

WYROK

z dnia 14 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2022 r. przez L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.U. LUCMARK L. W.,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Chrzanów,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pol-Kom-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Ekobay Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:

2. Kosztami postępowania L. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.U.

LUCMARK L. W. 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 Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Zamawiający - Gmina Chrzanów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Pielęgnacja zieleni niskiej, utrzymanie czystości na terenach zieleni. Część nr 2: Pielęgnacja zieleni niskiej, utrzymanie czystości na terenach zieleni niskiej w rejonie osiedli Niepodległości, Kościelec, Młodości, Stella, Rospontowa, Borowiec. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 listopada 2021 r. pod nr 2021/S 230-604814.

W dniu 28 stycznia 2022 r. L. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.U. LUCMARK L. W. wniósł odwołanie wobec:

- poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum: Pol-Kom-Tech Sp. z o.o., Ekobay Sp. z o.o., poprzez uzupełnienie w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ), pozycji XI a „Koszenie wraz z grabieniem i wywozem na kompostownię” w sierpniu, jak również pozycji XI d „Przycinanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni” w kwietniu;
- zaniechania odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie formularza cenowego;
- wyboru oferty ww. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 223 ust. 2 pkt 1, art. 218 ust. 2, art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 i art. 17 PZP ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Pol-Kom-Tech jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ww. Konsorcjum oraz dokonania wyboru oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz warunkami wynikającymi z SWZ.

Odwołujący wskazał, że 19 stycznia 2022 r. został poinformowany o wyborze oferty Konsorcjum Pol-Kom-Tech jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego wybór ten był wadliwy, gdyż oferta Konsorcjum Pol-Kom-Tech podlegała odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie formularza cenowego stanowiącego integralną część oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w punkcie XI ust. 1 pkt b SWZ wymagał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego (zał. nr 14.2 do SWZ), a ponadto, w punkcie XV ust. 1 pkt 1 SWZ wskazano, że cenę oferty należy podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji, zgodnie z załącznikami zawierającymi formularz cenowy prac dla rozliczanych ryczałtowo oraz dla prac rozliczanych powykonawczo, a także, że wykonawca wyceni każdą pozycję ww. załączników. Konsorcjum Pol-Kom-Tech, w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty (zał. nr 14.2 do SWZ), nie wypełniło pozycji XI a „Koszenie wraz z grabieniem i wywozem na kompostownię” dotyczącej sierpnia, jak również pozycji XI d „Przycinanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni” dotyczącej kwietnia. W wyniku braku wyceny ww. pozycji, Konsorcjum nie ujęło w niej wszystkich wymaganych elementów, określonych w formularzu cenowym. Brak wskazania wartości w wymaganych pozycjach, jest - zdaniem Odwołującego - istotnym brakiem treści oferty i stanowi brak zaoferowania świadczenia usługi w danych miesiącach, w których Zamawiający wymagał świadczenia poszczególnych usług. Powyższe wskazuje, że treścią oferty Konsorcjum nie objęto całego zakresu przedmiotowego, przyszłego zobowiązania.

Odwołujący wskazał, że mimo powyższego, Zamawiający w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił w złożonej przez Konsorcjum ofercie ww. braki, traktując je jako omyłkę pisarską polegającą na pominięciu w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ), wyceny prac z pozycji XI a „Koszenie wraz z grabieniem i wywozem na kompostownię” w sierpniu, jak również pozycji XI d „Przycinanie krzewów, gałęzi w celu utrzymania skrajni” w miesiącu, w konsekwencji czego, wpisał samodzielnie w ww. pozycjach kwoty 0 zł.

Kwestionując powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący podniósł, że ww. poprawka spowodowała wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia wykonawcy, odmiennego od złożonego pierwotnie w ofercie, a tym samym doszło do niedopuszczalnej zmiany oferty i nieuprawnionego jej dostosowania do wymagań Zamawiającego dotyczących formularza cenowego (zał. nr 14.2 do SWZ), stanowiącego integralną część oferty wykonawcy. Oferta w zakresie formularza cenowego nie zawierała bowiem zaoferowania świadczenia usług we wszystkich wymaganych pozycjach, a zatem była oczywiście niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający nie był zatem uprawniony do dokonania poprawy oświadczenia wykonawcy w ww. zakresie, jako omyłki pisarskiej. Zdaniem Odwołującego, zmiana treści w zakresie formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ) spowodowała zmianę oferty w ten sposób, że w miesiącach, w których Konsorcjum nie zaoferowało wykonania usługi, Zamawiający wpisał kwotę 0 zł, przyjmując, że Konsorcjum wykona usługi w tych miesiącach bez wynagrodzenia.

Zdaniem Odwołującego, brak jest również podstaw do uznania braków w ofercie Konsorcjum Pol-Kom-Tech za oczywistą omyłkę. Zamawiający nie mógł wykluczyć, że działanie Konsorcjum w postaci braku uwzględnienia wynagrodzenia w poszczególnych

pozycjach formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum (zał. nr 14.2 do SWZ), polegało na świadomym złożeniu przez Konsorcjum oświadczenia woli o takiej treści, jak pierwotnie zawarta w formularzu cenowym do oferty.

Odwołujący podniósł również, że powyższe działania Zamawiającego naruszyły zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stwierdził, że brak odrzucenia oferty Konsorcjum jest przejawem złamania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający i Przystępujący w pisemnych stanowiskach wnieśli o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: Pol-Kom-Tech Sp. z o.o., Ekobay Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem IV.4 SWZ, przedmiotem zamówienia w zakresie części 2 zamówienia są prace ogrodniczo-porządkowe wykonywane na terenach wskazanych w tabeli obiektów załącznik nr 10.2 do SWZ.

W punkcie XV SWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny:

1. Cenę oferty należy podać w złotych polskich i wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji, obliczoną zgodnie z załącznikami zawierającymi formularz cenowy prac dla rozliczanych ryczałtowo oraz dla prac rozliczanych powykonawczo w następujący sposób:

Zakres prac	Jedn.	Obmiar	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII	Ogółem 2022 r.
-------------	-------	--------	---	----	-----	----	---	----	-----	------	----	---	----	-----	-------------------

niezamierzonym błędem pisarskim, który miał charakter oczywisty.

Zdaniem Izby, sposób wypełnienia formularza cenowego przez Przystępującego uprawniał do wniosku, że w dwóch rubrykach objętych zarzutami odwołania miała być wpisana cyfra 0. Wynika to z porównania wyceny dla poszczególnych miesięcy i sumy dla danej pozycji formularza. Wartość kolumny 17 formularza (ogółem 2022 r.) opiewa na kwotę, która jest równa sumie wyceny dokonanej dla poszczególnych miesięcy, co potwierdza, że zamiarem wykonawcy nie było wpisanie do spornych rubryk innej stawki niż 0. Gdyby było inaczej (tj. gdyby wykonawca omyłkowo nie wpisał innej wartości w tych rubrykach) to należało zakładać, że wartość w kolumnie 17 nie stanowiłaby sumy kwot wpisanych do formularza przy poszczególnych miesiącach, ale byłaby większa. Dodatkowo, cena podana w formularzu oferty jest zgodna z wynikającą z formularzy cenowych.

Skoro więc z formularza cenowego wynika widoczny zamiar wykonawcy dokonania zerowej wyceny w spornych pozycjach, to niewpisanie cyfry zero można uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Zauważenia wymaga, że wpisane wartości 0 w tych pozycjach jest jedynym poprawnym sposobem odtworzenia woli wykonawcy i jest to widoczne „na pierwszy rzut oka”, w związku z czym Zamawiający miał podstawy stwierdzić, że doszło do omyłki i że omyłka ta ma charakter oczywisty. Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 czerwca 2008 r. (sygn. akt XII Ga 206/08): możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. W ocenie Izby, w ofercie Przystępującego doszło do właśnie takiego uchybienia, które nie miało charakteru merytorycznego, a jednocześnie było łatwo dostrzegalne.

Sposób wypełnienia formularza cenowego nie daje natomiast podstaw do stwierdzenia - jak podnosił Odwołujący - że Przystępujący nie zaoferował wykonania całego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby żaden element treści oferty nie daje podstaw do takiego wniosku. W szczególności zauważyć należy, że Przystępujący nie dokonał wykreślenia spornych pozycji ani nie opatrzył ich żadnym oznaczeniem sugerującym brak zamiaru wykonania opisanych w nich prac. Nie ma też podstaw zakładać, że zamiarem jego było złożenie oferty nieobejmującej całego przedmiotu zamówienia - takie założenie byłoby bowiem nieracjonalne.

Dodatkowo zauważyć należy, że zgodnie z punktem XV.1 SWZ cenę oferty należało wyliczyć na podstawie indywidualnej kalkulacji i - chociaż Zamawiający wskazał, że wycenie podlega każda z pozycji formularza - nie ma podstaw utożsamiać tego z zakazem przyjęcia dla niektórych miesięcy wyceny zerowej. Zakaz taki nie wynikał wprost z SWZ, nie określono też sankcji związanych z taką wyceną. Uprawniony jest zatem wniosek, że w ramach indywidualnej kalkulacji wykonawca mógł takiej wyceny dokonać i że nie może to być utożsamiane z niezgodnością oferty z warunkami zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że poprawienie oferty Przystępującego nie doprowadziło do merytorycznych zmian w jej treści, a jedynie usunęło omyłkę polegającą na niewpisaniu stawki 0 w dwóch rubrykach. Powyższe nie zmieniło w żaden sposób oświadczenia woli wykonawcy co do zakresu oferowanego świadczenia i sposobu jego wykonania. Ponadto, nie wpłynęło to na przyszłe rozliczenia stron umowy - zauważenia wymaga bowiem, że spór dotyczy prac objętych wynagrodzeniem ryczałtowym. Mimo że Zamawiający przewidział ryczałt płatny miesięcznie, to wpisanie stawki 0 w odniesieniu do jednego miesiąca w każdej z pozycji objętych zarzutami nie zmienia tego, że wykonawca finalnie otrzyma wynagrodzenie dokładnie takie, jakie wynika oferty i z formularza cenowego, jest ono bowiem niezależne od faktycznie wykonanego zakresu prac, tak w poszczególnych miesiącach, jak i w całym okresie realizacji zamówienia.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r.

poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: