Sygn. akt: KIO 2657/22

WYROK

z dnia 25 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o., MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. (ul. Ciepłownicza 1, 31-587 Kraków), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto i Gmina Olkusz (Rynek 1, 32-300 Olkusz)

przy udziale Wykonawcy CZĘSTOBUD Sp. z o.o. (al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto i Gmina Olkusz (Rynek 1, 32-300 Olkusz) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o., MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. (ul. Ciepłownicza 1, 31-587 Kraków) tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego Miasto i Gmina Olkusz (Rynek 1, 32-300 Olkusz) na rzecz Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o., MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. (ul. Ciepłownicza 1, 31-587 Kraków) kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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 2657/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto i Gmina Olkusz prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa całorocznego obiektu wielofunkcyjnego na terenie zrewitalizowanego Parku „Czarna Góra" wraz z modernizacją krytego basenu w SP nr 2 w Olkuszu, Gmina Olkusz".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 sierpnia 2022r. w Dzienniku Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 153-436140.

Odwołujący Wykonawcy wspólnie biegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano - Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o., MTM BUDOWNICTWO Sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty,

- art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innych omyłek polegających na niegodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

- ewentualnie art. 255 pkt 6) Pzp, gdyż można uznać, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, poprawienia innych omyłek polegających na niegodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, ewentualnie nakazania Zamawiającemu unieważnienie postępowania, gdyż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający po raz drugi prowadzi postępowanie na powyższy zakres przedmiotowy, gdyż pierwsze postępowanie zostało unieważnione.

Zakres przedmiotowy w drugim przetargu został nieznacznie zmniejszony.

Zamawiający nie dokonał jednak zmiany w Tabeli elementów rozliczeniowych, która była m. in. podstawą do wyliczenia ceny oferty. Zgodnie z ppkt 2) i 3) pkt 12. SWZ (strona 30), wyliczenia ceny oferty dokonuje Wykonawca w Tabeli elementów rozliczeniowych - Załącznik nr 1 do oferty, wypełnianej przez Wykonawcę na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i dokumentów załączonych do SWZ, a Tabela elementów rozliczeniowych stanowi integralną część oferty i nie podlega uzupełnieniu. Ponadto ppkt 5) stanowi, iż Tabela elementów rozliczeniowych będzie podstawą do opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie dokonując zmian w Tabeli elementów rozliczeniowych, a zarazem zmieniając OPZ, wprowadził Wykonawców w błąd.

Trzech z pięciu Wykonawców w postępowaniu wyceniło wszystkie pozycje w Tabeli. Jeden z Wykonawców częściowo wpisując wartość 0,00 zł, nie wycenił czterech z pięciu wyłączonych pozycji. Natomiast tylko jeden wskazał pięć pozycji, jako wyłączone z zakresu i nie dokonał ich wyceny.

Odwołujący podkreślił, że powyższe świadczy o nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia, za który odpowiedzialny jest Zamawiający, co jak dowodzą złożone oferty, spowodowało omyłki przy wyliczeniu ceny oferty.

Odwołujący zwrócił na to uwagę po weryfikacji złożonych ofert i napisał do Zamawiającego, iż jego oferta zawiera inne omyłki polegające na niegodności oferty z dokumentami zamówienia, wnioskując o ich poprawę. Zdaniem Odwołującego dokonanie poprawienia wskazanych omyłek nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a przy tym może być poprzedzone wyjaśnieniem treści złożonej oferty.

Zdaniem Odwołującego w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy wyjaśnienie,

dlaczego wyceniono wszystkie pozycje w Tabeli złożonej wraz z ofertą, powinno zostać dokonane przez Zamawiającego, który w sposób rzetelny powinien dokonać oceny i porównania ofert.

Jak wskazał Odwołujący, art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp daje Zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości fakt, iż zamierzał złożyć ofertę odpowiadającą w pełni warunkom i wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że dokonanie poprawienia wskazanych innych omyłek w treści oferty nie doprowadzi do znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego w treść oferty.

Odwołujący wskazał również, że wartość omyłek w jego ofercie wynosi: 140 511,00 zł netto; 172 828,53 zł brutto, a wartość całej oferty to: 30 473 926,12 zł; 37 482 929,13 zł. Tym samym udział omyłek w wartości złożonej przez Odwołującego oferty wynosi zaledwie 0,46% zaoferowanej ceny. Zatem zdaniem Odwołującego wartość ta jest bagatelna, nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty Odwołującego, a fakt zmiany w rankingu złożonych ofert nie może stanowić podstawy w dokonaniu jej poprawienia.

Odwołujący podniósł, iż poprawienie nieprawidłowości w treści złożonej oferty powinno zostać dokonane, gdyż po pierwsze, niezgodność ma charakter omyłki, a nie celowego

działania Wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie, poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien dokonać poprawienia innych omyłek w treści złożonej oferty, gdyż nie powodują one istotnej zmiany w treści oferty, a przy tym uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wnioskował o ewentualne nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, gdyż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wada polega na nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia, który spowodował wprowadzenie Wykonawców w błąd, w efekcie nieporównywalność złożonych ofert. W tym stanie faktycznym Zamawiający nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż mają one wycenione i zaoferowane różne zakresy przedmiotowe. Dokonanie wyboru w tych okolicznościach spowoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający w piśmie z 29.09.2022r. skierowanym do Odwołującego, stwierdził że rola Tabeli elementów rozliczeniowych jest dwojaka i ma służyć między innymi stronom jako podstawę do sporządzenia harmonogramu rzeczowo - finansowego (pkt 12.5 SWZ). W konsekwencji w tym harmonogramie mogą znaleźć się pozycje, które nie będą realizowane, a Zamawiający w przypadku wyboru oferty Odwołującego musiałby zapłacić 140 511,00 zł za zakresy, które nie będą zrealizowane.

Natomiast w przypadku oferty Wykonawcy, który w jej treści zapisał „Wyłączone z zakresu przez zamawiającego", Zamawiający powinien ocenić, czy faktycznie jest to wyłączone i wtedy ofertę Odwołującego należy skorygować, albo nie jest wyłączone i taką ofertę odrzucić jako niepełną.

W ocenie Odwołującego, są to takie uchybienia, które nie mogą być skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Natomiast dopuszczalność usunięcia wady postępowania powoduje wyłączenie możliwości unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego artykułu 255 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie ze wskazanym artykułem, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie

zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wada w niniejszym postępowaniu polega na przygotowaniu przez Zamawiającego dokumentacji, która zawiera rozbieżne dokumenty, w tym różny zakres przedmiotu zamówienia opisany w SWZ oraz różny zakres przedmiotu zamówienia, który miał stanowić pomoc przy wycenie dla Wykonawców, zebranie prac składających się na przedmiot zamówienia (tabela elementów rozliczeniowych). Przygotowanie tabeli elementów rozliczeniowych (którą wypełniali Wykonawcy) w taki sposób, że jej zakres nie odpowiadał opisowi przedmiotu zamówienia, wprowadził Wykonawców w błąd, czemu nie zaprzecza sam Zamawiający. Wprowadzenie w błąd zaś spowodowało, że oferty złożone w postępowaniu są nieporównywalne. Na pięć ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający uzyskał trzy różne zakresy wyceny - trzy odmiennie zaoferowane przedmioty świadczenia - trzech z pięciu Wykonawców w postępowaniu wyceniło wszystkie pozycje w Tabeli. Jeden z Wykonawców nie wycenił czterech z pięciu wyłączonych pozycji, natomiast jeden Wykonawca uznał pięć pozycji za wyłączone z zakresu przedmiotu zamówienia i nie dokonał ich wyceny.

W tym stanie faktycznym Zamawiający nie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż oferty zawierają wycenę różnych zakresów przedmiotowych, są zatem nieporównywalne.

Co istotne, wskazana wada w niniejszym postępowaniu spowodowała możliwość wariantowości, czego przykładem jest niniejsze postępowanie.

Dokonanie wyboru oferty w tych okolicznościach spowoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Skoro Wykonawcy złożyli oferty na różny zakres zamówienia, to dokonanie wyboru którejkolwiek z ofert nastąpi z pokrzywdzeniem pozostałych Wykonawców. Każdy z Wykonawców ma prawo sądzić, że jego oferta jest prawidłowa, podczas gdy nie sposób tego stwierdzić, bowiem odpowiadają one różnym, ale nie wszystkim dokumentom w postępowaniu.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność podnoszona przez Przystępującego, że wypełnienia tabeli elementów rozliczeniowych należało dokonać na podstawie opisu przedmiotu zamówienia i dokumentów załączonych do SWZ. Istotny jest bowiem fakt, że wykonawcy wypełniając tabelę elementów rozliczeniowych mieli podstawy sądzić, że w tabeli znajduje się prawidłowy zakres zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Dokument, w którym znajdowała się tabela elementów rozliczeniowych, nie zawierał żadnej informacji, że pewne elementy zawarte w tabeli nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia. Takiej informacji wyrażonej wprost nie było także w pozostałej dokumentacji postępowania. Również

Przystępujący miał wątpliwości przy wypełnianiu tabeli, skoro zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym jej zakresu. Skoro tak, to Wykonawcy mogli przyjąć, że zakres wyceny wskazany w tabeli elementów rozliczeniowych (skoro został przygotowany przez Zamawiającego) jest prawidłowy. W konsekwencji, Zamawiający uzyskał różne oferty, z których większość oparta została o dokument tabeli.

Wada w postępowaniu istniała od samego początku. Na obecnym etapie brak jest możliwości skorygowania błędu przez Zamawiającego, a zatem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą.

Istnienie powyższej wady i brak możliwości jej usunięcia powoduje brak możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie podlegałaby unieważnieniu. Skoro nie ma możliwości dokonania prawidłowego wyboru oferty, to postępowanie podlega unieważnieniu.

Zgodnie z artykułem 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia. Zawarta w takiej sytuacji umowa będzie obarczona wadą, bowiem zostałaby zawarta z naruszeniem ustawy - w wyniku nieprawidłowo przygotowanego i przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) i w konsekwencji w wyniku nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegał oddaleniu.

Zgodnie z powyższym artykułem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od

wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Powyższy przepis stanowi uprawnienie Zamawiającego, a nie obowiązek. Niezależnie od powyższego, jak trafnie zauważył Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron, Zamawiający nie miał wątpliwości, jaka jest treść oferty Odwołującego i skąd wziął się taki, a nie inny zakres dokonanej przez Odwołującego w treści oferty wyceny.

Odwołujący pomija okoliczność, że powyższy artykuł stanowi również, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Jasnym jest, co zaoferował Odwołujący. Niedopuszczalne jest, po zapoznaniu się z ofertami pozostałych Wykonawców, stwierdzenie, że inny był zakres zaoferowanego świadczenia. Dokonywanie przez Zamawiającego na obecnym etapie ustalania treści oferty Odwołującego i dokonywanie w konsekwencji zmiany treści oferty Odwołującego (na skutek składanych przez niego wyjaśnień) było, jak stanowi powyższy artykuł, niedopuszczalne.

Oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie ze wskazanym artykułem, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że oferta Odwołującego odpowiadała dokumentowi

stanowiącemu załącznik nr 2 do oferty - Tabela elementów rozliczeniowych, który to dokument został przygotowany przez Zamawiającego do wypełnienia przez Wykonawców. Zatem nie można uznać, aby oferta Odwołującego była niezgodna z dokumentem zamówienia. Nie sposób także uznać, że wolą/zamiarem Odwołującego (w chwili składania ofert) było złożenie innej oferty, bowiem Odwołujący składał ją zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego dokumentem. Gdyby Odwołujący chciał złożyć inną ofertę, wówczas tak by się stało - tym bardziej, że inny Wykonawca w postępowaniu złożył inną ofertę, w oparciu o inne dokumenty zamówienia.

Skoro zatem nie było niezgodności oferty z treścią dokumentu zamówienia, to nie została wypełniona przesłanka powyższego artykułu, która stanowi, że poprawieniu w ofercie podlegają omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Brak zatem było podstawy do dokonania poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową, a zatem ogólnie przyjmowaną przez wykonawców ceną obejmującą całość zamówienia. Brak było kosztorysu zamówienia. Oznacza to, że Wykonawcy dokonywali wyceny przyjmując również własne założenia. W takiej sytuacji nie sposób dokonać poprawienia ceny oferty. Nie ma zatem jednoznacznej odpowiedzi, jaka byłaby treść i cena oferty Wykonawcy, gdyby inny był zakres wyceny wskazany przez Zamawiającego.

Istotne znaczenie ma fakt, że z uwagi na rozbieżną treść dokumentów zamówienia, każdy z Wykonawców miał możliwość przygotowania oferty w oparciu o inny dokument. Powodowało to nie tylko rozbieżność w treści ofert Wykonawców i różny zakres oferowanego świadczenia, ale też różną ostateczną wycenę. Równocześnie stwarzało możliwość wariantowości, możliwość ewentualnych prób korygowania zaoferowanej ceny przez Wykonawców po złożeniu ofert w przypadku, gdyby oferta danego Wykonawcy nie okazała się najkorzystniejszą.

Jak trafnie zauważył Przystępujący w trakcie rozprawy z udziałem stron: „Gdyby Odwołujący znalazł się na pierwszym miejscu wówczas prawdopodobnie nie wnosiłby o poprawienie treści oferty - cena by mu odpowiadała".

Zamawiający podkreślał, że Tabela elementów rozliczeniowych będzie stanowiła podstawę do sporządzenia harmonogramu rzeczowo - finansowego. W konsekwencji, w tym harmonogramie mogą znaleźć się pozycje, które nie będą realizowane, a Zamawiający w przypadku wyboru oferty Odwołującego musiałby zapłacić 140 511,00 zł za zakresy, które nie będą zrealizowane. Mogło być zatem tak, że Odwołujący byłby zainteresowany utrzymaniem ceny oferty (złożonej w postępowaniu) obejmującej pełny zakres zgodny z Tabelą Elementów Rozliczeniowych, gdyby cena jego oferty była od początku

najkorzystniejsza.

Jak trafnie zauważył również Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie: „W świetle zakazu prowadzenia negocjacji w zakresie treści oferty, wynikającego z art. 223 ust. 1 PZP,

nie można uznać za dopuszczalnej sytuacji, gdy wykonawca - po zapoznaniu się z ofertami pozostałych wykonawców - stwierdza występowanie omyłki w swej własnej ofercie, a po jej naprawieniu przesuwa się w rankingu ofert. Można przyjąć, że gdyby jego oferta była najkorzystniejsza, podobnych wniosków i uwag Odwołujący by nie składał".

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności należało stwierdzić, że zmiany dokonane w ofercie Odwołującego byłyby bardzo istotne. W konsekwencji należało stwierdzić, że brak było zaistnienia przesłanek, które uprawniałyby Zamawiającego do dokonania poprawienia oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1)

, zaliczając w poczet kosztów
postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Za uzasadniony został uznany jeden z zarzutów odwołania, wskazany jako ewentualny, jednak jest to zarzut, który wpływa na całość postępowania i determinuje jego wynik. Z tego względu Izba w całości obciążyła kosztami postępowania (wartość wpisu od odwołania) Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....