłkowo sugerując się wymaganiami dla zadania 3 oraz 4. Miał zamiar podać wymiary placu zgodne z wymaganiami SWZ, gdyż takim (a w zasadzie znacznie większym) dysponuje. Na potwierdzenie ww. okoliczności załączył do odwołania dowody (umowa dzierżawy, umowa sprzedaży, oferty wraz z SIWZ z 2019 r. i 2020 r., umowa na odśnieżanie, dokumentacja fotograficzna). Zauważył, że zamawiający ma wiedzę odnośnie dysponowania przez odwołującego wymaganym placem z poprzednich postępowań o udzielenie zamówienia.

II. Pismem z dnia 17 września 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zarzuty podniesione przez odwołującego uznał za niezasadne i w związku z tym wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał w szczególności, że w odniesieniu do stwierdzonej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie było możliwości dokonania jej

poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zastosowanie tego przepisu może mieć miejsce jedynie w odniesieniu do omyłki, która ma charakter oczywisty. W ocenie zamawiającego za taką nie można uważać niezgodności z wymaganiami zamawiającego, jaka wystąpiła w ofercie odwołującego.

III. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

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

Pismem z dnia 3 września 2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego złożonej na część zamówienia nr 6 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując na stwierdzoną niezgodność treści oferty odwołującego na część 6 z warunkami zamówienia w zakresie wymaganych wymiarów placu magazynowego: minimum 10 m x 15 m. Okoliczność zaistnienia niezgodności treści oferty odwołującego na zadanie 6 z wymaganiami zamawiającego nie była pomiędzy stronami sporna, jak i wynika z dokumentacji postępowania (treść oferty odwołującego na część 6, pkt 5.3.6 2.2 SWZ). Spór dotyczył natomiast obowiązku zamawiającego wystosowania do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących powierzchni placu na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i poprawienia stwierdzonej niezgodności na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał niewłaściwe postanowienie SWZ, tj. dotyczące warunku udziału w postępowaniu. Natomiast podstawa odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczy merytorycznej treści oferty – zgodności oferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia. Wymaganie odnośnie przedmiotu zamówienia w zakresie wymiarów placu magazynowego dla części 6 zostało przez zamawiającego wskazane w pkt 5.3.6 2.2 SWZ, który winien zostać wskazany w informacji o odrzuceniu oferty. W ocenie Izby okoliczność ta nie ma jednak istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy, gdyż z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, o które wymaganie zamawiającego chodzi - tj. odnoszące się do wymiarów placu 10 m x 15 m. Natomiast Izba nie rozpatrywała niniejszej sprawy pod kątem spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie wchodziło to w zakres rozpoznania sprawy, wyznaczony zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp). Odwołujący nie podniósł zarzutów dotyczących oceny zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziałów w postępowaniu, a jedynie zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, które odnoszą się do treści oferty.

Zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. Chodzi tutaj o omyłki mające oczywisty charakter, co da się wywieść z treści złożonej przez wykonawcę oferty. Konieczność odwoływania się do źródeł

zewnętrznych (jak np. dokumenty, które nie były składane przez wykonawcę w ramach oferty) oznacza, że dana niezgodność - nawet jeśli stanowi omyłkę – nie posiada cechy oczywistości. Z tego powodu wnioskowane przez odwołującego dowody zostały przez Izbę uznane za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Z treści oferty złożonej przez odwołującego na część 6 nie da się wywieść, że wskazanie innych wymiarów placu niż wymagane przez zamawiającego stanowiło oczywistą omyłkę pisarską odwołującego. Dokonując oceny oferty odwołującego zamawiający zachował się prawidłowo nie uwzględniając informacji (odnośnie placu, którym dysponuje odwołujący), które mógł posiadać z wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie uznał, że brak jest podstaw do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jak i poprawienia stwierdzonej niezgodności z warunkami zamówienia jako oczywistej omyłki pisarskiej i w konsekwencji prawidłowo podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty należy dodać, że stwierdzenie konieczności wystosowania takiego wezwania, oznacza, że omyłka nie jest oczywista (skoro istnieje potrzeba jej wyjaśnienia).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1) *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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:** .....