Sygn. akt: KIO 1292/22

WYROK

z dnia 2 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Anna Chudzik

Członkowie:

Przemysław Dzierzędzki

Danuta Dziubińska

Piotr Cegłowski
Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2022 r. przez wykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku,

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

  BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku w części 1/2 i Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze w części 1/2 i:

3.1. 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;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 123, zł 90 gr (słownie: siedem tysięcy sto dwadzieścia trzy złote dziewięćdziesiąt groszy).

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 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: .....

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Kompleksowe utrzymanie dróg krajowych GP/G zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze w podziale na 3 części: część nr 1 - Rejon w Gorzowie Wlkp. część nr 2 - Rejon w Nowej Soli część nr 3 - Rejon w Słubicach. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 028-071619.

W dniu 16 maja 2022 r. wykonawca Saferoad Grawil Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części 3 zamówienia, wobec czynności poprawienia innej omyłki w ofercie Konsorcjum: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. oraz „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. i wobec zaniechania odrzucenia tej oferty z uwagi na niezgodność z SWZ oraz z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, ewentualnie wobec zaniechania wezwania ww. Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i zakwalifikowanie niewypełnionej przez Konsorcjum BADER-DROG części Tabeli Elementów Rozliczeniowych („TER") tj. GR 10c poz. 1.4 TER jako innej omyłki i jej poprawienie poprzez wpisanie we wskazanym miejscu wartość „0,00 zł",

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na brak wyceny GR 10c poz. 1.4 TER, co było niezgodne z postanowieniami punkty 17. Rozdziału 1. S WZ „Sposób obliczenia ceny oferty",

3) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, które to wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, tj. wadium warunkowe, niezabezpieczające złożonej oferty,

ewentualnie:

4) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących nieuzupełnionych elementów TER, niezasadnie poprawionych przez Zamawiającego, a wzbudzających uzasadnione wątpliwości, wskazane szczegółowo w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru

oferty Konsorcjum BADER-DROG jako najkorzystniejszej, unieważnienia czynności poprawienia oczywistej innej omyłki w ofercie ww. Konsorcjum, powtórzenia czynności

badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum BADER-DROG oraz uznania oferty

Odwołującego za najkorzystniejszą, a z ostrożności procesowej - wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień.

Zarzuty nr 1 i 2

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdz. 1 pkt 17 cena oferty w zakresie każdej z części zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy (Tabele elementów rozliczeniowych dla określonych grup prac (TER) wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (ZZK)) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część

SWZ - Tom IV, odrębny dla każdej części. 17.2. Formularz cenowy - TER, o którym mowa w pkt 17. l., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu. We wszystkich TER, z wyjątkiem TER dot. GRIO Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto pozycji oraz obliczyć wartości razem netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie zsumować te pozycje - wyliczyć cenę netto łącznie (cena netto dla danej TER). W TER dot. GRIO należy wykonać obliczenia ceny netto dla poszczególnych TER GR10a, TER GR10b TER GR10c zgodnie z formułami określonymi w formularzach według przyjętych założeń. Obliczoną w ten sposób cenę netto dla danej TER należy następnie przenieść do ZZK.

Zamawiający udostępnił wykonawcom formularze do wypełnienia, gdzie kwestionowany fragment został ujęty w następujący sposób:

Lp	Nr	Nr drogi	Element pasa drogowego	Długość elementu pasa drogowego w km	Czynności ZUD		krotność	Wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego	Wartość zadania za okres umowy
					Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wrazz usuwaniem śliskości		(e * f * h) + (e * g * h)	i * L (liczba sezonów ZUD)
					cenajedn. netto [km]	cena jedn. netto [km]		netto [zł]	netto [zł]
a	b	c	d	e	f	g	h	i	j
1	1.1		chodniki przy jezdni	33,900			10	0,00	0,00
	1.2		chodniki odsunięte od jezdni	25,557			10	0,00	0,00
	1.3		drogi rowerowe				10	0,00	0,00
	1.4		ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni	11,012 1,314			10	0,00	0,00
	1.5		ciągi pieszo - rowerowe odsunięte	4,148			10	0,00	0,00
	1.6		drogi serwisowe	BRAK					
	1.7		drogi technologiczne	BRAK					
RAZEM:								0,00	0,00

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum BADER-DROG wypełniło TER w zakresie części

3 grupa prac 10c (Zimowe utrzymanie dróg), nie wpisując żadnych wartości w poz. 1.4 kolumna f i g, natomiast w kolumnach i oraz j wpisało wartość 0,00. Z uwagi na brak wypełnienia przez wiersza 1.4 w kolumnach f i g, Zamawiający pismem z 15 kwietnia 2022 r. poinformował Konsorcjum o dokonaniu poprawy innej omyłki i wpisał we wskazanych miejscach wartości „0,00", a także wezwał Konsorcjum do wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłek, co też Konsorcjum w przewidzianym terminie uczyniło.

W ocenie Odwołującego dokonana poprawa zaistniałej nieprawidłowości była całkowicie bezzasadna i nieuprawniona. Po pierwsze nie ulega wątpliwości, co zostało jednoznacznie i kilkukrotnie wskazane przez Zamawiającego w SWZ, aby wykonawcy w TER dokonali: wyliczenia, „wypełnienia ściśle", a w przypadku TER GR10c wykonali obliczenia ceny netto. Zgodnie z formułami określonymi w formularzach można z łatwością zauważyć Konsorcjum nie podołało wymogom przewidzianym przez Zamawiającego pozostawiając wskazane pozycje jako niewypełnione. Popełniony błąd nie uszedł uwadze Zamawiającego, który postanowił sanować złożoną ofertę i dokonał poprawy innej omyłki. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdyby na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji. Za takie dane nie można uznać tych, które znajdowały się w formularzu kosztorysu, który został złożony przez Zamawiającego. W takiej sytuacji Zamawiający uzupełniałby dane w TER w oparciu o informacje wprowadzone przez siebie, w konsekwencji konstruowałby samodzielnie ofertę wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie ma wiedzy, czy wskazane „puste pola" zostały niewypełnione intencjonalnie, czy też powinny zostać wypełnione tak, aby korespondowały z pierwotnym wzorem kosztorysu, który został udostępniony. Z uwagi na zapisy SWZ, gdzie Zamawiający wyszczególnił m.in. elementy prac grupy prac i wskazał określone czynności jakich mają dokonać wykonawcy, nie można stwierdzić, że nie były to elementy istotne. Zdaniem Odwołującego były to elementy szczególnie istotne, dlatego jakakolwiek ingerencje przez Zamawiającego co do tych pozycji powinna być dokonywana ze szczególną ostrożnością. Za brak takiej ostrożności należy poczytywać bezrefleksyjne wpisanie arbitralnie wybranych wartości. Pominięcie cen jednostkowych, służących do rozliczeń, jako istotnych postanowień umowy, powoduje niezgodność treści oferty z treścią SWZ, czego skutkiem powinno być jej odrzucenie. Odwołujący powołał się na opinię Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którą co do zasady nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia, przy czym nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty, uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji.

Odwołujący podniósł, że nie można uznać za dopuszczalne, że wskazana pozycja była marginalna czy też mogła zostać wyceniona w innym miejscu TER. Po pierwsze Zamawiający nie bez przyczyny wyodrębnił wskazaną pozycję spośród pozostałych, tym samym jako rzetelny Zamawiający zapewne przeprowadził stosowną analizę, z której wynikało, że wyodrębnienie jest konieczne. Ponadto nawet jeśli uznać, że wskazana pozycja mogła być wyceniona gdzie indziej, co w ocenie Odwołującego byłoby niezgodne z SWZ, to Zmawiający nie mógł samodzielnie dokonać takich ustaleń, gdyż ingerowałby nieuprawnienie w ofertę wykonawcy. Co więcej sam Zamawiający dokonał wyceny powyższej pozycji w kosztorysie inwestorskim, co przemawia za uznaniem, że ta pozycja nie mogła być wyceniona w innym miejscu.

