Sygn. akt.: KIO 3531/24

WYROK

Warszawa, 21 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 17 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 września 2024 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Węglokoks Spółka Akcyjna**, ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice, **Servitel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Leopolda 29, Katowice, **Grupa POWEN-WAFAPOMP Spółka Akcyjna** ul. Wolności 318, Zabrze, **Zakład Robót Górniczych GÓRREM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** ul. ks. Ludwika Tunkla 120, Ruda Śląska, **Elektrometal Spółka Akcyjna**, ul. Stawowa 71, Cieszyn, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna**, ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika, wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Gliwicki Zakład Usług Górniczych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Jana Pawła II 2, 44-100 Gliwice, **Hutpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Szczęść Boże 21a, Zabrze

orzeka:

1Oddala odwołanie.
2Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 20.000 zł 00 gr. (dwadzieścia tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;
2.2zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr. (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 3531/24

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Południowy Koncern Węglowy S.A., Jaworzno, w trybie podstawowym na *dostawę, zabudowę i uruchomienie Układu Głównego Odwadniania poz.800m dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. – Zakład Górniczy Janina*(nr postępowania: PZP/TWD/02170/2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 04.06.2024 r., S 107/2024 329569-2024, wobec uznania, że oferta konsorcjum Gliwicka Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o./Hutpol Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu i zaproszenia do aukcji, wniesione zostało 27.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum Węglokoks S.A., Servitel Sp. z o.o., Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., Zakład Rob Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. sp. k., Elektrometal S.A. (KIO 3531/24).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GZUG, która jest niezgodna z dokumentami zamówienia po poprawieniu przez zamawiającego omyłek i akceptacji tej poprawy przez wykonawcę, gdyż obligatoryjne poprawienie jednych niezgodności (oczywistych omyłek rachunkowych) doprowadziło do ujawnienia innych błędów, które nie mogą być poprawione,
2)art. 232 ust. 1 poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy GZUG, którego oferta podlega odrzuceniu,
3)art. 227 ust. 1 poprzez uznanie, że zachodzą okoliczności w których może być przeprowadzona aukcja elektroniczna, podczas gdy brak jest dwóch ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności oceny oferty GZUG, jej odrzucenie w ramach powtórzonych czynności badania oferty i unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji.

Do postępowania odwoławczego przystąpili w terminie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Gliwicki Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o., Hutpol Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 16.10.2024 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania, na podstawie której izba ustaliła istotne dla podstawy zarzutów okoliczności faktyczne.

Izba ustaliła i zważyła.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty.

Wraz z formularzem oferty wykonawcy składali wypełniony załącznik 1a – formularz cenowy, w którym należało

uzupełnić kolumny dotyczące cen w poszczególnych zadaniach od 1 do 32. Kolumna 10 została uzupełniona przez zamawiającego i dotyczy – górnej granicy wartości zadania w odniesieniu do wartości oferty określonej w [%]. Zamawiający wskazał tą granicę wielkościami podanymi bądź liczbami wymiernymi zaokrąglonymi do jedności (np. 3, 5, 12) bądź z dokładnością do części dziesiętnych (np. 2,5, 1,5, 0,5). Pod tabelą zamawiający wskazał, że wykonawca nie może przekroczyć *górnej granicy wartości poszczególnego zadania (określonej w procentach w kol. nr 10) – w odniesieniu do całej wartości oferty.* Kwoty podawane przez wykonawców uwzględniały ceny składowe elementów poszczególnych zadań zsumowane, do których miała mieć odniesienie granica wartości określona wielkością wyrażoną w procentach.

Zamawiający w ramach badania oferty konsorcjum Gliwicki Zakład Usług Górniczych Sp. z o.o., Hutpol Sp. z o.o (GZUG) stwierdził, że w zadaniu nr 2 wystąpiła oczywista omyłka pisarska powodująca oczywistą omyłkę rachunkową w poz. 2.7, wynikająca z wpisania błędnej ilości na podstawie, której dokonano przeliczenia ceny oferty, tj. „500" w miejsce „50". Po poprawieniu tej omyłki zmianie uległa wartość zadania nr 2 (zmniejszona z 965 550,00 zł do 96 555,00 zł), jak również wartość całej oferty za zadania od 1 do 32 (z 73 697 295,00 zł na 72 828 300,00 zł). Wykonawca wyraził zgodę na takie poprawienie omyłki (wezwanie z 19.08.2024 r.).

Odwołujący dokonał przeliczenia wskazanej górnej granicy wartości poszczególnych zadań na wartość wyrażoną kwotą i po porównaniu z cenami brutto poszczególnych zadań stwierdził, że w czterech pozycjach cena przekracza te wartości, tj.:

- zad. nr 1 cena nie mogła przekroczyć 2 960 500,00 zł netto, a wynosi 2 995 000,00 zł;

- zad. nr 3 cena nie mogła przekroczyć 7 105 200,00 zł nett, a wynosi 7 178 000,00;

- zad. nr 4 cena nie mogła przekroczyć 1 184 200,00 zł netto, a wynosi 1 197 500,00;

- zad. nr 29 cena nie mogła przekroczyć 296 050,00 zł netto, a wynosi 310 000,00;

- zad. nr 30 cena nie mogła przekroczyć 296 050,00 zł netto, a wynosi 320 000,00.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, że określając górną granicę stosował ogólne podstawowe matematyczne zasady zaokrąglania liczb. Na tej podstawie przedstawił prawidłowy sposób oceny oferty. Na przykładzie zadania nr 1, w którym odwołujący wyliczył granicę na poziomie 2 960 500,00, co przy zaoferowanej cenie netto 2 995 000,00 miało świadczyć o przekroczeniu górnej granicy wartości, zamawiający wskazał, że górna granica wartości zostanie przekroczona przy kwocie 3 256 550,00. Wynika to z działania granicy funkcji *limens*. Zamawiający dokonał przeliczenia prawidłowego górnej granicy dla każdego z kwestionowanych zadań, które potwierdza, że cena oferty tej granicy nie przekroczyła (zad. nr 1 - 3 256 550,00, zad. nr 3 – 7 401 250,00, zad. nr 4 – 1 480 250,00, zad. nr 29 i 30 – 325 655,00).

W ocenie odwołującego, zaokrąglenie zastosowane dla ustalenia górnej granicy miało stanowić o modyfikacji oceny ofert.

Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż prezentowany sposób oceny ofert w zakresie określenia górnej granicy wartości dla poszczególnych zadań, nie miał uzasadnienia faktycznego w treści swz.

Należy wskazać, że odwołujący kwestionując zgodność oferty pod względem wymagania dotyczącego górnej granicy wartości poszczególnych zadań wskazanej przez zamawiającego, jako nieprzekraczalnej, przedstawił własny sposób ustalenia tej granicy, który nie został w żaden sposób opisany szczegółowo w swz. Jedyny opis dotyczący górnej granicy wyrażał się wartością określoną w swz w [%] oraz wskazaniem, że wykonawca nie może przekroczyć *górnej granicy wartości poszczególnego zadania (określonej w procentach w kol. nr 10) – w odniesieniu do całej wartości oferty.* W okolicznościach badanej sprawy, dla określenia, czy oferta nie przekracza górnej granicy wartości poszczególnych zadań znaczenie miała czynność poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej i jej konsekwencje matematyczne, tj. obniżenie wartości całej oferty. Niezmienne pozostawało wskazanie w swz poziomu wyznaczającego górną granicę wartości dla poszczególnych zadań ujętego liczbą wymierną podaną z dokładnością do jedności lub do części dziesiętnej. Co istotne, zamawiający w swz nie wskazał w jaki sposób ustalaną będzie na etapie badania ofert górna granica, w szczególności nie opisał zasad matematycznych, tak jak przykładowo opisuje się kryterium oceny ofert, którym jest cena. Miało to decydujące znaczenie dla rozpoznania podniesionych zarzutów, w których odwołujący prezentował odmienny sposób ustalenia granicy wartości poszczególnych zadań, przyjmując wskazaną w swz wartość wyrażoną w [%]. Odwołujący podsumowując stanowisko zamawiającego stwierdził, iż przyjęcie zasady zaokrągleń miało prowadzić do modyfikacji zasad oceny.

Odnosząc się do powyższego, skład orzekający uznał, iż nie było modyfikacją zasad oceny, przyjęcie reguł matematycznych w zakresie zaokrągleń. Nie można odmówić stosowania zasad powszechnie znanych, nawet jeżeli nie zostało to w swz wprost wskazane, a przede wszystkim nie zostało wprost wyłączone lub było niemożliwe na gruncie okoliczności danej sprawy. Mając również na uwadze cel, jakiemu służyło ustalenie górnej granicy wartości zadania, który stanowił pewien wyraz znaczenia poszczególnych zadań dla całości oferty, co nie było możliwe do określenia w swz konkretną wartością z dokładnością do 1 gr, tak jak oczekiwał zamawiający przy wskazaniu ceny, na etapie badania ofert wykonawcy musieli indywidualnie dokonać obliczenia górnej granicy. W niniejszej sprawie szczególne znaczenie ma okoliczność, iż dopiero po poprawieniu omyłki, co nastąpiło już po otwarciu ofert, możliwe było prawidłowe określenie wartości całkowitej oferty. Tym samym można mieć uzasadnione zastrzeżenie dla przyjęcia, że do przekroczenia górnej granicy wartości zadania miał doprowadzić wykonawca. Było to bowiem efektem następczych działań zamawiającego, na które wykonawca mógł tylko wyrazić zgodę. Jednocześnie nie miało to zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów.

Nie można mieć zastrzeżeń co do samej poprawności działania matematycznego, na podstawie, którego odwołujący dokonał ustalenia granicy wartości dla wskazanych zadań i podanych kwot liczbowych. Przede wszystkim zastrzeżenie budzi przyjęcie, jako jedynej wiążącej dla oceny ofert metody wyliczenia tej granicy, w której wartość maksymalna dla danego zadania została ustalona z pominięciem znaczenia, jakie miało wskazanie w swz wartości [%] określonej liczbą wymierną w zaokrągleniu bądź do jedności, bądź w zaokrągleniu do części dziesiętnej. Zasady zaokrągleń podniesione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie są stosowane powszechnie i nie zostały w swz opisane, co jednak nie wyklucza przyjęcia metody badania opisanej w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący na rozprawie zgłosił zastrzeżenie co do możliwości stosowania zaokrąglenia dla ustalenia górnej granicy wartości określonej procentowo, jako nieopisanych w swz, co dawałoby jasny obraz wszystkim wykonawcom.

W ocenie składu orzekającego na obecnym etapie postępowania nie można odmówić zamawiającemu prawa do dokonania badania w oparciu o wyliczenie górnej granicy zadania określonej w swz procentem, co do której nie było pytań, a zatem należy przyjąć, że nie budziła ona wątpliwości do czasu czynności badania złożonych ofert. Nie można również odmówić zasadności oceny, dla której zamawiający kierował się formułą zaokrągleń, która również ma uzasadnienie w sposobie opisu granicy – nie jest z nią sprzeczna. Skoro zamawiający określił górną wartość poszczególnego zadania liczbą wymierną w zaokrągleniu do jedności, np. 5, prawdziwym jest twierdzenie, iż każda wartość, która nie prowadzi do przekroczenia 5% (a nie 5,00%), wg zasad zaokrąglania, mieści się w górnej granicy. Analogicznie, w przypadku wartości określonej w zaokrągleniu do części dziesiętnej, dopiero z jej przekroczeniem można wiązać twierdzenie o naruszeniu górnej granicy. Zamawiający w jednakowy sposób przyjął sposób badania, co zostało przedstawione w odpowiedzi na odwołanie i rozwinięte na rozprawie w odniesieniu do każdego z zadań i nie budzi zastrzeżeń, co do poprawności, jak i zgodności z warunkami zamówienia. Należy przy tym zauważyć, iż różnice wskazane przez odwołującego również uzasadniają sposób badania przedstawiony przez zamawiającego. Nie mają one bowiem takiego poziomu, aby przy opisanych zasadach zaokrągleń do jedności możliwe było zaokrąglenie „w górę", np. do 6%, co przekraczałoby granicę 5%.

Ponieważ, swz nie zawierało szczegółowego opisu badania oferty pod kątem określonej w procentach górnej granicy wartości zadań, w ocenie składu orzekającego, naruszającym zasady uczciwej konkurencji byłoby przyjęcie tej metody badania, jaką przedstawił odwołujący. Tylko jasne i precyzyjne zapisy swz mogą stanowić podstawę do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Występująca w sprawie niejasność co do sposobu badania nie mogła stanowić podstawy odrzucenia oferty, w sytuacji gdy zamawiający przedstawił sposób oceny pozwalający ofertę uznać za zgodną z swz. Nie można również pominąć okoliczności, że różnice w stosunku do wyliczonej przez odwołującego granicy wartości były znikome, co przy stosowaniu zasady zaokrągleń w zasadzie prowadziło do odmiennej oceny oferty. Ponieważ zamawiający nie wprowadził tak jasnych zasad oceny, to nie było podstaw do odrzucenia oferty, co do której stosując metodę badania opartą na jasnych matematycznych regułach zaokrągleń można ustalić zgodność z oczekiwaniami zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).
Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł i oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w całości odwołującego.

Przewodnicząca:……..…..