

WYROK
z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: **DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, przy udziale: wykonawcy **SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – w zakresie części nr 2: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, 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 wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na rzecz odwołującego DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) 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 – Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia wykonawczego nr 3 na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: *Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadań Inwestycyjnych pn.: „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź–Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno – Czernica Wrocławska – Wrocław Główny” w podziale na 4 Części*, numer postępowania: FZA.2510.9.2023/SM/UW/IK/3; (numer postępowania ramowego: 61/21/MZ/PZP/424).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2021 roku, numer: 2021/S 245-648271. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp. Zaproszenie do udziału w Postępowaniu Wykonawczym nr 3 zostało przekazane 3 marca 2023 r. wykonawcom będącym stroną zawartej 21 lipca 2022 roku Umowy Ramowej.

W dniu 21 sierpnia 2023 roku wykonawca DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach zwany dalej: „odwołującym”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie – w zakresie Części 2 Postępowania – wobec czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy: SAFEGE S.A.S. (dalej jako: „SAFEGE”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty SAFEGE, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim SAFEGE nie zapewnił, w zakresie Prawa Opcji, zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 Załącznika nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia dla Umowy Wykonawczej (dalej jako SWZ-W) pn. Opis Przedmiotu Zamówienia Wykonawczego (dalej jako OPZ-W) oraz w Załączniku nr 4 do SWZ-W pn. Formularz cenowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAFEGE, pomimo tego że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim SAFEGE nie zapewnił, w zakresie Prawa Opcji, zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W oraz w Załączniku nr 4 do SWZ-W pn. Formularz cenowy.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia wyboru oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie zamawiającemu:

1) odrzucenia oferty SAFEGE z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim SAFEGE nie zapewnił, w ramach Prawa Opcji, zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W oraz w Załączniku nr 4 do SWZ-W pn. Formularz cenowy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że specyfiką Postępowania prowadzonego przez zamawiającego jest zagwarantowanie przez wykonawców, aby zamówienie było realizowane przy zagwarantowaniu odpowiedniego zaplecza ekspertów, specjalistów i innego personelu, który zapewni zamawiającemu należyte wykonanie usług Inżyniera Kontraktu dla realizowanych przez niego zadań inwestycyjnych.

Odnosząc się do kwestii niezgodności oferty SAFEGE z warunkami zamówienia odwołujący powołał się na punkt 5.2.3 podpunkt 31 OPZ-W, w którym zamawiający wskazał:

„Inni eksperci

Inżynier Kontraktu zapewni zaangażowanie w realizację przedmiotu Zamówienia osób pełniących funkcje (stanowiska) następujących Innych Ekspertów: (...) 31) Specjalista ds. kosztorysowania; (...).”

Nadto, odwołujący wskazał, że zamawiający w Rozdziale XII Podrozdział I SWZ-W określił:

„5. Treść oferty musi być zgodna z treścią SWZ-W.

6. Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w SWZ-W.

7. Oferta powinna być sporządzona z zachowaniem formy elektronicznej pod rygorem nieważności i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym zgodnym z obowiązującymi przepisami prawa.

8. Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory załączników do SWZ-W, powinny być sporządzone zgodnie z treścią tych wzorów.”

Ponadto, zamawiający określił wzór Formularza Cenowego w Załączniku nr 4 do SWZ-W, w ramach Tabeli „Usługa nadzoru i zarządzania dla Zadania 6 (Opcjonalne)”, gdzie w poz. 4.2.31 należało wycenić zaangażowanie w realizację przedmiotu zamówienia Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W. Zamawiający przesądził tu, że odrębnie należy przedstawić wycenę odnoszącą się do Zamówienia Podstawowego, a odrębnie dla Prawa Opcji.

Zgodnie zaś z pkt 1.13 SWZ-W *Prawo Opcji nr 1 – objęte realizacją Zadania 6 – zamówienie wykraczające poza Zamówienie Podstawowe, którego zlecenie Wykonawcy nie jest gwarantowane i zostało określone w Rozdziale III Podrozdział II SWZ-W.*

Zgodnie z pkt 1.1 Rozdział III Podrozdział II SWZ-W: *Zamawiający przewiduje zastosowanie Prawa Opcji dla każdej z Części w zakresie: 1.1. rozszerzenia przedmiotu Zamówienia o Zadanie Opcjonalne z jednoczesnym wydłużeniem terminu realizacji Zamówienia o czas niezbędny do realizacji Zadania Opcjonalnego wraz ze zwiększeniem wysokości wynagrodzenia za realizację Zadania Opcjonalnego (Prawo Opcji nr 1)*”.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca SAFEGE, w Formularzu Cenowym sporządzonym według wzoru określonego przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 do SWZ-W, w pozycji 4.2.31 „Specjalista ds. kosztorysowania” dla Prawa Opcji dwukrotnie, tj. w miejscach, gdzie należało wpisać Cenę jednostkową netto oraz Wartość netto w PLN, wpisał „-”. Zdaniem odwołującego, brak ten w ofercie wykonawcy SAFEGE oznacza niezaoferowanie wymaganego w pozycji 4.2.31 Załącznika nr 4 do SWZ-W Specjalisty ds. kosztorysowania.

Odwołujący podkreślił, że gdyby SAFEGE wskazał np. „0,00 zł” – można by zastanawiać się, czy np. nie ujął kosztów zapewnienia Specjalisty ds. kosztorysowania w innej cenie jednostkowej – np. dla Zamówienia Podstawowego. Jednak w sytuacji, gdy SAFEGE wpisał „-” oznacza to jednoznaczny brak w ofercie, zwłaszcza, że z jakiegokolwiek innego dokumentu złożonego przez tego wykonawcę na etapie składania ofert nie wynika okoliczność przeciwna. Wobec powyższego zamawiający powinien był przyjąć, że SAFEGE nie zapewnił zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W oraz w Załączniku nr 4 do SWZ-W pn. Formularz cenowy w zakresie Prawa Opcji. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Dalej odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 17 maja 2021 r., sygn. akt: 974/21 odnośnie tego co stanowi treść oferty (m.in. załączone do oferty kosztorysy).

Odwołujący przytoczył także poglądy doktryny, z których wynika, że brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli i, że ten brak wskazania ceny jednostkowej niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił (H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021). Odwołujący zauważył, że ma to w pełni zastosowanie w niniejszej sprawie. Na treść oferty

SAFEGE składa się bowiem Formularz cenowy, zawierający kosztorys odnoszący się do poszczególnych ekspertów w podziale na zakres podstawowy i opcjonalny zamówienia. Brak zaoferowania Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W w zakresie Prawa Opcji stanowi o niezgodności oferty SAFEFE z warunkami zamówienia, ponieważ oświadczenie ofertowe SAFEFE nie spełnia wymogów zamawiającego co do wszystkich elementów wymaganych przy realizacji zamówienia. Niezgodność odnosi się zatem do merytorycznego aspektu realizowania umowy (Prawa Opcji). Odwołujący podkreślił, że zapewnienie wymaganego w poz. 4.2.31 Załącznika nr 4 do SWZ-W Specjalisty ds. kosztorysowania z pewnością stanowi istotny dla wykonania zamówienia element świadczenia, bez którego zamawiający nie osiągnie celu zamierzonego przy wszczęciu Postępowania. Dodał też, iż SAFEGE w pkt 19 Formularza oferty oświadczył, że załączone do oferty dokumenty (w tym Formularz Cenowy dla cz. nr 2 - załącznik nr 4) stanowią jej integralną część.