Odwołujący zaznaczył, że wskazana omyłka nie ma także charakteru rachunkowego, gdyż taka polega na jej poprawieniu poprzez dokonanie określonej operacji matematycznej. Dokonanie działania matematycznego jest niemożliwe w oparciu o puste niewypełnione pola oraz o pola znajdujące się w „pustym" formularzu Zamawiającego.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że zgodnie w punkcie 18 SWZ Zamawiający w zakresie dotyczącej części 3 przewidział obowiązek wniesienia wadium w wysokości 1 000 000 zł. Zamawiający wskazał, że dopuszczalne formy wniesienia wadium zostały określone w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że wadium musi być nieodwołalne i bezwarunkowe, a także musi obejmować cały okres związania ofertą, który w przypadku postępowania był określony do 15 lipca 2022 r.

Konsorcjum BADER-DROG wraz z ofertą przedłożyło gwarancję ubezpieczeniową z 14 marca 2022 r. o nr 4797/W/02/2022, wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń

Europa S.A. W treści gwarancji określono jej ważność od 18 marca 2022 r. do 15 lipca 2022 r., a także wskazano m.in. :

3. Wypłata z tytułu niniejszej Gwarancji w terminie 14 dni roboczych (słownie: czternastu) od dnia doręczenia Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji pierwszego pisemnego żądania zapłaty, określającego kwotę żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta, sporządzonego (...)

Odwołujący podniósł, że wskazanie w treści gwarancji, że realizacja uprawnień beneficjenta może zostać dokonana jedynie w terminie ważności gwarancji, który został zrównany z okresem związania ofertą oznacza, że gwarancja nie jest bezwarunkowa. Konsekwencją powyższego jest okoliczność, że przedłożona gwarancja nie zabezpiecza oferty Konsorcjum oraz interesu Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że analogiczny stan faktyczny był już przedmiotem rozstrzygania KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2486/20, gdzie Izba stwierdziła, że gdyby roszczenie Zamawiającego zostało zgłoszone po dacie wskazanej w gwarancji, nawet jeśli przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji, to Zamawiający nie mógłby skutecznie dochodzić zaspokojenia swoich roszczeń. Powyższe doprowadziło Izbę do konkluzji, że tak skonstruowana gwarancja jest gwarancją warunkową, w efekcie oferta wykonawcy winna być odrzucona. Izba wskazała: Wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą. Podkreślić należy, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione. Przywoływane orzeczenie zostało zaskarżone do Sądu Okręgowego w Częstochowie, który stwierdził, że skarga jest niezasadna i utrzymał w mocy wyrok KIO (sygn. akt V Ga 328/20).

Zarzut nr 4

Na wypadek gdyby Izba nie podzieliła zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum BADER-DROG, Odwołujący podniósł, że zasadne jest wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie niewypełnionej części TER gr. 10c w świetle niezasadnego poprawienia innej omyłki przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego wezwanie Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie niewypełnionej części TER gr. 10c nie miałoby charakteru niedozwolonych negocjacji. Negocjacje są to ze swojej istoty czynności opierające się na wymianie stanowisk co najmniej dwóch podmiotów, w przeciwieństwie do złożenia wyjaśnień, które charakteryzują się jednostronnym działaniem wykonawcy.

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

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: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego

Odwołanie w tym zakresie jest niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Część 3 zamówienia obejmuje całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg

krajowych w zakresie części nr 3, obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Słubicach (pkt 6.1 SWZ).

W punkcie 17 SWZ Zamawiający zamieścił m.in. następujące wymagania w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty:

17.1. Cena oferty w zakresie każdej z części zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy (Tabele elementów rozliczeniowych dla określonych grup prac (TER) wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (ZZK)) sporządzony na formularzu

stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV, odrębny dla każdej części.

17.2. Formularz cenowy - TER, o którym mowa w pkt 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu.

We wszystkich TER, z wyjątkiem TER dot. GR10 Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto pozycji oraz obliczyć wartości razem netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie zsumować te pozycje - wyliczyć cenę netto łącznie (cena netto dla danej TER).

