Sygn. akt: KIO 3404/20

WYROK
z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Jan Kuzawiński
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Partner sp. z o.o. sp.k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Leoncin, ul. Partyzantów 3, 05-155 Leoncin
przy udziale wykonawcy Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-781 Warszawa zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę Partner sp. z o.o. sp.k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa 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 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego – wykonawcy Partner sp. z o.o. sp.k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa na rzecz Zamawiającego - Gminę Leoncin, ul. Partyzantów 3, 05-155 Leoncin stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3404/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Leoncin, ul. Partyzantów 3, 05-155 Leoncin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Leoncin oraz wyposażenie w pojemniki, odbiór i zagospodarowanie odpadów z gm. PSZOK w roku 2021”*.Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 205-499466.

Zamawiający w dniu 9.12.2020 r. przekazał wykonawcy Partner sp. z o.o. sp.k., ul Płytowa 1, 03-046 Warszawa (dalej jako Odwołujący) informację o odrzuceniu jego oferty postępowania.

Od tej czynności w dniu 21.12.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy wskazana przesłanka eliminacyjna nie doznała wobec oferty Odwołującego aktualizacji,
a w szczególności powyższe nie nastąpiło ze względu na to, że „*Oferent złożył nieprawidłowo uzupełniony formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ, w wyniku czego nie zawiera on informacji pozwalających na zawarcie umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia, której wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ*” (cyt. uzasadnienia czynności z dnia 9 grudnia 2020 r.). Odwołujący podnosi, że wypełnił formularz ofertowy zgodnie z wszystkimi wymaganiami SIWZ, w tym sformułowanymi przez Zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz że Zamawiający sformułowanymi postanowieniami SIWZ nie wymagał wypełnienia LP 2 w zestawieniu tabelarycznym w ramach formularza ofertowego, a o braku konieczności jego wypełnienia świadczą co najmniej następujące postanowienia:

1) formularza ofertowego w którym Zamawiający posłużył się zwrotem segregowane odpady komunalne „w rozbiciu na”,

2) wzoru umowy, w którym Zamawiający posłużył się zwrotem „*Wartość umowy za odbiór i zagospodarowanie minimalnej ilości odpadów segregowanych tj. 426,4 Mg wynosi (...) zgodnie z wskazanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi w formularzu ofertowym* ”.

W ramach zarzutu ewentualnego Odwołujący zarzuca Zamawiającemu odrzucenie oferty, w sytuacji w której omyłka w ofercie Odwołującego, posiada cechy omyłki o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i jako taka podlega obligatoryjnej procedurze sanacyjnej.

Odwołujący podniósł, że ze względu na powyższe Zamawiający czynnością odrzucenia oferty Odwołującego, podjętą dnia 9 grudnia 2020 r. naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ew. w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia podjętej przez Zamawiającego dnia 9 grudnia 2020 r. czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2) ponownego zbadania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

3) wybrania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący konkretyzując sformułowane w petitum zarzuty i skorelowane z nimi żądania podnosi, że Zamawiający realizując obowiązek wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w SIWZ sformułował następujący opis sposobu obliczenia ceny:

„14.1. Wykonawca poda cenę w Formularzu Ofertowym, sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. Cena musi uwzględniać wszystkie aspekty związane ze zbiórką, transportem i zagospodarowaniem odpadów oraz prowadzeniem PSZOK.

14.2.Cenę należy podać do dwóch miejsc po przecinku.

14.3.Rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą będą prowadzone w walucie PLN.

14.4.Cena musi być wyrażona w złotych polskich.

14.5.Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.

14.6.Dla porównania i oceny ofert Zamawiający przyjmie całkowitą cenę brutto jaką poniesie na realizację przedmiotu zamówienia.

14.7.Zgodnie z art. 91 ust. 3a Pzp jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę usługi, której świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując jej wartość bez kwoty podatku."