Zdaniem odwołującego, oświadczenia woli dookreślające i uszczegółowiające zakres czy sposób wykonania zamówienia (a w ten sposób należy zakwalifikować kosztorys SAFEGE sporządzony według Załącznika nr 4 do SWZ-W) są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Za takie oświadczenie – w ocenie odwołującego - należy uznać informacje umożliwiające identyfikację konkretnych Specjalistów, których udział ma zapewnić wykonawca, oraz weryfikację ich zgodności z wymaganiami określonymi w treści SWZ. Odwołujący stwierdził także, iż wykonawcy składający oferty są związani oświadczeniami złożonymi w jej treści, które wiążą ich w takim sensie, że determinują, co ma być przedmiotem przyszłego świadczenia. W konsekwencji przedmiot świadczenia nie może być poprzez składanie późniejszych oświadczeń w jakikolwiek sposób modyfikowany czy zmieniany. W przypadku oferty SAFEGE wykonawca ten – według odwołującego - poprzez oświadczenia zawarte w treści złożonej oferty, wskazał elementy świadczenia, które nie spełniają wymagań zamawiającego. I tej okoliczności nie mogą sanować późniejsze wyjaśnienia, nawet jeżeli niezgodność złożonych przez wykonawców ofert z treścią SWZ była efektem niedoprecyzowania, omyłki, czy jakiegokolwiek innej niedokładności. Zdaniem odwołującego oferowane świadczenie przez wykonawcę SAFEGE należy uznać za w istotny sposób niespełniające wymogów określonych w warunkach zamówienia.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że mając na uwadze zasadę wyrażoną w art. 16 pkt 1 Pzp zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania informacji i oceny oferty tego wykonawcy, kierując się koniecznością przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz racjonalnego wydatkowania

środków publicznych, zmierzających do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy dającemu rękojmię należytego wykonania inwestycji, który za wskazaną cenę ofertową będzie w stanie zrealizować inwestycję w sposób niezakłócony. Konsekwencją zaś uchybień zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

Zdaniem odwołującego – wobec powyższego – oferta wykonawcy SAFEGE powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Następnie, z ostrożności, odwołujący przedstawił również argumentację dotyczącą braku możliwości doprowadzenia oferty SAFEGE do zgodności z warunkami zamówienia i to niezależnie od tego, z jakich powodów doszło do niezaoferowania przez wykonawcę rzeczonoego Specjalisty.

Odwołujący podkreślił, że ewentualne wezwanie SAFEGE do „wyjaśnienia” treści oferty lub „poprawienie” niezgodności oferty z warunkami zamówienia jako omyłki jest niedopuszczalne oraz, że zgodnie z fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych, zakazana jest zmiana treści oferty po jej otwarciu. Zamawiający musi zdawać sobie sprawę, że istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają „konwalidacji”, niezgodność oferty z SWZ nie może zostać „uzupełniona” czy „wyjaśniona”. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 847/23. Odwołujący wyjaśnił, iż ustawodawca dopuścił tylko dwie sytuacje, w których zmiana oferty byłaby dopuszczalna, tj.:

- 1) stosując art. 223 ust. 2 Pzp dotyczący poprawienia omyłek;
- 2) na podstawie i w granicach art. 187 Pzp,

jednocześnie zaznaczając, że takie sytuacje nie występują w niniejszym stanie faktycznym.

Po pierwsze, przepis art. 187 Pzp dotyczy dialogu konkurencyjnego, który nie ma zastosowania do niniejszego Postępowania.

Po drugie, „poprawienie” niezgodności oferty SAFEGE z warunkami zamówienia jako omyłki nie znajduje podstaw prawnych w żadnej z przesłanek, opisanych w art. 223 ust 2 Pzp. Nie sposób bowiem ustalić, że w ogóle mamy do czynienia z omyłką.

Ponadto, nie sposób uznać, aby zidentyfikowana niezgodność w ofercie SAFEGE miała charakter „omyłki pisarskiej”, ponieważ niezgodność ma charakter merytoryczny, a nie pisarski, techniczny czy edytorski – nie można bowiem uznać, że brak zaoferowania Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W w zakresie Prawa

Opcji ma charakter przypadkowy i może być w sposób niewątpliwy poprawiona bez odwoływania się do innych dokumentów czy informacji z oferty wykonawcy.

