

Sygn. akt KIO 1289/22

Sygn. akt: KIO 1289/22

WYROK

z dnia 30 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2022 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2022r. przez odwołującego: Eko-Solar Sp. z o.o. 46-100 Namysłów, Wszeradów 2 w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: Gmina Turek 62-700 Turek, ul. Ogrodowa 2

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazuje zamawiającemu kontynuowanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego, po uprzednim

poprawieniu w ofercie odwołującego innej omyłki zgodnie z treścią art.223 ust.2 pkt 3 PZP

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Turek 62-700 Turek, ul. Ogrodowa 2
i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Eko-Solar Sp. z o.o. 46-100 Namysłów, Wszeradów 2 tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Gmina Turek 62-700 Turek, ul. Ogrodowa 2 na rzecz odwołującego Eko-Solar Sp. z o.o. 46-100 Namysłów, Wszeradów 2 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Eko-Solar Sp. z o.o. 46-100 Namysłów, Wszeradów 2 kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych do produkcji energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy Turek”.

Znak sprawy: GKI-GB.ZP.271.3.2022.

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 036-092258

Odwołanie

W imieniu odwołującego się wykonawcy EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s we Wszeradowie, na podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j., dalej jako „Pzp”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych do produkcji energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy Turek”, to jest od:

I. odrzucenia oferty EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s we Wszeradowie na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5) Pzp, choć w rzeczywistości brak było podstaw prawnych i faktycznych dla odrzucenia oferty tego Wykonawcy;

II. zaniechania przez Zamawiającego dokonanie czynności oceny oferty złożonej w postępowaniu przez EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s we Wszeradowie, co było konsekwencją błędnego odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, choć w rzeczywistości oferta ta nie powinna zostać odrzucona i jest ofertą najkorzystniejszą, zgodną z SWZ oraz cena w niej wskazana nie przewyższyła kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię i w konsekwencji również wadliwe zastosowanie tego przepisu skutkujące bezzasadnym przyjęciem, iż oferta EKOSOLAR Sp. z o.o. z/s we Wszeradowie nie jest zgodna z warunkami zamówienia, choć w rzeczywistości oferta odpowiadała wymaganiom przewidzianym w przepisach prawa oraz w Specyfikacji Warunków Zamówienia, a zatem brak było podstaw prawnych i faktycznych dla jej odrzucenia, zwłaszcza że jest to oferta najkorzystniejsza i mieszcząca się w kwocie którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

II. art. 223 ust. 2 pkt. 1 i 3 Pzp poprzez nieuzasadnione niezastosowanie regulacji przewidzianych w tych przepisach, a to poprzez bezzasadne przyjęcie, że nie ma możliwości poprawienia oferty przez Zamawiającego poprzez uzupełnienie w formularzu oferty Wykonawcy kolumny w tabeli nr 2 dotyczącej cen jednostkowych netto do instalacji w sytuacji gdy Wykonawca w ofercie w formularzu ofertowym wskazał prawidłowo w tabeli nr 2 ceny jednostkowe brutto, stawkę podatku VAT oraz samą wartość podatku VAT dla danego elementu, a to oznacza, że w rzeczywistości brak na który powołuje się Zamawiający w ofercie EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s we Wszeradowie można traktować jako oczywistą omyłkę pisarską wyrażającą się w niezamierzonym pominięciu łatwych do wyliczenia kwot w oparciu o inne informacje umieszczone w ofercie, ewentualnie jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą to Zamawiający powinien samodzielnie wyeliminować poprzez uzupełnienie

kwot jednostkowych netto instalacji w ramach tabeli nr 2.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o:

- I. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- II. nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny oferty Odwołującego w postępowaniu,
- III. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- IV. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia, na fakty tam powołane,
- V. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w sposób przewidziany prawem w dniu 13.05.2022 r. (zaś informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego wpłynęła do wykonawcy w dniu 09.05.2022 r.)

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego załączono potwierdzenie przesłania.

Opiata od odwołania została dokonana na właściwy rachunek bankowy, na dowód czego załączono potwierdzenie wpłaty.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania albowiem jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia, zwłaszcza, że jego oferta jawi się jako najkorzystniejsza spośród przesłanych do Zamawiającego, a zatem poniósł szkodę lub co najmniej mógł ponieść szkodę na skutek naruszeń dokonanych przez Zamawiającego albowiem nie mógł zawrzeć umowy z Zamawiającym jako podmiot, który przedstawił faktycznie oraz prawnie najkorzystniejszą ofertę i w konsekwencji nie mógł uzyskać korzyści z tytułu realizacji zamówienia.

Uzasadnienie odwołania

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę.

Przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie, dostawa i zainstalowanie instalacji fotowoltaicznych w ramach zadania „Budowa instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych do produkcji energii ze źródeł”.

Wykonawca przesłał w dniu 24.03.2022 r. swoją ofertę, w której to zaferował Zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w części zamówienia oznaczonej numerem 1 za cenę ogółem brutto: 6 123 267,63 złotych.

W zakresie tabeli nr 1 w ofercie Odwołującego wypełnione zostały wszystkie kolumny.

W zakresie tabeli nr 2 w ofercie Odwołujący na skutek oczywistej omyłki nie wypełnił kolumny czwartej (Cena netto jednej instalacji), ale równocześnie w sposób pełny i prawidłowy wypełnił wszystkie pozostałe kolumny, tj. kolumnę nr 2 (Producent i model modułu i inwertera oraz wersję - jeżeli dany model występuje w wielu wersjach), kolumnę nr 5 (Stawka VAT i kwota VAT jednej instalacji), kolumnę nr 6 (Cena brutto jednej instalacji), kolumnę nr 7 (ilość instalacji) oraz kolumnę nr 8 (Wartość brutto pozycji).

Po ujawnieniu oczywistej omyłki Wykonawca choć nie był do tego zobowiązany to wystąpił do Zamawiającego w piśmie z dnia 26.04.2022 r. z informacją o wystąpieniu oczywistej omyłki oraz o wystąpieniu wszelkich przesłanek do jej poprawienia w oparciu o rozwiązanie

przewidziane w art. 223 ust. 2 Pzp.

W dniu 09.05.2022 r. Zamawiający udostępnił Wykonawcy informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w ramach której umieszczona była również informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, tj. Wykonawca w ocenie Zamawiającego nie wypełnił formularza ofertowego w sposób zgodny z warunkami zamówienia tzn. nie podał w formularzu ofertowym cen jednostkowych netto dla instalacji.

Ustawodawca zawarł zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty. Norma prawna art. 226 Pzp nakłada zatem na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, gdy powstanie jedna z okoliczności określonych w tym przepisie. Wnioskując a contrario, należy uznać, że zamawiający ma zakaz odrzucenia oferty na podstawie odmiennej przesłanki niż wskazana w art. 226 Pzp.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowanym którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Odrzucenie oferty na podstawie tej przesłanki nie może mieć miejsca w przypadku, kiedy niezgodność treści oferty dotyczy warunków (wymagań) proceduralnych, w tym co do formy oferty, sposobu jej sporządzenia czy przekazania (por. wyr. KIO z 23.7.2021 r., KIO 1614/21, Legalis).

W realiach niniejszej sprawy nie sposób mówić, że oferta EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s we Wszeradowie jest niezgodna z SWZ, a w związku z tym brak było podstaw do jej odrzucenia. Brak w jednej z kolumn tabeli nr 2 w sytuacji wskazania wszystkich danych w pozostałych kolumnach oraz w przypadku jednoznacznej możliwości odtworzenia oświadczenia woli Odwołującego jako zgodnego z SWZ, w ocenie Odwołującego jawi się jako rażące naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W świetle obowiązujących przepisów prawa, a to w świetle art. 223 Pzp, należy przyjąć, iż przypadku gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty, zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. W przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że wykonawca w treści oferty popełnił oczywistą omyłkę pisarską, ma obowiązek dokonania koniecznych poprawek. Podkreślić należy, że poprawianie wszystkich omyłek to obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego.