W TER dot. GR10 należy wykonać obliczenia ceny netto dla poszczególnych TER GR10a, TER GR10b, TER GR10c, zgodnie z formułami określonymi w formularzach według przyjętych założeń.

Obliczoną w ten sposób cenę netto dla danej TER należy następnie przenieść do ZZK.

Formularz cenowy - ZZK. ZZK należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu. W formularzu ZZK Wykonawca zsumuje ceny netto odpowiednie dla danego TER otrzymując cenę ofertową netto, wyliczy wartość podatku VAT i wyliczy wartość brutto - Cenę oferty.

Cenę oferty brutto Wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu oferty, zamieszczonym w Rozdziale 2 IDW, w pkt. 3.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego.

17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.

W tomie IV SWZ Zamawiający określił następujący wzór formularza cenowego dla części 3 grupa prac 10c (Zimowe utrzymanie dróg):

Lp	Nr	Nr drogi	Element pasa drogowego	Długość elementu pasa drogowego w km	Czynności ZUD		krotność	Wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego	Wartość zadania za okres umowy
					Usuwanie śliskości	Odśnieżanie wrazz usuwaniem śliskości		(e * f * h) + (e * g * h)	i * L (liczba sezonów ZUD)
					cenajedn. netto [km]	cena jedn. netto [km]		netto [zł]	netto [zł]
a	b	c	d	e	f	g	h	i	j
	1.1		chodniki przy jezdni	33,900			10	0,00	0,00

1	1.2		chodniki odsunięte od jezdni	25,557 11,012			10	0,00	0,00
	1.3		drogi rowerowe				10	0,00	0,00
	1.4		ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni	1,314 4,148			10	0,00	0,00
	1.5		ciągi pieszo - rowerowe odsunięte	BRAK			10	0,00	0,00
	1.6		drogi serwisowe	BRAK					
	1.7		drogi technologiczne						
RAZEM:								0,00	0,00

UWAGI:

1 Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST

2 Ceny jednostkowe i wartość prac należy podawać w złotych z dokładnością do jednego grosza

3 W/w prace będą realizowane jako interwencyjne na polecenie Rejonu

Przystępujący złożył ofertę z ceną za zadanie 3 w wysokości 110 955 622,25 zł.

Wartość grupy prac 10c w okresie realizacji umowy zgodnie z formularzem cenowym wynosi 2 089 276,00 zł. W formularzu cenowy dla grupy prac 10c, w którym w poz. 1.4 (ciągi pieszo-rowerowe przy jezdni) Przystępujący nie wpisał cen jednostkowych za usuwanie śliskości oraz za odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości.

Pismem z 15 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawione zostały omyłki w ofercie Przystępującego, polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wskazał, że omyłki dotyczą części Formularza cenowego, Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER) - Rejon w Słubicach - część 3, Grupa prac nr 10c Zimowe utrzymanie dróg, pozycja 1.4 Ciągi pieszo - rowerowe przy jezdni. Wykonawca nie wpisał ceny jednostkowej dla ww. pozycji, co jest niezgodne z dokumentami zamówienia. Zamawiający poinformował, że w poz. 1.4 wpisał wartości 0,00. W dniu 19 kwietnia 2022 r. Przystępujący poinformował o wyrażeniu zgodny na poprawienie omyłki.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Podkreślenia wymaga, że sam fakt zaistnienia w ofercie niezgodności z dokumentami zamówienia nie jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyraźnie zezwala bowiem na poprawienie tego rodzaju błędów, pod warunkiem że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby Odwołujący zasadnie twierdził, że błąd w ofercie Przystępującego, polegający na niewpisaniu cen jednostkowych w poz. 1.4 Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) - Rejon w Słubicach - część 3, Grupa prac nr 10c, miał charakter niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, Zamawiający bowiem wyraźnie żądał w SWZ wypełnienia formularza cenowego ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu. Pominięcie cen jednostkowych w jednej z pozycji jest z tym oczekiwaniem niezgodne. Wskazać jednak należy, że Odwołujący bezpodstawnie utożsamia tę sytuację z obowiązkiem odrzucenia oferty. Popełniony przez Przystępującego błąd mógł być bowiem poprawiony na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, nie sposób zakładać, że wykonawca z premedytacją pominął ceny jednostkowe dla jednej z pozycji formularza cenowego, określając jednak wartość tej pozycji. Teza taka jest pozbawiona logicznych podstaw. Wykonawca ujął pozycję 1.4 w formularzu cenowym, uwzględnił określoną przez Zamawiającego krotność i podał wartość tej pozycji, nie wpisując jedynie cen jednostkowych, nie można więc zakładać, że jego zamiarem było niezaoferowanie prac określonych w tej pozycji. Przeciwnie, taki sposób wypełnienia formularza wskazuje na omyłkę, zwłaszcza że trudno zakładać, aby wykonawca intencjonalnie złożył ofertę, w której nie oferuje wykonania jednego z wielu rodzajów prac składających się na przedmiot zamówienia.

Po drugie, zauważenia wymaga, że formularz cenowy zawierał wszelkie informacje niezbędne do poprawienia omyłki i nie istniały żadne alternatywne sposoby jej poprawienia, które miałyby matematyczne i logiczne podstawy. Skoro wartość pozycji 1.4 została określona na 0,00 zł, to ceny jednostkowe nie mogły być inne niż 0,00 zł. W tej sytuacji brak jest podstaw do twierdzenia, że ewentualna dopuszczalność poprawienia omyłki mogła być oceniana po uzyskaniu od Przystępującego wyjaśnień, nie było bowiem uzasadnionych wątpliwości co do treści oferty Przystępującego.

Następnie wskazać należy, że poprawienie omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego nie spowodowało żadnych istotnych zmian w treści oferty. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zakazuje dokonywania w ofercie takich poprawek, które powodują istotną zmianę treści oferty, co nie jest tożsame z zakazem poprawiania omyłek dotyczących istotnych elementów przedmiotu zamówienia. W związku

z tym przedstawiana przez Odwołującego argumentacja mająca wykazać istotność prac objętych poz. 1.4 formularza, nie ma znaczenia dla oceny zarzutu. Istotne jest bowiem to, jakie zmiany w treści oferty nastąpiły w wyniku dokonanego przez Zamawiającego poprawienia omyłki. W ocenie Izby poprawienie omyłki w ofercie Przystępującego nie spowodowało de facto merytorycznych zmian w jej treści, a z pewnością nie były to zmiany istotne. Prace ujęte w poz. 1.4 formularza od początku były objęte ofertą, a ich wartość określono na 0,00 zł. Zatem uzupełnienie cen jednostkowych (wpisanie wartości 0,00) nie doprowadziło do jakiejkolwiek zmiany ani zakresu oferowanych prac, ani ich wyceny. Zarówno przed poprawieniem omyłki jak i po jej poprawieniu oferta obejmowała wykonanie prac określonych w ww. pozycji, a cena za ich wykonanie nie uległa żadnej zmianie.

Zauważenia wymaga również, że skala niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie sposobu wypełnienia formularza cenowego była znikoma. Na prawie 300 pozycji cenowych Przystępujący nie wpisał cen jednostkowych w jednej pozycji, a wartość tej pozycji według kosztorysu inwestorskiego stanowi 0,057% wartości szacunkowej ustalonej dla części 3 zamówienia. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że był to błąd, który powinien prowadzić do odrzucenia oferty co do zasady merytorycznie poprawnej, byłoby to nie do pogodzenia z celem postępowania o udzielenie zamówienia oraz z ratio legis przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył przepisów art. 223 ust. 2 pkt 3, art. 226 ust. 1 pkt 5, a także art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Poprawienie omyłki w ofercie Przystępującego było bowiem zasadne, a w konsekwencji oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzuty dotyczące wniesionego przez Przystępującego wadium

Odwołanie w tym zakresie jest zasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający wymagał wniesienia wadium dla części 3 zamówienia w wysokości 1.000.000,00 zł. W punkcie 18 SWZ Zamawiający określił m.in. następujące wymagania dotyczące wadium:

18.2. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, w zależności od wyboru Wykonawcy.

18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej.

Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

(...) W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Termin związania ofertą został pierwotnie określony do dnia 12 lipca 2022 r. (pkt 20.1 SWZ), a następnie - po zmianie SWZ z 7 marca 2022 r. - do dnia 15 lipca 2022 r.

Przystępujący złożył wraz z ofertą Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 4797/W/02/2022 z dnia 14 marca 2022 r., wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Europa S.A. W treści gwarancji wskazano m.in.:

3. Wypłata z tytułu niniejszej Gwarancji nastąpi, w terminie 14 dni roboczych (słownie: czternastu) od dnia doręczenia Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji pierwszego pisemnego żądania zapłaty, określającego kwotę żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta (.)

4. Niniejsza Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 18.03.2022 r. do dnia 15.07.2022 r.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W ocenie Izby Przystępujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Zawarte w treści gwarancji wadialnej zastrzeżenie, że żądanie zapłaty musi być doręczone gwarantowi w terminie ważności gwarancji, stwarza ryzyko niemożliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego z tytułu zdarzeń, za które gwarant odpowiada.

Nie ulega wątpliwości, że okres ważności wadium musi odpowiadać terminowi związania ofertą i brak jest ustawowych podstaw do żądania wniesienia wadium na okres dłuższy. Stanowi o tym wprost przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu

terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w
Nie ma też wątpliwości, że zatrzymanie wadium jest możliwe wyłącznie
w sytuacji, gdy zdarzenia uzasadniające takie zatrzymanie nastąpiły w terminie ważności wadium. Wskazać jednak należy, że kwestia terminu ważności gwarancji wadialnej nie jest w tej sprawie przedmiotem sporu, nie tego dotyczą bowiem zarzuty odwołania. Istotą tych zarzutów jest kwestia ograniczenia możliwości żądania zapłaty, które zgodnie z treścią gwarancji może być zgłoszone w terminie jej ważności. W związku z tym, zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, bezpodstawnie opierają swoją argumentację na przepisie art. 97 ust. 5 ustawy Pzp i tezie o braku możliwości żądania wniesienia wadium na okres dłuższy niż określony w tym przepisie. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że należy odróżnić termin ważności wadium od terminu zgłaszania gwarantowi roszczeń z tytułu wadium, co Zamawiający i Przystępujący zdają się pomijać.

Ocena przedmiotowego zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy wadium wniesione przez Przystępującego daje Zamawiającemu pewność zaspokojenia jego roszczeń z tytułu zdarzeń, które wystąpią w okresie ważności gwarancji. Taka bowiem jest funkcja wadium i temu służy określony w art. 97 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek utrzymania wadium nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Przepis ten ma zapewnić, że jeśli w okresie terminu związania ofertą wystąpi podstawa do zatrzymania wadium, to roszczenia Zamawiającego z tego tytułu zostaną zaspokojone. Wadium można uznać za skutecznie zabezpieczające ofertę przez cały okres związania ofertą, jeżeli Zamawiający ma możliwość skutecznego zgłoszenia żądania zapłaty w każdej sytuacji, gdy zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium zaistniało w tym okresie.

Wydaje się, że tak też rozumiał tę kwestię Zamawiający, wprost wskazując w SWZ, że wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Treść gwarancji wadialnej Przystępującego prowadzi do wniosku, że roszczenia Zamawiającego dotyczące zdarzeń zaistniałych w okresie ważności gwarancji nie zostaną zaspokojone, jeśli żądanie zapłaty nie zostanie zgłoszone w terminie ważności gwarancji.

W tym kontekście wskazać należy na treść art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w
występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa wlub
z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub oświadczenia, o którym mowa w innych dokumentów
lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w
co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Powyższy przepis, ani żaden inny przepis ustawy Pzp, nie określa terminu wystąpienia przez Zamawiającego do gwaranta z żądaniem zapłaty. Przyjąć więc należy, że powinno to nastąpić bez zbędnej zwłoki, czyli tak szybko jak to możliwe w normalnym toku czynności. Postanowienie gwarancji zobowiązujące do zgłoszenia żądania zapłaty w terminie jej ważności stanowi więc niezasadne zawężenie możliwości dochodzenia przez Zamawiającego kwoty należnej z tytułu wadium, nie zawsze bowiem w praktyce będzie możliwe zgłoszenie żądania zapłaty w terminie ważności wadium, w szczególności gdy podstawy do jego zatrzymania zaktualizują się w ostatnim dniu tej ważności. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone m.in. w wyroku z 3 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2486/20, w którym - w podobnym stanie faktycznym - Izba stwierdziła: W ocenie Izby analiza treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego prowadzi do

wniosku, że w przypadku gdyby zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęło do gwaranta po konkretnej dacie, tj. 7 października 2020 r. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości zaspokojenia swoich roszczeń, nawet gdyby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się w okresie ważności gwarancji. Powyższe wprost wynika z treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej („wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji"). Innymi słowy, treść złożonej przez Konsorcjum (...) gwarancji ubezpieczeniowej obligowała Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji. Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że w przypadku wystąpienia

zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Powyższy wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Częstochowie z 5 lutego 2021 r. sygn. akt V Ga 328/20.

Analogiczny pogląd wyraziła Izba w wyroku z 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 952/20, wskazując: (.) jeżeli zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęłoby do gwaranta po konkretnie wskazanej dacie 3 kwietnia 2020 r., Zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń, choćby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się jeszcze w okresie ważności gwarancji. Tymczasem nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może również wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, zwłaszcza biorąc pod uwagę formalności, które musi dopełnić Zamawiający (patrz pkt 4.1. powyżej), oczywiste jest, że nie zawsze byłoby możliwe zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu zakreślonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w zakreślonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc. Natomiast w tym przypadku gwarant zastrzegł jedynie na swoją korzyść 14-dniowy termin na wypłatę gwarantowanej sumy od chwili skutecznego, czyli m.in. złożonego przed upływem terminu związania ofertą, zgłoszenia żądania zapłaty.

W ocenie Izby, uwzględniając konieczność zapewnienia skutecznego uzyskania przez Zamawiającego zapłaty kwoty wadium, należy stwierdzić, że Przystępujący wniósł wadium nieprawidłowo. Dodatkowo należy wskazać, że wszelkie ewentualne wątpliwości w tym zakresie eliminuje postanowienie punktu 18.3 SWZ, w którym Zamawiający wskazał, że wadium wniesione w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, a dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że wadium wniesione przez Przystępującego, z uwagi na zrównanie terminu ważności gwarancji z terminem zgłaszania roszczeń o zapłatę, nie ma takiej płynności jak gotówka - w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu Zamawiający byłby uprawniony do złożenia oświadczenia o zatrzymaniu wadium również po upływie terminu związania ofertą, jeśli podstawa zatrzymania zaistniała w okresie związania ofertą. W przypadku gwarancji przedstawionej przez Przystępującego dochodzenie zapłaty kwoty wadium może być utrudnione. W sytuacji bowiem, gdyby zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium zaistniało na krótko przed upływem terminu, na który zabezpieczenie zostało ustanowione, to Zamawiający mógłby być pozbawiony możliwości uzyskania zapłaty, znalazłby się zatem w istotnie gorszej sytuacji niż w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który nieprawidłowo wniósł wadium. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie w tym zakresie - stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - podlegało uwzględnieniu.

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 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2, w związku z tym, że spośród dwóch zarzutów odwołania jeden zarzut okazał się zasadny.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł i dojazdu na rozprawę w kwocie 752,20 zł (łącznie 22.952,20 zł). Ponieważ Odwołujący odpowiada za koszty postępowania do wysokości 11.476,10 zł (22.952,20 x 1/2), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.123,90 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....