Odwołujący podnosi, że przytoczone postanowienia SIWZ, nie zostały w ww. zakresie uzupełnione, żadnymi adnotacjami w formularzu ofertowym. Odwołujący wskazuje,
#x200eże Zamawiający w warunkach tak sformułowanych i wiążących zarówno wykonawców jak
#x200ei Zamawiającego postanowień SIWZ, dnia 9 grudnia 2020 r. podjął czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powołaniem na: „Złożenie nieprawidłowo uzupełnionego formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, w wyniku czego nie zawiera on informacji pozwalających na zawarcie umowy o udzielenie zamówienia, której wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ. Zgodnie z tabelą zawartą w formularzu ofert - załącznik nr 4 do SIWZ, oferent nie wskazał ceny jednostkowej netto oraz brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów, kwoty vat oraz łącznej wartości usługi brutto za odpady segregowane. Brak wskazania tych informacji, koliduje z zapisami umowy, gdzie wskazano:*Cena jednostkowa za odbiór zagospodarowanie 1 Mg odpadów segregowanych wynosi … zł brutto (słownie złotych:…), w tym podatek VAT … % w kwocie … zł. Wartość umowy za odbiór i zagospodarowanie minimalnej ilości odpadów segregowanych tj. 426,4 Mg wynosi … zł brutto (słownie złotych: …) w tym podatek VAT … %w kwocie …. zł, zgodnie z wskazanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi w formularzu ofertowym. Stąd w umowie muszą zostać zawarte informacje o jednolitym wynagrodzeniu za odbiór zagospodarowanie odpadów segregowanych ".*

Odwołujący wywodzi, że mając wzgląd na powyższe, uwzględniając jednocześnie sposób wypełnienia przez Odwołującego formularza ofertowego, tj. (w zakresie aspektów cenowych - zestawienie tabelaryczne w formularzu ofertowym - pkt 1) wskazania:

1) ceny brutto (cena podlegająca ocenie) w wysokości 1 414 239,48 złotych, w tym podatek VAT 8%, tj. 104 758,48 zł,

2) ceny jednostkowej netto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów, kwoty VAT 8% w zł, ceny jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów, łącznej wartości usługi brutto w zł dla frakcji wymienionej w LP 1 tj. niesegregowanie odpady zmieszane 20 03 01,

3) cen jednostkowych brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów, łącznej wartości usługi brutto w zł dla frakcji wyróżnionych w pkt LP 2.1 - 2.9. tj. wszystkich wyróżnionych przez Zamawiającego frakcji pt. „segregowanie odpady komunalne, „*w rozbiciu na „*.

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2020 r. narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co najmniej dlatego, że Zamawiający w sposób wyraźny, sformułowanymi postanowieniami SIWZ, nie wymagał uzupełnienia LP 2 zestawienia tabelarycznego, a na okoliczność, iż wystarczające jest uzupełnienie wyłącznie LP 2.1 - 2.9. wyszczególniających frakcje „*segregowanych odpadów komunalnych*" wskazuje co najmniej posłużenie się przez Zamawiającego w:

- formularzu ofertowych zwrotem „*w rozbiciu na",*

- we wzorze umowy, zwrotem „*Wartość umowy za odbiór i zagospodarowanie minimalnej ilości odpadów segregowanych tj. 426,4 Mg wynosi (...) zgodnie z wskazanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi w formularzu ofertowym* ".

Odwołujący podnosi, że w świetle ww. zapisów oraz braku postanowień wyraźnie nakazujących wykonawcom, w tym Odwołującemu, wskazanie ceny w LP 2, uzupełnienie LP 2 nie stanowiło obowiązku wynikającego z SIWZ. W konsekwencji Odwołujący uznaje, że niewskazanie w LP 2 „średniej ceny" za odbiór i zagospodarowanie „segregowanych odpadów komunalnych" stanowi błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący powołuje się na wyroki KIO 1881/20, KIO 1050/19.

Odwołujący podnosi, że mając na względzie brak wyraźnego wyrażenia przez Zamawiającego obowiązku wskazania w formularzu ofertowym „średniej ceny" za odbiór
i zagospodarowanie „segregowanych odpadów komunalnych", nie sposób przyjąć, że nie zastosował się on ściśle do wymaganego sposobu obliczenia ceny wskazanego w SIWZ,
a w konsekwencji, że zaktualizowała się wobec jego oferty przesłanka odrzucenia wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że przyjęcie, że w oparciu o niewyrażone przez SIWZ wymogi. Zamawiający może odrzucić jego ofertę, narusza art. 38 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego rozszerzające interpretowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ, stanowi spóźnione rozszerzanie jej postanowień, co koliduje
z ograniczeniem temporalnym możliwości dokonywania zmian we wskazanym dokumencie, przez Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego powołuje:

- wyrok TSUE z dnia 2 maja 2019 r., C-309/18, w którym Trybunał wskazał, że „*zgodnie*
z utrwalonym orzecznictwem, z jednej strony, zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Z drugiej strony, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonej zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu
o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia",

- wyrok TSUE z dnia 2 czerwca 2016 r., C-27/15, w którym wskazano, że *„Zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk",*

- wyrok KIO 253/20 „*Postanowienie TSUE jest klarowne, stanowi, że przesłanek wykluczenia wykonawcy/ odrzucenia jego oferty nie należy interpretować w sposób rozszerzający",*

- wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2017 r., C-35/17, w którym Trybunał stwierdził, że*„zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno*
z góry określone i podane do publicznej wiadomości zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów",

- wyrok KIO 69/20, w którym Izba wskazała, że *„tak istotna i brzemienna w skutki czynność zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym niezgodność ta musi wynikać wprost z zapisów SIWZ i nie może być domniemywana albo też wyinterpretowana z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania”.*

Odwołujący wskazuje, że nawet niezaaprobowanie ww. stanowiska, zgodnie z którym wykonawcy, nie byli obowiązani do wskazania w ofercie „średniej ceny” za odbiór i zagospodarowanie „segregowanych odpadów komunalnych”, powinno skutkować przyjęciem, że ww. kwestia budziła rozbieżności interpretacyjne wynikające ze sposobu sformułowanego przez Zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny. Powyższe ukazuje okoliczność, iż tak samo jak Odwołujący, ww. postanowienia SIWZ, zrozumiał również wykonawca: P.P.H.U. „KRIX-POOL” K. D., ul. Drużbacka 6,05-092 Izabelin - Dziekanówek. Zgodnie z ugruntowanym jednolitym orzecznictwem wszelkie mankamenty SIWZ, w tym brak wyraźnego przesądzenia konieczności wskazania w ofercie określonej informacji, nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy (wyrok KIO 1967/19; KIO 1827/19, KIO 294/19).

Odwołujący wywodzi, że wniosek dalej idący, odrzucający ww. stanowisko Odwołującego, nie może skutkować aprobatą dla czynności podjętej przez Zamawiającego dnia 9 grudnia 2020 r. Wskazuje, że nawet bowiem niewypełnienie przez Odwołującego formularza ofertowego w zakresie LP 2, pomimo istnienia ku temu obowiązku, nie stanowi „błędu w obliczeniu ceny”, a co najwyżej omyłkę, której usunięcie musi nastąpić poprzez zastosowanie przez Zamawiającego procedury wynikającej z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Powołuje się na wyrok KIO 1821/19 i KIO 675/20.

Odwołujący wskazuje, że skoro wszelkie dane, które ewentualnie należało wskazać w LP 2, stanowią wynikową (emanację) danych wskazanych przez Odwołującego w LP 2.1 - 2.9., LP 2 podlega uzupełnienie przy zastosowaniu procedury korekty omyłki. Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza już okoliczność, że:

1) we wzorze umowy wprost przewidziano, że *„Wartość umowy za odbiór zagospodarowanie minimalnej ilości odpadów segregowanych tj. 426,4 Mg wynosi (...) zgodnie z wskazanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi w formularzu ofertowym”,*

2) łączna przewidywana ilość segregowanych odpadów komunalnych w ciągu trwania umowy (L.LP 2) stanowi prostą sumę ilości cząstkowych (poszczególnych frakcji odpadów) - LP 2.1 - 2.9. (426,04 Mg stanowi sumę ilość 63; 1 ;40; 150;50;7;85;30;0,04 Mg).

W konsekwencji dane, w tym propozycje cenowe, wyrażone w LP 2.1 - 2.9. nie tylko pozwalają, ale i wymuszają ustalenie na ich podstawie ceny za „segregowane odpady komunalne”. Powołuje się na wyrok KIO 761/19. Zdaniem Odwołującego powyższe powinno zostać dokonane w oparciu o przeprowadzone przez Zamawiającego działania arytmetyczne dokonane na danych liczbowych wprost wyrażonych w LP 2.1 - 2.9 tj. zgodnie z dyspozycją wyrażoną przez KIO w wyroku z dnia 26 listopada 2019 r., KIO 2304/19, w którym Izba wskazała, że *„warunkiem sine qua non dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych jest to, iż Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak wiec Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy.”.*

Odwołujący podnosi, że cena, która miałaby zostać podana w LP 2 formularza ofertowego, stanowi prostą wypadkową cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w LP 2.1. - 2.9 (na podstawie cen podanych w LP 2.1 - 2.9 istnieje możliwość prostego ustalenia „ceny ogółem” na odpady selektywnie zebrane) a dokonanie tej korekty nie wywołuje istotnych zmian w treści oferty albowiem nie wpływa w żaden sposób na treść propozycji kontraktowej Odwołującego. Dokonanie ww. korekty zmierza wyłącznie do uchylenia, ewentualnych nieprawidłowości o charakterze technicznym. Zamawiający dokonując prostego ustalenia wartości jakie należy wskazać w LP 2, ustali to jakie będą ceny, które zostaną przyjęte na potrzeby rozliczenia realizacji umowy. Zdaniem Odwołującego powyższe miało nastąpić na etapie kreowania wzoru umowy (po wyborze oferty najkorzystniejszej), przy czym w warstwie technicznej, moment w którym powyższe nastąpi nie wywiera żadnego wpływu na treść oferty a następnie umowy. Każdorazowo bowiem cena za „segregowane odpady komunalne” stanowić będzie wypadkową cen jednostkowych zaoferowanych w ramach poszczególnych frakcji „segregowanych odpadów komunalnych”. Powyższej ceny nie da się ustalić w żaden inny sposób niż poprzez obliczenie średniej, na podstawie podanych w formularzu ofertowym cen jednostkowych.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty, a jeżeli uznaje, że istniała konieczność wypełnienia LP 2 w zestawieniu tabelarycznym (formularzu ofertowym), obowiązany jest do jego uzupełnienia w oparciu o ceny jednostkowe wskazane przez Wykonawcę, w LP 2.1. - 2.9 formularza ofertowego. W konsekwencji, nawet uznając, że Wykonawca był zobowiązany do wypełnienia LP 2 (niezależnie od wypełnienia LP 2.1 - 2.9) to powyższe nie potwierdza tezy Zamawiającego, że oferta *„nie zawiera informacji pozwalających na zawarcie umowy o udzielenie zamówienia, której wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ*. Odwołujący zaznacza, że jego oferta zawiera wszelkie niezbędne informacje, w tym propozycje cenowe, a ewentualny proces ich przeliczania np. poprzez ustalenie „średniej” ceny za odpady selektywnie zbierane, stanowi wyłącznie czynność techniczną (arytmetyczną), a więc o takich samym charakterze jak