Istotą omyłki pisarskiej jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu

myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym (wyr. SO w Gdańsku z 27.6.2008 r., XII Ga 206/08, Legalis; podobnie post. WSA w Warszawie z 28.8.2015 r., V SA/Wa 881/15, Legalis).

Nie sposób nie dostrzec, że w realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z niezamierzonym i oczywistym opuszczeniem treści w kolumnie nr 2, które bez najmniejszego problemu oraz bez dokonywania jakichkolwiek istotnych zmian w ofercie mogą zostać niezwłocznie uzupełnione. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, skoro w tabeli nr 1 uzupełniono wszystkie kolumny, a w tabeli nr 2 nie wypełniono wyłącznie jednej kolumny, co jednak nie nasuwa jakichkolwiek trudności w jej uzupełnieniu z uwagi na treści zawarte w kolumnach 2-3 oraz 5-8.

Z ostrożności, gdyby przyjąć, że omyłka wskazana na wstępie nie była oczywistą omyłką pisarską to należy dojść do wniosku, iż w takiej sytuacji konieczne było zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp, albowiem ustawodawca zdecydował, że wszelkie omyłki, które nie stanowią omyłek pisarskich ani rachunkowych oraz polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, mogą być poprawione jako inne omyłki, pod warunkiem że ich poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp., Zamawiający był zobowiązany do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że podstawowym celem niniejszej regulacji jest sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty, tj. nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Już w wyroku z 26.03.2014 r., KIO 479/14, który to nadal pozostaje aktualny w kontekście rozważań prawnych, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że dla oceny istotności zmiany znaczenie ma rodzaj, zakres i charakter czynności, których dotyczy poprawa, a dla samej czynności poprawienia ma znaczenie możliwość poprawienia na podstawie treści oferty, w taki sposób, by poprawa nie stanowiła zmiany oświadczenia woli wykonawcy, a przede wszystkim, by zmiana nie była niedopuszczalną ingerencją zamawiającego w treść oferty, powodującą powstanie nowej treści oświadczenia woli wykonawcy. A. Gawrońska - Baran, w komentarzu do art. 223 Pzp wskazała, że "Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności." (zob.: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 223).

Z kolei jak wskazano w innym komentarzu do Prawa zamówień publicznych - do innych omyłek można zaliczyć m. in. omyłki mające charakter sprzeczności. "Zgodnie z zasadą argumentum a maiori ad minus - "co wolno więcej, to tym bardziej wolno mniej" - jeśli możliwe jest poprawienie oferty w merytorycznym zakresie, to tym bardziej możliwe jest przyjęcie, że wskazane prawidłowo w jednym miejscu oferty informacje lub zobowiązania pozwalają na usunięcie sprzecznych z nimi informacji. Z okoliczności sprawy musi jednak wynikać, które ze sprzecznych informacji powinny być uznane za złożone zgodnie z wolą wykonawcy, a które stanowią omyłkę." (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 223.).

W doktrynie uwypukla się także, że: "Nie zgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 p.z.p. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia." (zob.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza; Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 716). Omyłka do jakiej doszło w ofercie nie dotyczy żadnego z ww. aspektów.

Konkludując powyższe należy podkreślić, że w przypadku, gdy wykonawca złożył wraz z formularzem oferty lub w ramach tego formularza oświadczenia, jednakże zawierają one pewne luki, a zamawiający ma dane, zgodnie z którymi te luki może wypełnić, to powinien to zrobić. Ingerencja ta, oparta o przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Z całą pewnością uzupełnienie przez Zamawiającego cen jednostkowych netto w sytuacji wskazania ich w tabeli w kwocie brutto oraz przy wskazaniu kwoty podatku

VAT nie powoduje żadnych zmian w treści oferty, gdyż ceny te wynikają z działania matematycznego, z podstawionymi danymi, pochodzącymi z oferty.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazuje na to, że nie każde pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe jest wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji. Oferta może zostać odrzucona wyłącznie wtedy, gdy jest niezgodna z warunkami zamówienia (ar. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.). Przy czym, niezgodność ta powinna być

merytoryczna, nie zaś tylko techniczna.

W realiach niniejszej sprawy Zamawiający powinien poprawić w ofercie omyłki, polegające na braku wpisania cen jednostkowych netto, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z niezrozumiałym powodów oraz w sposób naruszający obowiązujące przepisy prawa Zamawiający zaniechał powyższego, co skutkowało koniecznością wywiedzenia niniejszego odwołania.

W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z: 1. ogłoszenia o zamówieniu „Budowa instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych do produkcji energii ze źródeł odnawialnych na terenie Gminy Turek”,

2. specyfikacji warunków zamówienia, powyższe dokumenty na okoliczność ich treści, w szczególności na okoliczność ustalenia faktów: ogłoszenia zamówienia publicznego przez Zamawiającego, trybu udzielenia zamówienia, przedmiotu zamówienia, wymogów, cech i kryteriów przewidzianych przez Zamawiającego w ramach zamówienia, zasad i sposobu oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu, 3. informacji z otwarcia ofert z 25.03.2022r. 4. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 9.05.2022r., na okoliczność ich treści, w szczególności na okoliczność ustalenia faktów: dokonania wstępnej oceny ofert przez Zamawiającego, wyników przeprowadzonych czynności przez Zamawiającego, punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w związku ze złożonymi przez nich ofertami, dokonania wyboru obecnie oferty najkorzystniejszej w ocenie Zamawiającego, odrzucenie oferty Odwołującego oraz przyczyny odrzucenia tej oferty., 5. oferta EKO-SOLAR Sp. z o. o. z/s we Wszeradowie, 6. Pismo Odwołującego z dnia 26.04.2022 r. na okoliczność ich treści, w szczególności na okoliczność ustalenia faktów: przedmiotu oferty Odwołującego, ceny zaoferowanej przez Odwołującego, omyłkowego niewypełnienia jednej z kolumn w tabeli nr 2 w ramach oferty Odwołującego, poinformowanie Zamawiającego o oczywistej omyłki i konieczności jej usunięcia przez Zamawiającego.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz w kontekście powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów niniejsze odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione, dlatego też Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołujący zaskarżył we wniesionym odwołaniu czynności oraz zaniechania zamawiającego polegające na :

1. odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5) PZP, chociaż w rzeczywistości, jego ocenie, brak było podstaw prawnych i faktycznych do odrzucenia jego oferty to jest jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
2. zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności oceny oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, co było konsekwencją błędnego odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, choć w rzeczywistości oferta ta nie powinna zostać odrzucona i jest ofertą najkorzystniejszą, zgodną z SWZ oraz cena w niej wskazana nie przewyższyła kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a co powinno skutkować jej poprawieniem przez zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów PZP :

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5) przez nieprawidłową wykładnię i w konsekwencji również wadliwe zastosowanie tego przepisu skutkujące bezzasadnym przyjęciem, iż oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, choć w rzeczywistości oferta odpowiadała wymaganiom przewidzianym w przepisach prawa oraz w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), a zatem brak było podstaw prawnych i faktycznych do jej odrzucenia, zwłaszcza że jest to oferta najkorzystniejsza i mieszcząca się w kwocie, którą zamawiający

zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,

2. art. 223 ust. 2 pkt. 1 i 3 przez niezasadnione niezastosowanie regulacji przewidzianych w tych przepisach, a to przez bezzasadne przyjęcie, że nie ma możliwości poprawienia oferty przez zamawiającego przez uzupełnienie w formularzu oferty odwołującego kolumny w tabeli nr 2 dotyczącej cen jednostkowych netto do instalacji w sytuacji, gdy Wykonawca w ofercie w formularzu ofertowym wskazał prawidłowo w tabeli nr 2 ceny jednostkowe brutto, stawkę podatku VAT oraz samą wartość podatku VAT dla danego elementu, a to oznacza, że w rzeczywistości brak na który powołuje się zamawiający w ofercie odwołującego, można traktować jako oczywistą omyłkę pisarską wyrażającą się w niezamierzonym pominięciu łatwych do wyliczenia kwot w oparciu o inne informacje umieszczone w ofercie, ewentualnie jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, którą to zamawiający powinien samodzielnie wyeliminować przez uzupełnienie kwot jednostkowych netto instalacji w ramach tabeli nr 2.

W takim stanie rzeczy odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania oceny oferty odwołującego w postępowaniu,
3. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia, na fakty tam powołane,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Izba co do terminu wniesienia odwołania

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, ponieważ odwołanie zostało wniesione w dniu 13.05.2022 r., a informacja o odrzuceniu oferty odwołującego wpłynęła w dniu 09.05.2022 roku. Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu, na dowód czego załączono potwierdzenie przesłania. Opłata od odwołania została dokonana na właściwy rachunek bankowy, na dowód czego załączono potwierdzenie wpłaty. Tym samym nie wystąpiły przesłanki do zwrotu odwołania w myśl art.519 ust.1 PZP oraz do odrzucenia odwołania, przewidziane w art. 528 PZP, a co skutkuje skierowaniem sprawy na rozprawę, celem merytorycznego rozpoznania w myśl art.530 PZP.

Izba co do prawa wniesienia odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia zwłaszcza, że jego oferta jest najkorzystniejszą spośród złożonych zamawiającemu. Odwołujący poniesie szkodę na skutek naruszeń przepisów PZP przez zamawiającego, ponieważ uniemożliwia się zawarcie umowy z zamawiającym podmiotowi, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę i nie będzie mógł uzyskać korzyści z tytułu realizacji zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki przewidziane art.505 ust.1 PZP, które upoważniają do wniesienia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) na podstawie przeprowadzonego postępowania w sprawie, uwzględniając wynik postępowania dowodowego na rozprawie, z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy oraz wnioskami dowodowymi stron, uwzględniła odwołanie w całości na mocy art. 554 ust.1 pkt 1 PZP, uznając zasadność zarzutów odwołania.

Odwołujący złożył ofertę w dniu 24.03.2022r., oferując wykonanie przedmiotu zamówienia w części oznaczonej nr 1 za cenę ogółem brutto: 6 123 267,63 złotych. Kwota oferty odwołującego mieści się w kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie.

Formularz ofertowy przewiduje wypełnienie tabeli. Odwołujący w zakresie tabeli nr 2 oferty jak podaje w odwołaniu, na skutek oczywistej omyłki nie wypełnił kolumny czwartej (Cena netto jednej instalacji), ale równocześnie w sposób pełny i prawidłowy wypełnił wszystkie pozostałe kolumny, tj. kolumnę nr 2 (Producent i model modułu i inwertera oraz wersję -

jeżeli dany model występuje w wielu wersjach), kolumnę nr 5 (Stawka VAT i kwota VAT jednej instalacji), kolumnę nr 6 (Cena brutto jednej instalacji), kolumnę nr 7 (ilość instalacji) oraz kolumnę nr 8 (Wartość brutto pozycji). Czyli odwołujący nie wypełnił jednej z kolumn tabeli to jest - stawka netto - jednej instalacji. Powyższa okoliczność została potwierdzona na podstawie dowodu przeprowadzonego z oferty odwołującego - formularz ofertowy (dokumentacja postępowania zamawiającego).

Odwołujący, jak wyjaśniał podczas rozprawy, z własnej inicjatywy po złożeniu oferty, wystąpił do zamawiającego pismem z dnia 26.04.2022r. z informacją o spostrzeżonym uchybieniu w wypełnieniu tabeli formularza ofertowego (pismo z dnia 26.04.2022r. - akta sprawy). W piśmie tym powołał się na wystąpienie oczywistej omyłki pisarskiej, załączył poprawiony formularz, przez wypełnienie kolumny - stawka jednostkowa netto, wnosząc o uwzględnienie dokonane uzupełnienie formularza ofertowego i jego poprawienie przez zamawiającego, na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 PZP. Według odwołującego zaistniała sytuacja kwalifikuje się przede wszystkim pod dyspozycję art.223 ust.2 pkt 1) PZP, w myśl którego zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Odwołujący jedynie z ostrożności procesowej wskazał na drugą podstawę prawną, do poprawienia z urzędu przez zamawiającego jego oferty, to jest na podstawie art.223 ust.2 pkt 3 PZP. Przy czym ma znaczenie w sprawie, że odwołujący przedstawiając zarzuty odwołania wskazał na naruszenie zarówno pkt 1 jak i pkt 3 art.223 ust.2 PZP (vide zarzuty odwołania). Zgodnie z przepisem art.223 ust.2 pkt 3 PZP, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, też niezwłocznie o tym powiadamiając wykonawcę. Przy czym w tym wypadku (art.223 ust.2 pkt 3) PZP) zgodnie z przepisem art.223 ust.3 PZP, zamawiający wyznacza wykonawcy termin, na wyrażenie zgody na dokonaną poprawkę omyłki w ofercie lub jej zakwestionowanie, a brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie traktuje się jako akceptację dokonanej poprawki przez zamawiającego.

Z okoliczności sprawy wynika, że zamawiający nie odniósł się do wniosku odwołującego o dokonanie poprawek w jego ofercie (brak wskazania cen jednostkowych netto) i w dniu 09.05.2022r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie, dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powiadomił o odrzuceniu między innymi oferty odwołującego, wskazując jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. Uzasadnienie zamawiającego ograniczało się do stwierdzenia - „Wykonawca nie wypełnił formularza ofertowego w sposób zgodny z warunkami zamówienia tzn. nie podał w formularzu ofertowym cen jednostkowych netto dla instalacji” (dokumentacja postępowania - w aktach sprawy).

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten, jak słusznie wskazał odwołujący, jest powiązany z treścią art. 218 ust. 2 PZP, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Czyli podstawą badania zamawiającego co do czynności odrzucenia oferty jest po pierwsze ustalenie, czy błąd, omyłka stanowi o treści oferty, czy też jest tylko niezgodnością z dokumentami zamówienia, niemającymi charakteru treści oferty.

Z przywołanych powyżej przepisów PZP co do zasady wynika, że treść oferty jest niepodważalna i nie do zmiany po jej złożeniu zamawiającemu, a jej niezgodność z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, skutkuje odrzuceniem oferty. Czyli oferty po jej złożeniu zamawiającemu nie zmienia się, jeżeli skutkowało by to istotnymi zmianami w treści oferty. Niemniej od zasady niezmienności oferty po jej złożeniu, mają miejsce wyjątki, a to w celu nie utracenia korzystnych ofert dla zamawiającego, o czym stanowi przepis art.223 ust.2 pkt 3 PZP.

Izba rozpatrując wniesione odwołanie, to jest co do zasadności żądania od zamawiającego sanowania oferty odwołującego, w pierwszej kolejności rozważyła zagadnienie, czy ofertę odwołującego można poprawić w ramach omyłki pisarskiej, na co jak już wyżej wskazano, odwołujący się powoływał, przywołując odpowiednie, w jego ocenie, orzecznictwo i doktrynę. Omyłki pisarskie posiadają bardzo rozliczne orzecznictwo oraz piśmiennictwo, wskutek wydawanych wyroków czy to sądów powszechnych, czy to o sądów administracyjnych. Uwzględniając powyższy dorobek orzecznictwa, w ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z omyłką pisarską, nawet biorąc pod uwagę orzecznictwo co do traktowania „pominięć” jako omyłki pisarskiej. Za pominięcia traktuje się sytuacje, gdy z treści sąsiadujących z „pominięciem” słów, zwrotów można ustalić brakującą „treść”, wynikłą z pominięcia. Poza tym przepis art.223 ust.2 pkt 1) PZP mówi o „omyłce pisarskiej”, przez co należy rozumieć pisownię, a nie rachunki (działania matematyczne), o których z kolei jest mowa w art.223 ust.2 pkt 2)PZP (zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek). Dla

Izby bezspornym w sprawie jest, że omyłka w formularzu ofertowym odwołującego (brak ceny jednostkowej netto) ma charakter „rachunku” (oczywiste omyłki rachunkowe), a nie „pisowni” (oczywiste omyłki pisarskie). Dlatego również z tej racji Izba nie kwalifikuje przedmiotowej sprawy do przypadku „oczywistej omyłki pisarskiej”, jak to uczynił odwołujący w złożonym odwołaniu (art.223 ust.2 pkt 1)PZP).

Izba przechodząc już do kolejnego aspektu zarzutu odwołania (art.223 ust.2 pkt 3)PZP) co do bezczynności zamawiającego w sanowaniu oferty odwołującego, przywołuje argumentację odwołującego, którą podziela:

„Nie sposób nie dostrzec, że w realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z niezamierzonym i oczywistym opuszczeniem treści w kolumnie nr 2, które bez najmniejszego problemu oraz bez dokonywania jakichkolwiek istotnych zmian w ofercie mogą zostać niezwłocznie uzupełnione. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, skoro w tabeli nr 1 uzupełniono wszystkie kolumny, a w tabeli nr 2 nie wypełniono wyłącznie jednej kolumny, co jednak nie nasuwa jakichkolwiek trudności w jej uzupełnieniu z uwagi na treści zawarte w kolumnach 2-3 oraz 5-8.

Z ostrożności, gdyby przyjąć, że omyłka wskazana na wstępie nie była oczywistą omyłką pisarską to należy dojść do wniosku, iż w takiej sytuacji konieczne było zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp, albowiem ustawodawca zdecydował, że wszelkie omyłki, które nie stanowią omyłek pisarskich ani rachunkowych oraz polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, mogą być poprawione jako inne omyłki, pod warunkiem że ich poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp., Zamawiający był zobowiązany do poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty”.

Ten pogląd odwołującego Izba podziela, ponieważ poprawienie oferty w kontekście posiadanych danych z formularza ofertowego odwołującego (stawka i kwota vat oraz również kwota jednostkowa brutto oraz suma brutto w wyniku uwzględnienia ilości w danej pozycji) to proste działanie matematyczne (należy od kwoty jednostkowej brutto odjąć kwotę jednostkową vat i przez to uzyskuje się stawkę jednostkową netto). Na powyższe wskazywał zamawiającemu, odwołujący w piśmie z dnia 26.04.22r. (pismo - akta sprawy) dokonując stosownych przeliczeń i uzupełnień, na podstawie złożonego wraz z ofertą formularza ofertowego, ale bezskutecznie. Tak też odwołujący wskazywał w odwołaniu („Z całą pewnością uzupełnienie przez Zamawiającego cen jednostkowych netto w sytuacji wskazania ich w tabeli w kwocie brutto oraz przy wskazaniu kwoty podatku VAT nie powoduje żadnych zmian w treści oferty, gdyż ceny te wynikają z działania matematycznego, z podstawionymi danymi, pochodzącymi z oferty”(…).I tak dla przykładu "Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe jest wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji. Oferta może zostać odrzucona wyłącznie wtedy, gdy jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.). Przy czym, niezgodność ta powinna być merytoryczna, nie zaś tylko techniczna”.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie - pismo z dnia 26 maja 2022r., w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości (w aktach sprawy). Izba nie podziela argumentacji zamawiającego zawartej w wymienionym piśmie, co do braku obowiązku po stronie zamawiającego, wypełnienia dyspozycji zawartej w art.223 ust.2 pkt 3 PZP, w związku ze złożoną ofertą przez odwołującego. Sam zamawiający cytuje postanowienie SWZ (Pkt 13 Opis sposobu obliczania ceny oferty) zgodnie z którym „Cena oferty jest kwotą łączną brutto wymienioną w Formularzu Oferty” (pkt 13.4. SWZ), czyli nie cena netto oraz „Podana cena jest obowiązującą w całym okresie związania ofertą” (pkt 13.6. SWZ), a w szczególności „Cenę oferty należy podać brutto (w ujęciu: cena netto plus kwota VAT równa się cena netto), a to z kolei pkt 13.5. SWZ. Argumentacja zamawiającego o istotnych elementach umowy „essentialia negotii” jako przeszkodzie do zastosowania art.223 ust.2 pkt 3 PZP jest co najmniej niezrozumiała w sytuacji gdy SWZ jako jeden z istotnych elementów oferty określa „cenę brutto (powyżej cytowany pkt 13.4, 13.5 i pkt 13.6 SWZ). Natomiast pkt 13.5 SWZ też mówi o cenie jako cenie brutto i reguluje sposób ujęcia ceny (powyżej cytowany), którą jest cena brutto, a nie cena netto. Zamawiający jedynie w swojej argumentacji (odpowiedź na odwołanie - pismo z dnia 26.05.2022r. - w aktach sprawy) powołuje się na potencjalną przeszkodę w stosowaniu „art.223 ust.2 PZP”, która może doprowadzić do „odmiennego wyniku brutto, niż w przedłożonej ofercie”. Niemniej zamawiający ogranicza się tylko do takiej hipotezy, pomijając treść art.6 K.C. w związku z art. 8 ust.1 PZP, która zgodnie z zasadą „Onus probandi” nakłada na zamawiającego ciężar dowodu faktu, z którego to faktu wywodzi skutki prawne, jakim jest w tym przypadku brak możliwości uzupełnienia, w

formularzu oferty odwołującego, ceny netto w trybie art.223 ust.2 pkt 3 PZP. Przywoływane przez zamawiającego fragmentarycznie uzasadnienie w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 973/20 jest bez znaczenia dla rozpoznawanej sprawy, a to w szczególności w sytuacji innego rozbudowanego w stosunku do niniejszej sprawy stanu faktycznego i prawnego sprawy (vide uzasadnienie przywołanego wyroku). Kończąc odniesienie się do argumentacji odpowiedzi na odwołanie, Izba stwierdza, że konkluzja zamawiającego „Treść art.223 ust.2 nie upoważnia w żadnym ze swoich punktów do wpisywania przez Zamawiającego cen netto, a jedynie dokonywanie kontroli podanej ceny oferty brutto na podstawie danych, które zamieścił Wykonawca w ofercie.”. To stwierdzenie zamawiającego, cofa nas do lat 90 ub. wieku oraz początku XXI wieku, gdzie faktycznie nie było szans dla ofert z omyłkami, chociaż najkorzystniejszymi dla zamawiającego, wobec kazuistyki prawa zamówień publicznych, która aktualnie nie ma już miejsca w regulacji PZP.

Na marginesie co do podnoszonej kwestii przez zamawiającego, równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 PZP) to zasada ta odnosi się do tożsamego stanu faktycznego oraz prawnego, w jakim znajdują się wykonawcy, w związku z nierównym ich potraktowaniem przez zamawiającego, a co nie było ani podnoszone, ani wykazane przez zamawiającego w niniejszej sprawie.

Podsumowując, w ocenie Izby, odwołanie zasłużyło na uwzględnienie z racji treści art.223 ust.2 pkt 3 PZP, w związku z naruszeniem przez zamawiającego art. 226 ust.1 pkt 5) PZP, który należy odnieść do wymagań zamawiającego definiowanych w art.218 ust.2 PZP. Zgodnie z art.218 ust.2 PZP treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia czyli SWZ, a co w niniejszej sprawie skutkuje sankcjami wobec zamawiającego, wynikającymi z pkt 13.4., 13.5. i 13.6. SWZ, w związku z definicją ceny oferty (cena brutto). Reasumując, w tym przypadku, cena netto nie stanowi o treści oferty, a jedynie o innej omyłce polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (SWZ), niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty (o treści oferty mowa jest w przepisach -vide art.218 ust.2 i 223 ust.2 pkt 3 PZP), które należało poprawić.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego według złożonej faktury vat.

Przewodniczący:.....