Dalej, odwołujący wywodził, że nie sposób uznać, aby zidentyfikowana niezgodność w ofercie SAFEGE miała charakter „omyłki rachunkowej”, ponieważ nie wynika z błędnej operacji rachunkowej na liczbach, lecz z niezaoferowania Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W w zakresie Prawa Opcji.

Jego zdaniem, nie sposób uznać, aby zidentyfikowana niezgodność w ofercie SAFEGE miała charakter „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”, ponieważ dotyczy elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) i elementów uznanych za istotne przez zamawiającego. Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający nie ma wiedzy (bez negocjacji z wykonawcą), w jaki sposób miałyby nastąpić „poprawienie” niezaoferowania Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W w zakresie Prawa Opcji, tj. czy wykonawca zapewnia udział tego eksperta w zakresie opcjonalnym oraz po jakiej cenie – wycena mogłaby być przecież różna. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2023 r., sygn. akt: KIO 1508/23.

Reasumując odwołujący stwierdził, że odrzucenie oferty SAFEGE, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim SAFEGE nie zapewnił zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w pkt 5.2.3 ppkt 31 OPZ-W oraz w Załączniku nr 4 do SWZ-W pn. Formularz cenowy w zakresie Prawa Opcji, stało się konieczne i nie jest możliwe dokonanie zmiany tej oferty w taki sposób, aby „dostosować” ją do wymogów zamówienia.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) (dalej jako: „SAFEGE” lub „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 30 sierpnia 2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 31 sierpnia 2023 roku wykonawca SAFEGE przedstawił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko pisemne, w którym oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości i wnosi o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

W toku rozprawy w dniu 1 września 2023 roku strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia wykonawczego – zgodnie z Rozdziałem III Specyfikacji Warunków Zamówienia dla Umowy Wykonawczej (dalej jako: „SWZ-W”), zatytułowanym „Opis Przedmiotu Zamówienia” Podrozdział 1 ustęp 1 są: *usługi Inżyniera Kontraktu dla Zadań Inwestycyjnych pn.: „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź–Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno – Czernica Wroclawska – Wrocław Główny”.*

W ustępie 2 Rozdziału III Podrozdział 1 SWZ-W wskazano, że: *Przedmiot Zamówienia został podzielony na cztery Części i swoim zakresem obejmuje:*

2.1. *Część nr 1: usługi Inżyniera Kontraktu obejmujące swym zakresem Zadanie Inwestycyjne nr 1 „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź – Sieradz Północny”*

2.2. *Część nr 2: usługi Inżyniera Kontraktu obejmujące swym zakresem Zadanie Inwestycyjne nr 2 „Budowa linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno”,*

2.3. *Część nr 3: usługi Inżyniera Kontraktu obejmujące swym zakresem Zadanie Inwestycyjne nr 3 „Budowa linii kolejowej nr 86 na odc. Kępno – Czernica Wroclawska”*

2.4. *Część nr 4: usługi Inżyniera Kontraktu obejmujące swym zakresem Zadanie Inwestycyjne nr 4 „Budowa linii kolejowej nr 86 na odc. Czernica Wroclawska – Wrocław Główny”.*

Zgodnie z Rozdziałem XIII SWZ–W Zawartość oferty oferta musi zawierać: Formularz Cenowy – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ-W (punkt 4).

W Załączniku nr 1 do SWZ-W – Opis Przedmiotu Zamówienia Wykonawczego (OPZ-W) w punkcie 5.2.3. *Inni eksperci* zamawiający wskazał: *Inżynier Kontraktu zapewni zaangażowanie w realizację przedmiotu Zamówienia osób pełniących funkcje (stanowiska) następujących Innych Ekspertów: (...)*

31) *Specjalista ds. kosztorysowania*

32) *Specjalista ds. szkód górniczych”.*

W Załączniku nr 4 do SWZ-W Formularz Cenowy dla Części 2 – zamawiający zawarł tabelę wraz z wyszczególnieniem elementów rozliczeniowych, w ramach której wykonawcy byli zobowiązani do wskazania ceny jednostkowej netto w PLN oraz wartości netto w PLN dla poszczególnych elementów rozliczeniowych. W części tabeli dot. Ekspertów kluczowych (zadanie opcjonalne) 4.2. *Inni eksperci* w pozycji 4.2.31 został wyszczególniony Specjalista

ds. kosztorysowania, zaś w pozycji 4.2.32 Specjalista ds. górniczych.

