Sygn. akt: KIO 1860/22

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. J. Zakład Projektowo - Usługowo - Produkcyjny „POWER" w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasto Nowy Targ

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: A. B.-H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. B.-H. Firma Handlowo-Usługowa „AGMAR"

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz poprawienie omyłki w pozycji 1c) formularza oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1860/22

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasto Nowy Targ prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie konserwacji i bieżących napraw sieci i urządzeń oświetlenia terenów publicznych w Nowym Targu, zgodnie z obowiązującymi przepisami i Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 czerwca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00207299.

I. W dniu 13 lipca 2022 r. wykonawca K. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. J.

Zakład Projektowo - Usługowo - Produkcyjny „POWER" (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec: 1) zaniechania przez zamawiającego poprawienia oferty odwołującego się w zakresie punktu 1 litera c); 2) czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 08.07.2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego w zakresie punktu 1 litera c), tj. w zakresie pominiętej ceny jednostkowej netto, a na jej podstawie wartości podatku VAT i ceny jednostkowej brutto, w sytuacji gdy w treści oferty zawarte były wszelkie dane umożliwiające jednoznaczne wyliczenie brakujących

pozycji;

2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób nietransparentny, co przejawiało się w zaniechaniu dokonania oceny oferty odwołującego, mimo iż wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu;

3) art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niepoinformowanie o punktacji przyznanej

ofercie odwołującego w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji;

4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe, tj. niezgodne z wzorem zamieszczonym na str. 22 SIWZ, obliczenie wartości punktowej oferty drugiego wykonawcy w kryterium "Czas od telefonicznego powiadomienia do naprawy braków ciągłości świecenia punktów świetlnych całych obwodów świecenia na ulicach miasta i likwidacja zagrożeń dla osób postronnych, wynikłych ze zdarzeń losowych";

5) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty drugiego wykonawcy, pomimo tego że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) poprawienia oferty odwołującego w zakresie punktu 1 litera c),

3) dokonania ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu obu złożonych ofert.

II. Pismem wniesionym w dniu 28 lipca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: A. B.-H. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. B.-H. Firma Handlowo-Usługowa „AGMAR". W piśmie stanowiącym zgłoszenie przystąpienia do

postępowania odwoławczego przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie, jednakże nie odnosiło się ono bezpośrednio do zarzutów postawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 8 lipca 2022 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 5 ustawy Pzp (powinno być art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje:

Komisja Przetargowa rozpatrując ofertę złożoną przez Pana stwierdziła, iż nie dokonał Pan wyceny pozycji 1c) druku oferty tj. „wykonanie czynności opisanych w Rozdz. II SIWZ za wynagrodzeniem miesięcznym w przeliczeniu na konserwację jednego punktu świetlnego z LEDOWYM źródłem światła (590 szt.)"

Zgodnie z rozdziałem XI. Opis sposobu obliczenia ceny. „1. Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia".

Z powyższym nie zgodził się odwołujący wskazując w odwołaniu m.in. co następuje:

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez to, że nie poprawił innej omyłki w ofercie odwołującego polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a mianowicie w punkcie 1 litera c) oferty, gdzie odwołujący nie wypełnił trzech pozycji jednostkowych pisanych liczbą i słownie, a to: ceny jednostkowej netto, kwoty podatku VAT i ceny jednostkowej brutto. Tymczasem kwoty te można łatwo i w sposób niepozostawiający żadnych wątpliwości wyliczyć na podstawie innych elementów ofert. Cenę jednostkową netto w punkcie I litera c) oferty (oznaczoną jako X) ustalimy po odjęciu łącznej wartości netto czynności objętych punktem I litery a) i b) oferty od łącznej ceny netto za konserwację punktów świetlnych podanej w punkcie I litera d) oferty wynoszącej 255.616,80 zł, czyli w wyniku następujących wyliczeń: X [(255616,80 zł (2763 szt. x 5,35 zł x 16 m-cy) - (44 szt. x 3 zł x 16 m-cy)) / 16 m-cy] / 590 szt. X [(255616,80 zł - 236512,80 zł - 2112 zł) / 16 m-cy] / 590 szt. X 16992 zł / 16 m-cy / 590 szt. X 1,80 zł W oparciu o cenę jednostkową netto bez żadnych wątpliwości można określić wartość podatku VAT (0,42 zł) i cenę jednostkową brutto (2,22 zł), które zresztą można ustalić na analogicznej zasadzie jak powyżej, w oparciu o łączną wartość podatku VAT i łączną cenę brutto podane w punkcie I litera d),według następujących wzorów (gdzie Y oznacza wartość podatku VAT, a Z cenę brutto): Y [(58791,86 zł - (2763 szt. x 1,23 zł x 16 m-cy) - (44 szt. x 0,69 zł x 16 m-cy)) / 16 m-cy] / 590 szt. Y 0,42 zł; Z [(314408,66 zł - (2763 szt. x 6,58 zł x 16 m-cy) - (44 szt. x 3,69 zł x 16 m-cy)) / 16 m-cy] / 590 szt. Z 2,22 zł. Tym samy treść oferty w punkcie I litera c) powinna brzmieć następująco: "c) wykonanie czynności opisanych w Rozdz. II SIWZ za wynagrodzeniem miesięcznym w przeliczeniu na konserwację jednego punktu świetlnego z LEDOWYM źródłem światła (590 szt.) wynoszącym: 1,80 zł netto (słownie jeden złotych 80/100 zł) plus obowiązujący podatek VAT w wysokości 23 % wynoszący: 0,42 zł (słownie zero złotych 42/100 zł) co daje kwotę brutto 2,22 zł (słownie brutto dwa złote 22/100 zł)". Wprowadzenie takich poprawek nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty, bo łączna cena ofertowa nie ulega zmianie. Jednocześnie przeprowadzenie wyżej opisanych działań matematycznych nie pozostawia wątpliwości co do tego jaką wartość powinny mieć pominięte pozycje.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

W ocenie składu orzekającego Izby w ofercie odwołującego zaistniała omyłka, która powinna zostać poprawiona przez zamawiającego zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu 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. Natomiast zgodnie z przepisem art. 223 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Po pierwsze, w świetle całej treści oferty odwołującego nie ma wątpliwości co do tego, że jej zakresem zostało objęte również świadczenie wskazane w pkt 1 c) formularza oferty, tj. wykonanie czynności opisanych w Rozdz. II SIWZ za wynagrodzeniem miesięcznym

w przeliczeniu na konserwację jednego punktu świetlnego z LEDOWYM źródłem światła (590 szt.). Jak bowiem wynika z dalszej części oświadczenia ofertowego odwołującego łączną ceną za konserwację punktów świetlnych w okresie 16 miesięcy (pkt 1d) zostały objęte świadczenia wskazane w pkt 1 a), 1b) oraz 1c). Po drugie, Izba podziela stanowisko odwołującego co do tego, że istnieje tylko jeden sposób poprawienia tej omyłki, tj. przedstawiony w odwołaniu. Stanowisko przeciwnie przyjął zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie nie wskazując jednak, choćby przykładowo, żadnego innego sposobu poprawienia tej omyłki. Z powyższego wynika, że w ofercie odwołującego zaistniała omyłka polegająca na braku podania cen jednostkowych oraz kwoty podatku VAT (stawka podatku była wskazana przez zamawiającego w formularzu oferty) w odniesieniu do świadczenia wskazanego w pkt 1 c) formularza oferty, jednakże świadczenie to było objęte oświadczeniem ofertowym odwołującego, a brakujące kwoty mogą zostać obliczone na podstawie pozostałej treści oferty. Poprawienie oferty odwołującego nie spowoduje istotnej zmiany jej treści. Całkowita cena oferty odwołującego nie ulegnie zmianie, a treść oświadczenia ofertowego odwołującego będzie zgodna z jego wolą, którą można odczytać z pozostałej treści oferty. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w niniejszej sprawie zamawiający powinien dokonać poprawienia omyłki w pozycji 1c) formularza oferty odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: