Sygn. akt KIO 1559/21

WYROK
z dnia 20 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez wykonawcę Budownictwo Wodne P. P. A. S. Sp. j. w Stalowej Woli w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Państwowemu Gospodarstwu Wodne Wody Polskie w Warszawie Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Gliwicach unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Melioracje Wodne S. K. w Szczygłowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budownictwo Wodne P. P. A. S. Sp. j. w Stalowej Woli tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Państwowego Gospodarstwa Wodne Wody Polskie w Warszawie Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gliwicach na rzecz Budownictwa Wodnego P. P. A. S. Sp. j. w Stalowej Woli kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1127) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt KIO 1559/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1127.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na remont jazu stałego na rzece Bytomce w km 9+470 m. Zabrze. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 marca 2021 r. pod numerem 23562/01. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

24 maja 2021 r. wykonawca Budownictwo Wodne P. P. A. S. Sp. j. w Stalowej Woli wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Melioracje Wodne S. K. w Szczygłowie, pomimo tego że jest w sposób oczywisty niezgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, dalej jako: „SWZ" oraz wybiórczo poprawiał błędy nie będące omyłkami rachunkowymi. Wskazał, że w ofercie uznanej za najkorzystniejszą zostały błędnie wpisane obmiary, co skutkuje tym, że kosztorys ofertowy jest niezgodny z przedmiarem robót oraz SWZ.
Odwołujący podniósł, że S. K. nie dołączył do oferty zestawienia cen materiałów i sprzętu, co było warunkiem prawidłowego złożenia oferty wg SWZ pkt 6.4. Wyjaśnił, że według pkt 6.2 SWZ cena ofertowa powinna być obliczona „w tabeli kosztorys ofertowy" oraz, że według pkt 6.3 SWZ kalkulacja szczegółowa stanowi iloczyn cen jednostkowych ustalonych przez wykonawcę oraz ilości robót do wykonania zawartych w przedmiarze. Zamawiający poprawiając pozycję nr 44 w dziale 3.4 kosztorysu ofertowego S. K. złamał zasady opisane w SWZ pkt 6.2 i 6.3 zmieniając obmiar, czyli podstawę do obliczenia ceny, a powinien zdaniem odwołującego, potraktować to jako niezgodne z przedmiarem i odrzucić ofertę.
Odwołujący wywiódł, że zamawiający nie zastosował tej samej metody przy błędzie w ofercie S. K. w pozycji 26 w dziale kosztorysu ofertowego, gdzie została błędnie wpisana jednostka obmiaru - powinno być według przedmiaru: Roboty pomiarowe w ilości 148,67 m^2 a w kosztorysie ofertowym zaoferowano: Roboty pomiarowe w ilości 148,67 ha. Stanowi to zmianę przedmiaru, jest niezgodne z SWZ pkt 6.3 i jako niezgodne z przedmiarem winno stanowić powód odrzucenia oferty.
Odwołujący podkreślił, że wybiórcze poprawianie błędów, niedostrzeganie odstępstwa od SWZ rodzi zastrzeżenia, że ocena złożonych ofert nie była obiektywna i może stanowić naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Oferta złożonej przez S. K. jest niezgodna z przedmiarem oraz SWZ i jako taka powinna być odrzucona.
Odwołujący żądał unieważnienia wyboru oferty złożonej przez S. K. jako najkorzystniejszej i wyboru oferty odwołującego, która w postępowaniu została dopuszczona do postępowania i oceniona jako druga najkorzystniejsza złożona oferta.
W poczet wskazania okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz dowodów na ich poparcie odwołujący złożył SWZ, przedmiar, ofertę złożoną przez S. K. wraz z wyciągiem z kosztorysu ofertowego z pozycjami 26 i 44, zawiadomienie o stwierdzonych omyłkach.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie lub o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie podzielono stanowiska zamawiającego, który domagał się odrzucenia odwołania motywując to brakiem ziszczenia przesłanek wymaganych przez art. 505 Pzp z powodu braku wskazania przez odwołującego naruszonych przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym konsekwentnie w orzecznictwie, interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, o których stanowi art. 505 Pzp, są przesłankami o charakterze materialnym i podlegają badaniu na rozprawie. Brak łącznego spełnienia tych przesłanek powoduje zatem oddalenie, a nie odrzucenie odwołania.

Zdaniem Izby, odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po ofercie wybranej przez zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione, zwłaszcza, że odwołujący wskazał pozycję swej oferty, a spełnienie żądania zawartego w odwołaniu może przynieść skutek wybrania oferty odwołującego.

Ponadto Izba zważyła, że sam brak wskazania w treści odwołania przepisów Pzp nie jest przeszkodą do skierowania odwołania na rozprawę i rozpoznania go co do istoty. Wskazanie przepisu ustawy, którego naruszenie stało się przyczyną wniesienia środka ochrony prawnej, nie tworzy zarzutu. Podstawę zarzutu odwołania stanowią bowiem powołane przez wykonawcę okoliczności faktyczne i prawne. Okoliczności faktyczne oraz twierdzenia zawarte w odwołaniu *prima facie* wskazują, że odwołujący zarzuca zamawiającemu wybór oferty złożonej przez S. K. jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SWZ. Odwołujący zarzucił również zamawiającemu nieuzasadnione poprawienie tej oferty. Powołane okoliczności jednoznacznie referują do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 223 ust. 2 Pzp. Prawidłowa subsumcja okoliczności faktycznych i prawnych powołanych przez odwołującego się wykonawcę do normy ustawy należy do Izby jako organu orzekającego. Sam zatem brak wskazania naruszonego przez zamawiającego przepisu ustawy, o ile treść zarzutu jest możliwa do ustalenia na podstawie treści odwołania, nie jest zatem przeszkodą do rozpoznania odwołania. Dostrzec też trzeba, że zgodnie z art. 518 ust. 1 Pzp braki formalne odwołania podlegają uzupełnieniu i to wyłącznie w sytuacji, gdy uniemożliwiają one nadanie odwołaniu prawidłowego biegu. Brak wskazaniu naruszonej normy nie jest przeszkodą do nadaniu odwołaniu prawidłowego biegu, w okolicznościach sporu stanowi oczywistą niedokładność, o której mowa w art. 516 ust. 2 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne zostały powołane przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy i wymagają jedynie nieznacznego uzupełnienia.

W pkt 44 kosztorysu ofertowego zamawiający wymagał wyceny 218, 37 m^3 betonu hydrotechnicznego: elementów żelbetowych fundamentów, ław, wypadów, płyt dennych itp. Stanisław Kachel wycenił natomiast 85,85 m^3.

Przed poprawieniem cena oferty S. K. wynosił 2.046.199, 59 zł, po poprawieniu 2.083.944, 71 zł. Cena oferty odwołującego wynosiła natomiast 2.157.978,68 zł.

W pozycji 26 roboty pomiarowe S. K. wycenił 148,67 ha, podczas gdy ilością wymaganą przez zamawiającego było 148,67 $m^{2.}$. S. K. nie dołączył do oferty zestawienia cen materiałów i sprzętu, co było warunkiem prawidłowego złożenia oferty wg SWZ pkt 6.4.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie, gdyż zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy.

Po pierwsze, S. K. nie dołączył do oferty zestawienia cen materiałów i sprzętu, czego zamawiający wymagał na podstawie SWZ pkt 6.4. Brak tego zestawienia skutkuje niezgodnością oferty z wymaganiami SWZ. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że wykonał takie zestawienie samodzielnie na podstawie danych wynikających ze złożonego przez S. K. kosztorysu szczegółowego. Powyższe oznacza, że zamawiający samodzielnie wytworzył treść oświadczenia, którego złożenia oczekiwał od wykonawcy. Ponadto czynność ta nie została przez zamawiającego osadzona w dopuszczonych przez ustawodawcę granicach ingerencji w treść oferty. Powołanie się przez zamawiającego na dane wynikające z kosztorysu szczegółowego S. K. nie może w tych okolicznościach przemawiać na korzyść zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany do przestrzegania reguł wynikających z SWZ, a odstąpienie od wymagania jasno i jednoznacznie opisanego w SWZ na etapie oceny ofert preferuje wykonawcę, którego ofertę zamawiający wybrał. Pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia sporządzili bowiem zestawienie wymagane przez zamawiającego.

Poprawienie przez zamawiającego pozycji 44 nie odpowiada ustawie. Stanowi ona w art. 223 ust. 2 pkt 3, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Pierwszym warunkiem umożliwiającym dokonanie poprawy jest zatem stwierdzenie, że niezgodność oferty z wymaganiami zamawiającego nastąpiła w sposób niezamierzony przez wykonawcę. Tego zamawiający nie ustalił w badanym postępowaniu. Zdaniem Izby możliwość popełnienia omyłki przy zmianie obmiaru jest bardzo mało prawdopodobna w okolicznościach sporu. Zamawiający nie wskazał powodów uzasadniających tezę przeciwną. Z faktu, że S. K. wyraził zgodę na poprawienie swojej oferty, nie wynika przecież, że dopuścił się omyłki, zwłaszcza że nie istnieje racjonalne uzasadnienie dla uznania, że cena jednostkowa przy zmianie ilości obmiarowych pozostanie bez zmian. Zamawiający nie uzasadnił również, że zmiana wprowadzona przez niego do oferty S. K. ma charakter nieistotny. W ocenie Izby jest przeciwnie, gdyż poprawienie oferty dotyczyło materiałów istotnych dla wykonania całości prac. Samo wskazanie, że dokonana poprawa nie spowoduje zmiany kolejności w ramach oceny ofert, jest niewystarczająca dla stwierdzenia braku istotności omyłki.

Za niezgodne z ustawą Izba uznała również pominięcie przez zamawiającego błędu w pozycji 26, w której przy prawidłowej ilości 148,67 S. K. wskazał błędną jednostkę: ha, podczas gdy jednostką wymaganą przez zamawiającego był $m^{2.}$. Nie zasługuje na uwzględnienie twierdzenie zamawiającego, że odstąpił od poprawienia z tego powodu, że zarówno ha, jak i m^2 stanowią jednostki miary powierzchni. Uszło całkowicie uwadze zamawiającego, że jednostki te nie są równoważne. Nie wiadomo zatem, jakie ilości powierzchni wycenił w swej ofercie S. K. . Podtrzymując stanowisko wyrażone wyżej w odniesieniu do pozycji 44 należy zwrócić też uwagę, że istnieją co najmniej dwa sposoby poprawienia wskazanego błędu: można albo poprawić jednostkę miary powierzchni, albo wartość obmiaru w tej pozycji, w zależności od tego, co w rzeczywistości wycenił S. K. i przy założeniu (do powzięcia którego brak jest uzasadnionych podstaw), że cena jednostkowa tej pozycji przy dokonanej zmianie ilości pozostanie taka sama.

W konsekwencji Izba uznała, że doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający przyjął ofertę nie spełniającą wymagań SWZ, dokonał jej poprawienia wbrew przepisów ustawy oraz dowolnie i arbitralnie uznał, że błąd popełniony w pozycji 26 nie stanowi o niezgodności oferty z SWZ i nie podlega poprawieniu. W konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej ofert narusza zasady wyrażone w art. 16 Pzp w szczególności przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca:.....