Wykonawca SAFEGE w poz. 4.2.31 wpisał „-” w kolumnie dot. Ceny jednostkowej netto i Wartości netto i odpowiednio w poz. 4.2.32 w ww. kolumnach wpisał 220,00.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie zaś do art. 16 pkt 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia Wykonawczego (OPZ-W) punkt 5.2. zamawiający wymagał, aby Inżynier Kontraktu - w celu realizacji Zamówienia Wykonawczego - zapewnił odpowiedni Personel Inżyniera Kontraktu (Kluczowi Eksperci, Inni Eksperci), o którym mowa w pkt. 5.2.2 i 5.2.3. Inżynier Kontraktu zobowiązany był do zapewnienia zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia osób pełniących funkcje (stanowiska) Innych Ekspertów, w tym Specjalisty ds. kosztorysowania (podpunkt 31). Zamawiający wymagał zaangażowania tego Specjalisty także w ramach Prawa Opcji, i to nie było sporne między odwołującym, a uczestnikiem postępowania odwoławczego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego.

Nie ulega też wątpliwości, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z Formularzem Oferty Wykonawczej dla danej Części (Załącznik nr 3 do SWZ-W) Formularza Cenowego (Załącznik nr 4 do SWZ-W), który stanowił integralną część oferty.

Przystępujący – wykonawca SAFEGE w Formularzu Cenowym dla Części 2 w pozycji 4.2.31 dotyczącej wyceny zaangażowania Specjalisty ds. kosztorysowania dla zadania 6 (zadanie opcjonalne) wpisał „-” dla ceny jednostkowej netto w PLN i wartości netto w PLN. Taki sposób opisu wskazanej pozycji tabeli świadczy o tym, że oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Po pierwsze, Izba podziela argumentację odwołującego, że taki opis pozycji tabeli odnoszącej się do wyceny zaangażowania Specjalisty ds. kosztorysowania w ramach Prawa Opcji świadczy o tym, że wykonawca SAFEGE – wbrew jasnym i oczywistym warunkom zamówienia, nie zaoferował Specjalisty ds. kosztorysowania. Podkreślić też należy za odwołującym, że przeciwna okoliczność, tj. fakt zaoferowania tego Specjalisty nie wynika z jakiegokolwiek innego dokumentu złożonego na etapie składania ofert.

Przystępujący podnosił, że kompleksowa analiza jego dokumentów ofertowych potwierdza, że zapewnił on zaangażowanie w realizację przedmiotu zamówienia Innego Eksperta – Specjalisty ds. kosztorysowania wymaganego w punkcie 5.2.3. ppkt 31 Załącznika nr 1, również w zakresie Prawa Opcji i wycenił ten koszt w swojej ofercie. Przystępujący jednak pomija fakt, że nie dotyczy to jego dokumentów ofertowych, a wyjaśnień składanych w terminie późniejszym, już po otwarciu ofert (tj. wyjaśnień dotyczących ceny oferty) . Z żadnego miejsca w ofercie nie wynika natomiast, że w istocie zaoferował Specjalistę ds. kosztorysowania w zakresie Prawa Opcji.

Nie sposób też zgodzić się z argumentacją przystępującego, że nawet z samego Formularza Cenowego wynika, że taka osoba została przez niego przewidziana, skoro nie dokonał wykreślenia pkt 4.2.31 z Formularza Cenowego, a jedynie w pozycjach „*Jednostkowa cena netto*” oraz „*Wartość netto*” wstawił tzw. kreskę (punkt 22 pisma procesowego przystępującego z 31.08.2023 r., a także stanowisko przedstawione na rozprawie). Przystępujący nie dokonał także takiego wykreślenia w jakiegokolwiek innej pozycji, w tym także pozycji 4.2.32, a dotyczącej Specjalisty ds. górniczych, którego udział nie był wymagany, przy której to pozycji wykonawcy byli zobowiązani wpisać stawkę „0”. Powyższe wynika z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 122 i 270 do SWZ, na które zresztą powoływał się sam przystępujący. Natomiast powołanie się na wyjaśnienia z dnia 4 lipca 2023 roku w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty, w ramach których wykonawca SAFEGE przedstawił dowody, że dysponuje Specjalistą ds. kosztorysowania oraz wskazał, że dokonał kalkulacji kosztów wynagrodzenia tej osoby, nie zmienia faktu, że z treści oferty nie wynika, że zaangażowanie takiej osoby zostało zapewnione w realizację przedmiotu zamówienia w zakresie Prawa Opcji.

Izba podziela w tym zakresie pogląd doktryny (przytoczony przez odwołującego), iż: „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia” (H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021*).

Po drugie, nawet jeśli uznać, że wniosek o braku zapewnienia zaangażowania Specjalisty ds. kosztorysowania w ramach Prawa Opcji przez wykonawcę SAFEGE jest zbyt daleko idący, to i tak braku wskazania w pozycji 4.2.31 Formularza Cenowego ceny jednostkowej netto i wartości netto, nie można konwalidować w trybie określonym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Nie można bowiem traktować takiego opisu przedmiotowej pozycji, jako omyłki, która podlega poprawieniu w trybie określonym w art. 223 ust. 2 pkt 1 jako oczywista omyłka pisarska czy w trybie określonym w art. 223 ust. 2 pkt 3 jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Przystępujący SAFAGE wywodził, że w niniejszym przypadku mamy do czynienia z omyłką, która ma dwojaki charakter – jest jednocześnie oczywistą omyłką pisarską oraz inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty oraz, że ta omyłka polega na tym, że wypełnił pozycję 4.2.32 – dotyczącą Specjalisty ds. górniczych, który to specjalista nie był wymagany w ramach zamówienia, zamiast pozycji 4.2.31 dotyczącej Specjalisty ds. kosztorysowania, którego zamawiający wymagał.

W ocenie Izby ta omyłka nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej. Podkreślić należy, że musiałby tu być spełniony i charakter „pisarski” omyłki (czyli np. przestawienie cyfr, wyrazów), i przymiot „oczywistości”. W tym przypadku nie sposób mówić i o „oczywistej” omyłce, i o „pisarskiej” omyłce, skoro poprawienie błędu/omyłki polegałoby na przeniesieniu wartości z całkiem innej pozycji (choć sąsiadującej) do tej właściwej, a dotyczącej innego Specjalisty.

Nie można też w tym przypadku poprawić oferty, przyjmując, iż wykonawca popełnił inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Przede wszystkim należy zauważyć, że z pozostałych dokumentów, stanowiących treść oferty nie da się wywieść w jaki sposób ta pozycja powinna być poprawiona i, że w ogóle powinna być poprawiona, tzn., że wykonawca SAFEGE w istocie zapewnił zaangażowanie Specjalisty ds. kosztorysowania w zakresie Prawa Opcji.

Przystępujący powoływał się na wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oferty, ale one nastąpiły już po dacie złożenia oferty. Należy też zwrócić uwagę na zróżnicowane stawki dla poszczególnych specjalistów, jak i różnice stawek przy Zamówieniu Podstawowym i Opcjonalnym. Zatem, wszelkie wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie, co słusznie podnosił odwołujący, prowadziłyby do negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, niedopuszczalnych w świetle przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że treść oferty wykonawcy SAFEGE jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu – w zakresie części nr 2 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp i w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2. Zgodnie zaś z § 5 pkt 2 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenie pełnomocnika, nieprzekraczające kwoty 3600 złotych.

Wobec powyższego Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę SAFEGE, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zasądzając od wykonawcy SAFEGE na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego związane z uiszczonym wpisem od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600 zł).

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: