

WYROK

z dnia 4 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis Odbiór sp. z o.o. w Warszawie oraz FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanach Wrocławskich, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo

Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu na rzecz 2. Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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

2. Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 listopada 2021 r. nr 2021/S 216-568694.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 13 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 223 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłki

o rachunkowej w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FBSerwis Odbiór sp. z o.o. i FBSerwis Wrocław sp. z o.o., zwanych dalej również „przystępującym”, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2) art. 255 pkt 6 Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji gdy postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ wada może zostać usunięta poprzez poprawienie omyłek rachunkowych w ofercie złożonej przez przystępującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) poprawienia w ofercie przystępującego omyłek polegających na błędnym wypełnieniu tabeli zawartej w formularzu ofertowym - część C, kolumny: 10, 11 i 12 poprzez wpisanie w tych kolumnach wartości przemnożonych przez 12 zgodnie z instrukcją wypełnienia formularza ofertowego oraz uwzględnienia konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania zamawiający wskazał, że formularz ofertowy został przez

Wykonawców zinterpretowany w dwojaki sposób - konsorcjum FBSerwis wyceniło wywóz

maksymalnie 24 pojemników wielkogabarytowych w ciągu roku, zaś WPO ALBA 288 pojemników. Zamawiający uznał, że w kontekście regulacji art. 137 ust. 7 w zw. z art. 256 ustawy Pzp, nie można poprawić przeliczeń formularza ofertowego wykonawcy jako innej omyłki zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie innej omyłki jest dopuszczalne tylko, gdy z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.

Zdaniem odwołującego, takie stanowisko zamawiającego jest błędne i nie powinno się ostać. Odwołujący wskazał, że formularz ofertowy nakazywał obliczenie wartości brutto za

rok [kolumna 12] poprzez przemnożenie wartości z kolumny 9 (wartość brutto za miesiąc)

przez liczbę 12 miesięcy. Instrukcja wypełnienia formularza - nakazująca w ten sposób ustalić wartość brutto - dotyczyła wszystkich wierszy formularza ofertowego, a zatem także wierszy w części C tabeli formularza ofertowego odnoszącej się do odpadów gabarytowych. Potwierdził to sam Zamawiający w piśmie z dnia 1 grudnia 2021 r. Zdaniem odwołującego, zapis oznaczony dwiema gwiazdkami znajdujący się na dole formularza ofertowego „** odpady wielkogabarytowe: szacunkowa ilość na rok” w żaden sposób nie informował o konieczności odmiennego wypełnienia tabeli formularza ofertowego w zakresie odpadów

wielogabarytowych. Adnotacja ta stanowiła jedynie informację dla wykonawców o zakresie przedmiotu zamówienia dla właściwej kalkulacji ceny ofertowej. Z tego względu, zdaniem odwołującego, zamawiający na etapie badania i oceny ofert zobligowany był do poprawienia w ofercie konsorcjum FBSerwis oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zamawiający jednakże, pomimo ustawowego obowiązku, zaniechał dokonania tej czynności i zdecydował o konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego, zamawiający wadliwie, wbrew brzmieniu SWZ i treści formularza ofertowego, uznał, że omyłka zachodzi w ofercie odwołującego i błędnie zakwalifikował ją jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia wywodząc, że zakres przedmiotu zamówienia nie został opisany dostatecznie klarownie. Co więcej Zamawiający uznał, że jest to omyłka, której poprawienie spowodowałoby w ocenie Zamawiającego istotne zmiany w treści oferty. Według odwołującego stanowisko jest jednak błędne i jako takie nie może się ostać. Odwołujący wskazał, że wiedział, jaki jest szacowany zakres zamówienia w zakresie ilości odpadów wielkogabarytowych, gdyż zamawiający poczynił adnotację [*** odpady wielkogabarytowe: szacunkowa ilość na rok]. Jednak zamawiający oczekiwał wypełniania formularza oferty zgodnie z instrukcją zawartą w jego treści. Zdaniem odwołującego, wypełnił on formularz w prawidłowy, oczekiwany przez zamawiającego sposób. Podobnie powinien być uczynić drugi wykonawca - konsorcjum

FBSerwis. Zgodnie z rozdziałem XV ust. 1 SWZ Wykonawca zobligowany był podać cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. W myśl rozdziału XV ust. 6 SWZ Wykonawca był zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu ofertowym. Oznacza to, że wykonawca nie miał możliwości ingerencji w treść formularza i miał obowiązek wypełnienia formularza zgodnie z instrukcją.