np. ustalenie w ramach realizacji umowy, ceny za część odebranej i zagospodarowanej tony odpadów (1 Mg - podzielnie ceny jednostkowej przez 1000). Podnosi, że ewentualne niedokonanie wymaganej czynności arytmetycznej, tj. ustalenie średniej ceny, na podstawie dziewięciu wskazanych w ofercie cen jednostkowych, co najwyżej może zostać uznane za uchybienie techniczne, nie uniemożliwiające zawarcia umowy, czy też rozliczania się pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym. Powyższe nastąpi na podstawie „średniej" ceny za „segregowane odpady komunalne" ustalonej na podstawie cen jednostkowych wyrażonych w LP 2.1 -2.9 zestawienia tabelarycznego stanowiącego część formularza ofertowego.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił wykonawca Remondis Sp. z o.o. , ul. Zawodzie 18, 02-781 Warszawa.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia,jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, o następuje.

Przywołany w odwołaniu stan faktyczny odpowiada rzeczywistemu przebiegowi postępowania, był bezsporny, podobnie jak przytoczone postanowienia SIWZ, wobec czego nie będzie powtarzany.

Nadto zwrócić należy uwagę na następujące postanowienia SIWZ. W § 6 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) określono, że:

1. Za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 2 Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie miesięczne. Wynagrodzenie jakie zapłaci Zamawiający Wykonawcy będzie wynikać z faktycznej ilości odebranych i zagospodarowanych w danym miesiącu odpadów komunalnych i cen jednostkowych zawartych w ofercie Wykonawcy.
2. Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów niesegregowanych (zmieszanych) wynosi …….. zł brutto (słownie złotych: ……), w tym podatek VAT …. % w kwocie ….. zł Wartość umowy za odbiór i zagospodarowanie minimalnej ilości odpadów niesegregowanych (zmieszanych) tj. 900 Mg wynosi …….. zł brutto (słownie złotych ……..) w tym podatek VAT …. % w kwocie ……. Zł
3. Cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów segregowanych wynosi ……. zł brutto (słownie złotych ……) w tym podatek VAT …. % w kwocie …… zł, zgodnie ze wskazanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi w formularzu ofertowym.
4. Łączna wartość umowy za odbiór i zagospodarowania 1 326,04 Mg odpadów wynosi ……. zł brutto (słownie ……) w tym podatek VAT …. % w kwocie …… zł.
5. W razie nieosiągnięcia minimalnej ilości odpadów komunalnych szacowanej w umowie cena jaką zapłaci Zamawiający będzie wynikać z ilości faktycznie odebranych
   i zagospodarowanych przez Wykonawcę odpadów zmieszanych i segregowanych.
   W przypadku, gdy ilość odpadów będzie większa Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie zgodnie z ceną jednostkową za 1 Mg wskazana w pkt 2 i 3.

Izba dopuściła złożone przez Odwołującego w toku rozprawy dowody i dokonała ich oceny:

- Dowód nr 1 – wyliczenia, złożone na okoliczność, że w l.p. 2 formularza ofertowego należało wpisać średnią ważoną – Izba szczegółowo odniosła się do niniejszego dowodu poniżej, w części merytorycznej uzasadnienia;

- Dowody 2, 3, i 4 – powołane na okoliczność, że ceny zagospodarowania i odbioru poszczególnych frakcji są zróżnicowane – Izba uznała, że okoliczność ta była bezsporna, stanowi również wiedzę notoryjną i pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy,

- Dowody nr 5, 6, 7 – formularze ofertowe Przystępującego z innych postepowań, powołane na okoliczność, że również Przystępujący oferuje różne ceny na odbiór
i zagospodarowanie różnych frakcji odpadów – Izba uznała, że okoliczność ta była bezsporna a nadto pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje.
Odwołanie podlegało oddaleniu.

Pierwszy zarzut odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący wywodził z okoliczności, że brak wpisania w formularzu ym w wierszu „L.p. 2" ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów segregowanych nie stanowił błędu w obliczeniu ceny. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wymagał wskazania średniej ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów segregowanych, a jedynie cen za dotyczących poszczególnych frakcji.
W rzeczonej pozycji formularza ofertowego Zamawiający w drugim wierszu, w pierwszej kolumnie wpisał „Segregowane odpady komunalne, w rozbiciu na", w drugiej zaś, w kolumnie „Przewidywana ilość odpadów w ciągu trwania umowy (w Mg)" podał wartość 426,04 Mg. Dalsze kolumny zatytułowane były: „Cena jednostkowa netto za odbiór i

zagospodarowanie 1 Mg odpadów", „Kwota VAT 8 % w zł", „Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów" i „Łączna wartość usługi brutto w zł" – w wierszu odpowiadającym L.p. 2, po wskazaniu ww. wartości 426,04 Mg Zamawiający pozostawił puste pola. Odwołujący
w miejsca te wstawił znak „-". Odwołujący podnosił, że taki sposób wypełnienia formularza ofertowego wynikał z braku wskazania obowiązku podania średniej ceny odbioru
i zagospodarowania 1 Mg odpadów segregowanych i w związku z tym uznania przezeń, że należy wskazać jedynie ceny za poszczególne frakcje odpadów.
W ocenie Izby wskazane podejście Odwołującego do sposobu wypełnienia formularza jest nieuzasadnione i oderwane od pozostałych postanowień SIWZ. Odwołujący jako podmiot profesjonalny przed złożeniem oferty zobowiązany był do zapoznania się z całością SIWZ,
w tym z wzorem umowy. Wzór umowy w § 6 ust. 3 zawierał postanowienie *„Cena jednostkowa za odbiór zagospodarowanie 1 Mg odpadów segregowanych wynosi … zł brutto (słownie złotych:…), w tym podatek VAT … % w kwocie … zł. Wartość umowy za odbiór*
i zagospodarowanie minimalnej ilości odpadów segregowanych tj. 426,4 Mg wynosi … zł brutto (słownie złotych: …) w tym podatek VAT … %w kwocie …. zł, zgodnie z wskazanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi w formularzu ofertowym". Zatem wzór umowy wprost odnosi się do formularza ofertowego i wyrażonej w nim *„ceny za odbiór zagospodarowania 1 Mg odpadów segregowanych"* – którą odczytać należało z wiersza „Segregowane odpady komunalne, w rozbiciu na" z kolumny „Cena jednostkowa brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów". Nieracjonalną jest sugestia Odwołującego z rozprawy, że w we wskazanym postanowieniu umowy można było powołać ceny wszystkich frakcji odpadów wskazanych w formularzu. Po pierwsze, § 6 ust. 3 wprost wskazuje na „minimalną ilość odpadów segregowanych tj. 426,04 Mg", co w żaden sposób nie odnosi się do poszczególnych frakcji odpadów, a za to koresponduje z L.p. 2 formularza ofertowego. Po drugie, omawiane postanowienie dotyczy jednej ceny jednostkowej za 1 Mg odpadów segregowanych. Po trzecie, wpisanie w tym miejscu do umowy 9 cen (ilość frakcji wymienionych w formularzu ofertowym) czyniłoby umowę nieczytelną i jako takie byłoby niezgodne ze sztuką formułowania postanowień umownych. Po czwarte – Odwołujący sam
w odwołaniu podnosił, że cena za segregowane odpady komunalne będzie ceną, której nie da się ustalić inaczej niż poprzez obliczenie średniej na podstawie cen jednostkowych – a zatem przyznał, że dla realizacji umowy niezbędne będzie ustalenie jednej ceny za segregowane odpady komunalne. Bez wpływu na powyższą ocenę argumentacji Odwołującego w tym zakresie pozostaje okoliczność, że dwóch wykonawców nie wskazało w L.p. 2 cen jednostkowych za segregowane odpady. Sytuacja ta nie świadczy o niejasności formularza ofertowego, a o niedołożeniu przez wykonawców należytej staranności przy jego wypełnianiu. Odwołujący nie wnosił o wyjaśnienie sposobu wypełnienia formularza ofertowego, zamiast tego uznając, że pozostawienie przez Zamawiającego w formularzu ofertowym pustych pól – nie przekreślonych, nie różniących się od pozostałych pól – oznacza, że tych pól nie trzeba wypełniać. Brak uzupełnienia L.p. 2 skutkuje brakiem możliwości prawidłowego zawarcia umowy (Zamawiający nie dysponuje niezbędnymi, kluczowymi informacjami o cenie oferty), wobec czego należy stwierdzić, że Zamawiający prawidłowo uznał, że doszło do błędu
w obliczeniu ceny i zaktualizowała się przesłanka odrzucenia ceny określona w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.
Ad zarzutu nr 2 – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. O zasadności uznania braku wypełnienia L.p. 2 w formularzu ofertowym za błąd w obliczeniu ceny świadczy również okoliczność, że w rozpoznawanej sprawie ma to charakter błędu, który nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.
Odwołujący wywodził, że brak wskazania ceny w L.p. 2 formularza ofertowego podlega poprawieniu jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. W odwołaniu Odwołujący wskazywał, że cena, która powinna być wskazana w L.p. 2 to cena średnia, którą można wyliczyć na podstawie informacji znajdujących się w ofercie. W toku rozprawy Odwołujący uzupełnił, że uzupełnienie powinno nastąpić poprzez wyliczenie średniej ważonej
i przedłożył wyliczenia wykazujące, że cena brutto za odbiór i zagospodarowanie odpadów segregowanych (1 Mg), która powinna być wpisana w L.p. 2 to 990,11 zł. Wg. przedłożonych wyliczeń łączna wartość usługi brutto w zł to 421 827,48 zł. W toku rozprawy Zamawiający
i Przystępujący zasadnie podnieśli, że iloczyn przewidywanej ilości odpadów w ciągu trwania umowy (w Mg) tj. 426,04 i wskazanej średniej ważonej ceny za 1 Mg tj. 990,11 zł wynosi 421 826,46 zł – a zatem różni się o 1,02 zł od łącznej wartości usługi brutto wskazywanej przez Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że różnica wynika z zaokrąglenia ułamków. ... Izba dokonała wyliczeń przy przyjęciu wartości z oferty Odwołującego i przy użyciu kalkulatora przy pomocy którego sporządzono dowód złożony na rozprawie i stwierdziła, że przy dopuszczeniu maksymalnej ilości liczb po przecinku, średnia cena brutto wynosi 990, 11 186 743 028 zł. Po przemnożeniu tej wartości przez przewidywaną ilość odpadów w czasie trwania umowy – 426,04 uzyskano wynik 421 827,2599999965, czyli przy zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku - 421 827,26 (zł). Należy zwrócić uwagę, iż w dalszym ciągu jest to liczba o 22 grosze niższa niż wskazywana przez Odwołującego łączna wartość brutto usługi, co powoduje też obniżenie ogólnej ceny ofertowej o tę wartość.
Mając powyższe na uwadze należy jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający nie mógł, dysponując jedynie danymi z oferty, samodzielnie poprawić formularza ofertowego. Wyżej wskazane różnice w wyliczeniach przesądzają, że nawet przyjęcie wskazanej przez Odwołującego średniej ważonej nie pozwala na jednoznaczne określenie, jaka cena powinna zostać wpisana w formularzu ofertowym jako cena zagospodarowania i odbioru 1 Mg odpadów segregowanych. Wymaga podkreślenia, że chociaż omyłka w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie musi mieć charakteru omyłki oczywistej to jednak sposób poprawienia oferty nie może budzić wątpliwości zamawiającego, jego ustalenie musi być możliwe na podstawie danych znajdujących się w treści oferty. W niniejszej sprawie nawet w toku rozprawy Odwołujący nie sprostał wskazaniu jednoznacznej metody uzupełnienia oferty, tym bardziej nie można uznać, by Zamawiający był zobowiązany czy choćby uprawniony do samodzielnego poprawienia braku w formularzu ofertowym. Wobec powyższego należało uznać, że nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego.
Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak
w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:……..