Według odwołującego, zamawiający błędnie uznał, że to jego oferta dotknięta jest omyłką, pomimo że on wypełnił formularz ofertowy zgodnie z instrukcją, zaś błędów rachunkowych przy wypełnianiu części C formularza ofertowego dopuścił się wykonawca konsorcjum FBSerwis. Przeprowadzenie obliczeń z wykorzystaniem podanych w ofercie danych wyjściowych oraz z zastosowaniem wskazanej przez zamawiającego metodologii i uzyskanie prawidłowego wyniku zawsze będzie działaniem w ramach poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych. Poprawa omyłek w obliczeniu ceny powinna uwzględniać określony w dokumentach postępowania sposób obliczenia ceny, a zatem instrukcje wskazane w formularzu ofertowym. Odwołujący wskazywał, że wypełniając formularz ofertowy wykonawca konsorcjum FBSerwis podał w kolumnie 5 stawkę jednostkową - wartość netto za pojemnik - 1.900,00 zł, następnie dokonał prawidłowych działań matematycznych podczas wypełniania kolumn 6-9, a zaniechał jedynie dokonania prawidłowych obliczeń przy wypełnianiu kolumn 10-12. Tym samym z uwagi na określenie ceny jednostkowej za odpady gabarytowe przez wykonawcę nie mogło być żadnych wątpliwości co do oferowanej przez konsorcjum FB Serwis ceny brutto za usługę dotyczącą tej frakcji odpadów.

Zdaniem odwołującego, zamawiający zobligowany był - stosownie do dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp do skorygowania oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie konsorcjum FBSerwis polegającej na błędnym wypełnieniu kolumn 10, 11 i 12 w wierszach znajdujących się w części C formularza ofertowego odnoszącej się do odpadów wielkogabarytowych, a w konsekwencji także wierszy zawierających sumę wartości za gabaryty oraz wartości całkowitej (A+B+C), a także sumarycznej wartości oferty za dwa lata.

Zdaniem odwołującego, omyłka w wypełnieniu kolumny 10 polega na nieprzemnożeniu wartości (netto) wskazanej w kolumnie 6 przez liczbę 12 miesięcy. Wykonawca wskazał kwotę 15.200,00 zł, podczas gdy powinien wskazać 182.400,00 zł. Omyłka w wypełnieniu kolumny 11 polega na nieprzemnożeniu wartości (VAT) wskazanej w kolumnie 8 przez liczbę 12 miesięcy. Wykonawca wskazał kwotę 1.216,00 zł, podczas gdy powinien wskazać 14.592,00 zł. Omyłka w wypełnieniu kolumny 12 polega na nieprzemnożeniu wartości (brutto) wskazanej w kolumnie 9 przez liczbę 12 miesięcy. Wykonawca wskazał kwotę 16.416,00 zł, podczas gdy powinien wskazać 196.992,00 zł.

Według odwołującego, konieczne jest więc także dokonanie poprawek w zakresie konsekwencji rachunkowych tych omyłek w zakresie sumy wartości części C tabeli, oraz sumy części A + B + C tabeli. Wskazywał, że w tabeli zawartej w formularzu ofertowym wykonawca wskazywał wartość oferty za 1 rok, którą następnie przemnażał razy 2 lata świadczenia usługi. W tym zakresie również należało dokonać poprawy zaistniałej omyłki, czego zamawiający zaniechał. Działanie zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 2 Pzp pozwoliłoby zamawiającemu na porównanie złożonych ofert, stworzenie ich rankingu i wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający zobligowany jest poprawić oczywistą omyłkę

rachunkową. Zdaniem odwołującego, mamy do czynienia z omyłką rachunkową, gdyż jest to omyłka polegająca włącznie na błędnym przeprowadzeniu działań arytmetycznych. Co

więcej błąd wykonawcy - konsorcjum FBSerwis jest dostrzegalny na pierwszy rzut oka i ma charakter oczywisty - sprowadza się do zaniechania dokonania przemnożenia określonych miesięcznych wartości przez liczbę 12 miesięcy w roku zgodnie z instrukcją zawartą w formularzu. Charakter tej omyłki ani wynik działań arytmetycznych nie budzą żadnych wątpliwości. Brak więc jakichkolwiek wątpliwości, w jaki sposób omyłka powinna zostać poprawiona. Podkreślał, że konsorcjum wskazało cenę jednostkową, na podstawie której ustaliło wartość miesięczną usług dotyczących odpadów wielkogabarytowych - działania arytmetyczne oparte na cenie jednostkowej wskazanej w kolumnie 5 dały prawidłowe wyniki w kolumnach 6, 8 i 9. Zaniechano jedynie działań arytmetycznych w zakresie kolumny 10, 11 i 12. Działanie Zamawiającego, który unieważnił postępowanie - w sytuacji gdy zobligowany był do poprawy omyłki rachunkowej - jest nieprawidłowe.

Zdaniem odwołującego, nieprawidłowe jest także odwoływanie się przez zamawiającego do art. 137 ust. 7 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu nie mamy bowiem do czynienia z istotną zmianą charakteru zamówienia, ani nawet ze zmianą zakresu zamówienia. W przypadku postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych wartość całkowita oferty często służy jedynie porównaniu ofert, gdyż wynagrodzenie wykonawcy jest ustalane w oparciu o faktyczną ilość odebranych w toku realizacji zamówienia odpadów. W dokumentach postępowania nie było wątpliwości co do zakresu zamówienia - zamawiający określił, że formularz wskazuje szacunkową ilość odpadów wielkogabarytowych na rok, jednakże nie przygotował formularza ofertowego w sposób odpowiadający zakresowi zamówienia w tym względzie, a oczekiwał przemnożenia tych wartości razy dwanaście, co jednoznacznie potwierdza konstrukcja formularza ofertowego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść zamawiającego, zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FBSerwis Odbiór sp. z o.o. w Warszawie oraz FBSerwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanach Wrocławskich. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, ofertę przystępującego, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 1 grudnia 2021 r., załącznik do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 3 we Wrocławiu.

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), w pkt XV (opis sposobu obliczenia ceny) zamawiający zamieścił m.in. następujące postanowienia:

1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ).

2. Cena brutto oferty musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ.

3. Cena może być tylko jedna (nie dopuszcza się wariantowości cen).

4. Cena podana w formularzu ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji

i wyczerpującą wszelkie należności wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

5. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku z wyodrębnieniem podatku VAT.

6. Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu ofertowym.

Ustalono także, że we wzorze formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) zamawiający przewidział, co następuje:

Lp	Wielkość pojemnika [l/m3]	Ilość sztuki	Średnia częstotliwość odbioru w miesiącu	Stawka NETTO za pojemnik	Wartość NETTO za miesiąc [kol. 3*kol 5]	Stawka VAT [%]	Wartość VAT za miesiąc [kol 6*kol 7]	Wartość BRUTTO za miesiąc[zł] [kol.6+kol 8]	Wartość NETTO za rok [kol 6* 12 mies.]	Wartość VAT za rok [kol 8*12]	Wartość BRUTTO za rok [zł] [kol 9*12]	Lokalizacja pojemnika
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
A	Odpady stałe komunalne (zmieszane)											
1	1100 l	6	4,33									kompleks 2328 ul. Trzymielowicka 28
2	8 m³	2	4,33									
4	1100 l	8	4,33									
5	8 m³	3	4,33									kompleks 2837 ul. Graniczna 13
6	1100 l	1	4,33									kompleks 4576 Pietrzykowice
	Razem odpady zmieszane											
B	Odpady segregowane - plastik, papier, szkło											
1.	1,1 m3 plastik i metal	15	4,33									kompleks 2328 ul. Trzymielowicka 28
2.	1,1 m3 papier	20	4,33									
3.	1,1 m3 szkło	4	1,00									
4.	1,1 m3 BIO	2	4,33									
5.	1,1 m3 plastik i metal	15	4,33									kompleks 2837 ul. Graniczna 13
6.	1,1 m3 papier	22	4,33									
7.	1,1 m3 szkło	6	1,00									
8.	1,1 m3 BIO	3	4,33									kompleks 4576 Pietrzykowice
9.	1,1 m3 plastik i metal	3	4,33									
10.	1,1 m3 papier	3	4,33									
11.	1,1 m3 szkło	2	1,00									
12.	1,1 m3 BIO	1	4,33									
	Razem odpady segregowane											

1	16m3	8	pisemne zlecenie	1000,00	8000,00	8	640,00	8640,00	96000,00	7680,00	103680,00	kompleks 2328 ul. Trzmielowicka 28
	16m3	8		1000,00	8000,00	8	640,00	8640,00	96000,00	7680,00	103680,00	kompleks 2837 ul. Graniczna 13
	16m3	8		1000,00	8000,00	8	640,00	8640,00	96000,00	7680,00	103680,00	kompleks 4576 Pietrzykowice
	Razem gabaryty			3000,00	24000,00	8	1920,00	25920,00	288000,00	23040,00	311040,00	
RAZEM (A+B+C)					61574,61	8	4925,97	66500,58	738895,32	59111,64	798006,96	

*wartości przyjęte w formularzu są wartościami szacunkowymi do wyliczenia wartości oferty
** odpady wielkogabarytowe: szacunkowa ilość na rok.

Ustalono, że przystępujący wypełnił formularz ofertowy następująco:

Lp	Wielkość pojemnika [l/m3]	Ilość sztuki	Średnia częstotliwość odbioru w miesiącu	Stawka NETTO za pojemnik	Wartość NETTO za miesiąc [kol. 3kol 5]	Stawka VAT [%]	Wartość VAT za miesiąc [kol 6kol 7]	Wartość BRUTTO za miesiąc[zł] [kol.6+kol 8]	Wartość NETTO za rok [kol 6 12 mies.]	Wartość VAT za rok [kol 812]	Wartość BRUTTO za rok [zł] [kol 912]	Lokalizacja pojemnika
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
A	Odpady stałe komunalne (zmieszane)											
1	1100 l	6	4,33	420,01	2520,06	8	201,60	2721,66	30.240,72	2419,20	32659,92	kompleks 2328 ul. Trzmielowicka 28
2	8 m³	2	4,33	4503,20	9006,40	8	720,51	9726,91	108076,80	8646,12	116722,92	
4	1100 l	8	4,33	420,01	3360,08	8	268,81	3628,89	40320,96	3225,72	43546,58	kompleks 2837 ul. Graniczna 13
5	8 m³	3	4,33	4503,20	13509,60	8	1080,77	14590,37	162115,20	12969,24	174084,44	
6	1100 l	1	4,33	420,01	420,01	8	33,60	453,61	5040,12	403,20	5443,32	kompleks 4576 Pietrzykowice
	Razem odpady zmieszane				28816,15		2305,29	31121,44	345793,80	27663,48	373457,28	
B	Odpady segregowane - plastik, papier, szkło											
1.	1,1 m3 plastik i metal	15	4,33	238,15	3572,25	8	285,78	3858,03	42867,00	3429,36	46296,36	kompleks 2328 ul. Trzmielowicka 28
2.	1,1 m3 papier	20	4,33	173,20	3464	8	277,12	3741,12	41568,00	3325,44	44893,44	
3.	1,1 m3 szkło	4	1,00	45,00	180	8	14,40	194,40	2160,00	172,80	2332,80	
4.	1,1 m3 BIO	2	4,33	476,30	952,60	8	76,21	1028,81	11431,20	914,52	12345,72	
5.	1,1 m3 plastik i metal	15	4,33	238,15	3572,25	8	285,78	3858,03	42867,00	3429,36	46296,36	kompleks 2837 ul. Graniczna 13
6.	1,1 m3 papier	22	4,33	173,20	3810,40	8	304,83	4115,23	45724,80	3657,96	49382,76	
7.	1,1 m3 szkło	6	1,00	45,00	270	8	21,60	291,60	3240,00	259,20	3449,20	kompleks 4576 Pietrzykowice
8.	1,1 m3 BIO	3	4,33	476,30	1428,90	8	114,31	1543,21	17146,80	1371,72	18518,52	
9.	1,1 m3 plastik i metal	3	4,33	238,15	714,45	8	57,16	771,61	8573,40	685,92	9259,32	
10.	1,1 m3 papier	3	4,33	173,20	519,60	8	41,57	561,17	6235,20	498,84	6734,04	
11.	1,1 m3 szkło	2	1,00	45,00	90	8	7,20	97,20	1080,00	86,40	1166,40	
12.	1,1 m3 BIO	1	4,33	476,30	476,30	8	38,10	514,40	5715,60	457,20	6172,80	
	Razem odpady segregowane				19050,75		1524,06	20574,81	228609,00	18288,72	246897,72	
C	Odpady wielkogabarytowe											
1	16m3	8	pisemne zlecenie	1900	15200,00	8	1216,00	16416,00	15200,00	1216,00	16416,00	kompleks 2328 ul. Trzmielowicka 28
	16m3	8		1900	15200,00	8	1216,00	16416,00	15200,00	1216,00	16416,00	kompleks 2837 ul. Graniczna 13
	16m3	8		1900	15200,00	8	1216,00	16416,00	15200,00	1216,00	16416,00	kompleks 4576 Pietrzykowice
	Razem gabaryty				45600		3648,00	49248,00	45600,00	3648,00	49248,00	
RAZEM (A+B+C)					74416,15		7477,35	100944,25	620.002,80	49600,20	669603,00	

Następnie ustalono, że pismem z 1 grudnia 2021 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, że W postępowaniu zamieszczony został formularz ofertowy, który nakazywał obliczenie wartości rocznej brutto poprzez przemnożenie wartości miesięcznej przez liczbę 12.

Jednocześnie w nagłówku tabeli dotyczącej wywozu odpadów wielkogabarytowych został przypisany odnośnik, określony dwoma gwiazdkami, mówiący o tym, że jest to szacunkowa ilość na rok.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Jeden z Wykonawców przeliczył formularz zgodnie z instrukcją zawartą w tabeli (ilość miesięczna * 12) natomiast drugi przyjął, że ilość miesięczna jest równa ilości rocznej (zgodnie z zapisem określonym dwoma gwiazdkami).

W opisanej sytuacji formularz ofertowy został przez Wykonawców zinterpretowany w dwójaki sposób: jeden z Wykonawców (FB SERWIS) wycenił wywóz maksymalnie 24 pojemników wielkogabarytowych w ciągu roku, a drugi (WPO ALBA) 288 pojemników.

Poprawienie formularza Wykonawcy WPO ALBA (przyjęcie wartości miesięcznej jako rocznej, co w zamyśle Zamawiającego było prawidłowe) spowodowałoby pomniejszenie wartości o 91,67 % dla pozycji dotyczącej pojemników wielkogabarytowych oraz o ok. 15 % wartości całego formularza ofertowego (po poprawieniu omyłek rachunkowych wynikających z przedstawienia przez Zamawiającego błędnego wzoru do obliczenia kolumny nr 6 w formularzu ofertowym).

W związku z zaistniałą sytuacją, w kontekście znaczącego obciążenia zakresu zamówienia, mając na względzie art. 137 ust. 7 ustawy PZP (w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia, zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256 ustawy Pzp, czyli przed upływem terminu składania ofert) gdyby Zamawiający zauważył błąd przed terminem składania ofert powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 256 ustawy Pzp. Po otwarciu ofert, w kontekście regulacji art. 137 ust 7 w zw. art. 256 ustawy Pzp, nie można poprawić przeliczeń formularza ofertowego Wykonawcy jako innej omyłki zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Poprawienie innej omyłki jest dopuszczalne tylko, gdy z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty. tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.

O tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. XII Ga 102/09). Ocena, czy poprawienie

innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. W opisywanym przypadku zmiana ilości pojemników o 91,67 % jest zmianą istotną, mogącą mieć duży wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, zdolność realizacji zadania lub nawet samą decyzję o możliwości przystąpienia do postępowania.

Mając na uwadze powyższe, postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Pod pojęciem tym kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (wyrok z dnia 17 marca 2016 r. sygn. KIO 314/16).

Analogicznym przykładem może być sytuacja opisana w wyroku o sygn. akt KIO 2176/19, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć.

W przedmiotowym postępowaniu błąd popełniony przez Zamawiającego (niejednoznaczne określenie ilości w formularzu ofertowym oraz sposobu obliczania ceny) również nie pozwolił na złożenie porównywalnych ofert, gdyż Wykonawcy wyceniając usługę mogli zasugerować się ilością podstawianych pojemników wielkogabarytowych i wycenić tę usługę zależnie od ilości pojemników zamawianych w ciągu roku przez Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezasadny okazał się zarzut dotyczący zaniechania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie przystępującego. Zdaniem Izby brak było bowiem podstaw do poprawienia ceny oferty przystępującego w sposób wskazany w odwołaniu. Odwołujący w treści odwołania podniósł, że oferta przystępującego powinna być poprawiona następująco:

„Omyłka w wypełnieniu kolumny 10 polega na nieprzemnożeniu wartości (netto) wskazanej w kolumnie 6 przez liczbę 12 miesięcy. Wykonawca wskazał kwotę 15.200,00 zł, podczas gdy powinien wskazać 182.400,00 zł.

Omyłka w wypełnieniu kolumny 11 polega na nieprzemnożeniu wartości (VAT) wskazanej w kolumnie 8 przez liczbę 12 miesięcy. Wykonawca wskazał kwotę 1.216,00 zł, podczas gdy powinien wskazać 14.592,00 zł.

Omyłka w wypełnieniu kolumny 12 polega na nieprzemnożeniu wartości (brutto) wskazanej w kolumnie 9 przez liczbę 12 miesięcy. Wykonawca wskazał kwotę 16.416,00 zł, podczas gdy powinien wskazać 196.992,00 zł.” W tym zakresie odwołujący powołał się na opis sposobu wypełnienia kolumn 10, 11, 12 wzoru formularza ofertowego, zawarty w wierszu pierwszym tabeli formularza.

Jednakże uszło uwadze odwołującego, że ilość sztuk kontenerów odpadów wskazana w kolumnie 2 i 3 tabeli formularza ofertowego, w sekcji C tabeli (odpady wielkogabarytowe), wbrew opisowi zawartemu w nagłówkach tabeli, nie była wartością miesięczną, lecz wartością roczną. Na powyższe wskazywała adnotacja z dwiema gwiazdkami, zgodnie z którą ilości wskazane w sekcji C formularza ofertowego nie były ilościami miesięcznymi, lecz ilościami rocznymi. Skoro tak, to brak było podstaw do mnożenia wartości rocznej, podawanej w kolumnie 6 sekcji C tabeli formularza przez liczbę 12, do wyliczenia wartości kolumny 10 formularza (wartość netto za rok), skoro wyliczona przez przystępującego wartość w kolumnie 6 już była wartością roczną. Analogicznie, odpowiednio uwagi należało poczynić co do sposobu wyliczenia przez przystępującego wartości w kolumnie 11 i kolumnie 12 sekcji C formularza.

Zgodzić się należało z odwołującym jedynie w tym, że za takim sposobem poprawienia, na jaki wskazywał odwołujący, zdawał się wskazywać opis kolumn formularza ofertowego. Jednakże dokumenty zamówienia, w tym treść wzoru formularza oferty, należało odczytywać łącznie, a więc również z uwzględnieniem znajdującej się w tym samym formularzu adnotacji opatrzonej dwiema gwiazdkami, z której wynikało, że podane przez zamawiającego ilości odpadów wielkogabarytowych nie są ilościami miesięcznymi, ale rocznymi.

Izba stwierdziła dodatkowo, że różny sposób wypełnienia przez wykonawców formularzy ofertowych wynikał z przyznania przez nich prymatu innym, sprzecznym ze sobą, lecz równorzędnym postanowieniom wzoru formularza. Odwołujący przeliczył formularz zgodnie z instrukcją zawartą w tabeli (ilość miesięczna * 12) natomiast przystępujący przyjął, że ilość miesięczna jest równa ilości rocznej (zgodnie z zapisem określonym dwoma gwiazdkami). W konsekwencji wzór formularza ofertowego został przez wykonawców zinterpretowany w dwojaki sposób: przystępujący wycenił wywóz maksymalnie 24 pojemników wielkogabarytowych w ciągu roku, a odwołujący - aż 288 pojemników.

Powyższe doprowadziło do nieporównywalności ofert, której zdaniem Izby nie można poprawić w sposób wskazany przez odwołującego w odwołaniu. W szczególności podkreślenia wymagało, że sposób wypełnienia formularza przez przystępującego nie był wynikiem żadnej omyłki o charakterze oczywistym, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Omyłka, o której mowa w tym przepisie musiałaby być widoczna na pierwszy rzut oka i niezamierzona. Z niczym takim jednak nie mieliśmy do czynienia w analizowanej sprawie. Przystępujący wypełnił formularz świadomie, zgodnie z adnotacją zawartą pod wzorem formularza, działając w zaufaniu do treści tego dokumentu. Analogicznie postąpił odwołujący, tyle że przyznał on prymat innej, sprzecznej z nią części wzoru formularza.

Zgodzić należało się z zamawiającym i przystępującym w tym, że w rozpatrywanej

sprawie niemożliwe okazało się sprowadzenie ofert do wspólnego mianownika. Dostrzeżenia wymagał fakt, że inaczej wycenia się bowiem stawkę jednostkową usługi odbioru i transportu kontenera odpadów, gdy szacuje się że do wywieżenia będzie rocznie 288 takich kontenerów, a inaczej gdy będzie ich jedynie 24.

Jednocześnie stwierdzono, iż argumentacja odwołującego, przedstawiona na rozprawie jakoby rzekomo uwzględnił on przy wycenie jedynie 24 kontenery rocznie, nie wynikała z treści złożonego przez niego formularza ofertowego. Przeciwnie, z treści formularza wynikało, że odwołujący uwzględnił w wycenie odbiór i transport 288 pojemników na odpady. Jest to wprawdzie sposób wypełnienia formularza zgodny z opisem kolumn formularza ale jednocześnie niezgodny z zastrzeżeniem, że ilości odpadów wielkogabarytowych podane we wzorze formularza są roczne, a nie miesięczne.

Zgodzić należało się też z przystępującym, że opisane różne możliwe interpretacje wzoru formularza ofertowego mogły wpłynąć nie tylko na treść złożonych ofert, ale także na decyzje innych, potencjalnych wykonawców co do uczestnictwa w przetargu. Nie można wykluczyć sytuacji, w której inni wykonawcy przystąpiliby do postępowania, obejmującego swym zakresem wywieżenie 24 kontenerów rocznie, a inni zdecydowaliby się uczestniczyć w przetargu gdyby posiadali wiedzę, że do wywieżenia przewidywano aż 288 pojemników rocznie. Wchodzą tu bowiem w grę istotne kwestie natury logistycznej i kadrowej, bo transport i odbiór odpadów musi być wykonany przy pomocy specjalistycznego sprzętu i przy zapewnieniu właściwej liczbowo kadry.

Powyższe prowadziło do wniosku, że zamawiający przeprowadził postępowanie z naruszeniem naczelnej zasady przejrzystości, z której wyprowadzany jest obowiązek zamawiającego polegający na sporządzeniu jednoznacznych dokumentów zamówienia, zwłaszcza w tak kluczowej kwestii, jaką jest wielkość zamówienia. W postępowaniu doszło także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, którą należy odnosić nie tylko do podmiotów, które złożyły ofertę, ale i wszystkich potencjalnych wykonawców, którzy mogliby być zainteresowani postępowaniem w sytuacji, gdyby treść wzoru formularza ofertowego była jasna i pozbawiona wad.

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że zamawiający prawidłowo dostrzegł i zidentyfikował opisywane wady postępowania, które okazały się tego rodzaju, że uniemożliwiały zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważenia wymaga jednak, że w sytuacji, kiedy zamawiający stwierdza, na etapie po upływie terminu składania ofert, niezgodność treści dokumentów zamówienia z przepisami ustawy, która doprowadziła do naruszenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, jedynym narzędziem pozwalającym na usunięcie stanu niezgodności z prawem, jest unieważnienie postępowania, nie jest już bowiem możliwe dokonanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Art. 70⁵ § 1 Kc stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby przepis ten stanowi podstawę unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu i naruszenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, wpływa na wynik tego postępowania.

Tym samym należało przyznać rację zamawiającemu co do konieczności unieważnienia postępowania, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie

nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza,

że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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: