Sygn. akt: KIO 2788/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Open Mind spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Myślibórz

Uczestnik po stronie Zamawiającego –wykonawca M&K Zakład Sieci Sanitarnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Open Mind spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 2788/24

UZASADNIENIE

Gmina Myślibórz (zwana dalej: „Zamawiającym") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp",na realizację zadania pn.: *„Przebudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej na terenie Miasta i Gminy Myślibórz*, numer referencyjny: ZP.271.24.2024.AWE. Zamówienie podzielone jest na 3 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20.06.2024 r., numer: 2024/BZP 00376739. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 5 sierpnia 2024 roku wykonawca Open Mind Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na:

- odrzuceniu oferty złożonej przez Open Mind Sp. z o.o. w częściach I i III pomimo, iż w stosunku do Open Mind Sp. z o.o. brak było podstaw odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp;
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty - w części I – M&K Zakład Sieci Sanitarnych Sp. z o.o. oraz w części III – Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „ARTEX" Sp. z o.o. pomimo, iż najkorzystniejszą ofertę, zgodnie z kryteriami oceny ofert, złożył wykonawca Open Mind Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Open Mind Sp. z o.o., podczas gdy w formularzu oferty wykonawca wskazał ceny liczbowo odpowiadające podanym kwotom podatku VAT zgodnie ze stawką wynoszącą 23% – co jednoznacznie pozwalało ustalić, która cena oferty jest właściwa (a więc jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy); w konsekwencji ceny w ofercie podane słownie winny być potraktowane jako omyłka pisarska lub ewentualnie inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodująca istotnych zmian w jej treści;
2) art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieprawidłowe przyjęcie, że

oferta wykonawcy złożona do każdej części zamówienia zawierała dwie ceny, a zamawiający nie był w stanie na podstawie danych zawartych w ofercie rozstrzygnąć samodzielnie, która z tych cen jest właściwa (a więc jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy);
ewentualnie z daleko idącej ostrożności, w przypadku uznania zarzutów nr 1 i 2 za bezzasadne:
3) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie do wyjaśnień dotyczących treści oferty wykonawcy Open Mind sp. z o.o. w zakresie dotyczącym cen, w sytuacji gdy ceny podane przez wykonawcę liczbowo oraz słownie były różne, lecz z innych elementów oferty, tj. podanych kwot podatku VAT wynikało jednoznacznie, iż ceny podane cyfrowo są prawidłowe, gdyż odpowiadają wysokości podanego przez wykonawcę podatku VAT;
4) art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i niepoprawienie omyłki pisarskiej w ofercie wykonawcy – Open Mind sp. z o.o. w zakresie dotyczącym cen oferty, w sytuacji, gdy ceny podane przez wykonawcę liczbowo oraz słownie były różne, lecz z innych elementów oferty, tj. podanych kwot podatku VAT wynikało jednoznacznie, iż ceny podane cyfrowo są prawidłowe, gdyż odpowiadają wysokości podanego przez wykonawcę podatku VAT;
ewentualnie z daleko idącej ostrożności, w przypadku uznania zarzutów nr 3 i 4 za bezzasadne:
5) art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i niepoprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w jej treści w zakresie dotyczącym cen oferty, w sytuacji, gdy ceny podane przez wykonawcę liczbowo oraz słownie były różne, lecz z innych elementów oferty, tj. podanych kwot podatku VAT wynikało jednoznacznie, iż ceny podane cyfrowo są prawidłowe, gdyż odpowiadają wysokości podanego przez wykonawcę podatku VAT.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Open Mind Sp. z o.o.,
2. unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
4. poprawienia oferty wykonawcy Open Mind sp. z o.o. na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp
oraz o:
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego złożoną do każdej części zamówienia. Jako uzasadnienie dokonanej czynności Zamawiający wskazał, że oferta Open Mind Sp. z o.o. złożona do każdej części zamówienia zawierała dwie ceny, a Zamawiający nie jest w stanie na podstawie danych zawartych w dokumentach zamówienia oraz w ofercie rozstrzygnąć samodzielnie, która z tych cen jest właściwa. Odwołujący przyznał, że istotnie omyłkowo podał inną cenę wyrażoną cyfrowo, a inną wyrażoną słownie.

Uzasadnienie zarzutu nr 1 oraz 2 (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp):

Odwołujący zwrócił uwagę, że wzór formularza ofertowego dla każdej części zamówienia zawierał dwie pozycje w zakresie określenia ceny – cenę wyrażoną numerycznie (za pomocą cyfr) oraz cenę określoną słownie stanowiącą odzwierciedlenie ceny zapisanej numerycznie. W formularzu ofertowym zamawiający zamieścił także pole do wskazania przez wykonawcę podatku VAT.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w złożonej ofercie dla każdej części zamówienia prawidłowo określił cenę przedstawioną za pomocą cyfr, natomiast omyłkowo błędnie określił cenę opisaną słownie. Podkreślił, iż określił również należny podatek VAT. W przypadku części I zamówienia kwota podatku VAT stanowiąca 23% ceny podanej brutto wynosi 1.252.845,53 zł, zaś cena brutto wynosi 6.700.00,00 zł. Podatek VAT od ceny wskazanej słownie wyniósłby 1.308.943,09 zł. Analogicznie w zakresie części III zamówienia - podatek VAT w kwocie 125 284,55 zł stanowi 23 % ceny brutto podanej numerycznie na kwotę 670.000zł.

Zdaniem Odwołującego, powyższe w sposób jednoznaczny przesądza, że złożył on wyłącznie jedno oświadczenie woli w zakresie złożonej oferty cenowej na każdą część zamówienia. Co więcej, do złożonej oferty załączony został wyłącznie jeden egzemplarz każdego z załączników. Gdyby zaś zamierzał złożyć po dwie oferty cenowe dla każdej części, złożyłby w takim przypadku dwa egzemplarze oferty z załącznikami wymaganymi w SWZ. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 75/18.

Odwołujący podkreślił też, że odrzucenie oferty na podstawie jej niezgodności z ustawą następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w przepisach Pzp, a nie jakichkolwiek innych ustaw. Przepisy odrębnych ustaw mogą stanowić o nieważności oferty, co jest wypełnieniem przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, że oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi oświadczenie woli wykonawcy o określonej treści. Zgodnie z normą zawartą w przepisie art. 65 § 1 k.c., oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Podstawową dyrektywą wykładni oświadczenia woli jest przypisanie oświadczeniu sensu, jaki z treścią komunikatu wiązać mógł potencjalny, racjonalny odbiorca.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca, składając oświadczenie woli w zakresie ceny wyrażonej za pomocą cyfr i wyliczając na tej podstawie prawidłowo należny podatek VAT, omyłkowo błędnie opisał cenę słownie. Jednocześnie nie zgodził się z tezą przyjętą przez Zamawiającego, że wykonawca złożył dwie odrębne oferty cenowe dla każdej części zamówienia.

Odwołujący podkreślił także, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie tylko miał możliwość, ale i obowiązek dokonania wykładni złożonej przez wykonawcę oferty, od którego nie mógł się uchylić z powołaniem na źle rozumiany formalizm postępowania, tym bardziej, że żadne obowiązujące przepisy nie nakazują nie nakazują określenia ceny w ofercie również słownie. Odwołujący zauważył, iż brak jest ustawowej reguły kolizyjnej określającej sposób postępowania w przypadku, gdy cena podana numerycznie i słownie się różni.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował normę zawartą przepisie art. 226 ust. 3 Pzp dokonując odrzucenia oferty Open Mind sp. z o.o., a jednocześnie zbyt dużą wagę przyznał formalizmowi postępowania, nie dostrzegając, że rozbieżność pomiędzy wskazanymi na formularzu ofertowym cenami brutto może być rozstrzygnięta już w drodze zastosowania art. 65 § 1 k.c. lub ewentualnie art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 3 i 4 (naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp oraz 223 ust. 2 pkt 1 Pzp):

W pierwszej kolejności Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe zarzuty zostały postawione z ostrożności procesowej – na wypadek uznania zarzutów nr 1 i 2 za nieuzasadnione.

Dalej Odwołujący wskazał, że 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. Celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 Pzp oznacza, że Zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. Negatywna ocena wyjaśnień prowadzi do negatywnych dla wykonawców konsekwencji, dlatego Zamawiający przy ich ocenie powinien wykazać się należytą starannością.

Następnie Odwołujący stwierdził, że skoro, wykonawca w ofercie wskazał różne oferty cenowe w zakresie poszczególnych części jednego zamówienia, a Zamawiający uznał, że do rozstrzygnięcia tej wątpliwości nie wystarcza powołanie się na art. 65 § 1 k.c., kwestia ta wymagała dalszej analizy i wyjaśnienia. Było to tym bardziej konieczne, że wskazana przez wykonawcę kwota VAT korespondowała ze stawką ceny brutto opisaną za pomocą cyfr. Zdaniem Odwołującego, postawiona przez Zamawiającego teza, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnień prowadziłoby do możliwości wyboru wersji korzystniejszej dla wykonawcy, w stanie faktycznym niniejszego postępowania nie znajduje więc uzasadnienia. Podkreślił, iż jego oferta była najkorzystniejsza w postaci zapisanej cyfrowo, jednakże wartość ta była ściśle związana z wartością podatku VAT. Według Odwołującego, nie miałby on możliwości dowolnego wyboru wariantu korzystniejszego, albowiem z pozostałych elementów oferty możliwe było wyinterpretowanie prawidłowej intencji wykonawcy. Wezwanie go do wyjaśnień nie mogłoby więc prowadzić do zmiany oferty, ale do jej doprecyzowania i wyjaśnienia niejasności.

Odwołujący dodał, że w przypadku zastosowania przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 Pzp wykonawca nie miałby możliwości wyjaśnienia, iż w istocie cenami, które zaoferował, są ceny brutto wyrażone słownie. W takim wypadku bowiem oferta wykonawcy musiałaby zostać odrzucona ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że uprawnieniem Zamawiającego jest również możliwość poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, która dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd

zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie wykonawcy w żaden sposób nie doprowadzi do zmiany oferty. W takim przypadku bowiem byłaby to czynność wyłącznie o charakterze technicznym, nie zaś merytorycznym. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 5 (naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp):

Na wstępie Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotowy zarzut został przedstawiony z ostrożności procesowej – na wypadek uznania zarzutów nr 1-4 za nieuzasadnione.

Odwołujący uzasadniając powyższy zarzut podnosił, że Zamawiający miał możliwość samodzielnej korekty oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie typowych działań arytmetycznych poprzez przeliczenie kwoty oferty brutto i kwoty podatku VAT. Odwołujący zauważył, że poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze - niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli, a po drugie - poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu zawartym w informacjach o wyborze oferty najkorzystniejszej brak jest wykazania celowości działania, a poprawienie niezgodności w żaden sposób nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty i prowadziłoby jedynie do doprecyzowania kwoty ceny brutto.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił jak we wstępie.

W dniu 14 sierpnia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie na realizację zadania pn.: *„Przebudowa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej na terenie Miasta i Gminy Myślibórz”,* w podziale na 3 części:

a) przedmiotem zamówienia w Części I jest Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z przebudową infrastruktury drogowej drogi gminnej ul. Daszyńskiego w m. Myślibórz;
b) przedmiotem zamówienia w Części II jest Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Wierzbnica i Wierzbówek;
c) przedmiotem zamówienia w Części III jest Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Renice.

Odwołujący złożył ofertę na wszystkie trzy Części zamówienia wskazując, iż:

Część I - Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z przebudową infrastruktury drogowej drogi gminnej ul. Daszyńskiego w m. Myślibórz

Oferuję wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w specyfikacji warunków zamówienia za cenę brutto:

6 700 000,00 (słownie: siedem milionów złotych 00/100)

w tym podatek VAT wg obowiązującej stawki (23%) – 1 252 845,53 zł

(…)

Część II - Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Wierzbnica i Wierzbówek

Oferuję wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w specyfikacji warunków zamówienia za cenę brutto:

3 700 000,00 (słownie: cztery miliony złotych 00/100)

w tym podatek VAT wg obowiązującej stawki (23%) – 691 869,92 zł

(…)

Część III - Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Renice

Oferuję wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w specyfikacji warunków zamówienia za cenę brutto:

670 000,00 (słownie: siedemset tysięcy złotych 00/100)

w tym podatek VAT wg obowiązującej stawki (23%) – 125 284,55 zł

(…)

Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2024 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w Części I na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, podając następujące uzasadnienie faktyczne:

„Wykonawca OPEN MIND Sp. z o. o., ul. Małkowskiego 30/1, 70-304 Szczecin złożył ofertę na Część I postępowania Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z przebudową infrastruktury drogowej drogi gminnej ul. Daszyńskiego w m. Myślibórz. Oferta zawiera cenę: 6 700 000,00 zł (słownie: siedem milionów złotych 00/100) w tym podatek VAT wg obowiązującej stawki (23%) 1 252 845,53 zł.

W odniesieniu do części I postępowania Wykonawca podał inną cenę wyrażoną liczbową, a inną słownie.

Oferta OPEN MIND Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością zawiera dwie ceny, a Zamawiający nie jest w stanie na podstawie danych zawartych w dokumentach zamówienia oraz w ofercie rozstrzygnąć samodzielnie, która z tych cen jest właściwa. Do oferty nie zostały dodane żadne elementy rozliczeniowe, ani dane z których mogłaby wynikać rzeczywista cena, oferowana przez Wykonawcę, a dokumenty zamówienia nie rozstrzygają takiej rozbieżności. Zamawiający nie ma możliwości wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. I Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 1 czerwca 2021 r., KIO 1040/21, orzekając w postępowaniu, w którym Wykonawca wpisał inną cenę liczbowo, a inną słownie, a Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia zaistniałej rozbieżności, a w konsekwencji wskazania która z podanych przez niego cen w formularzu ofertowym jest wiążącą - jest ceną jego oferty, oceniła tą sytuację jako niedopuszczalną. Nawet gdyby uznać, że z uwagi na okoliczność, że ofertę złożono na jednym formularzu ofertowym, zatem jest to jedna oferta to złożono ofertę wariantową - z różnymi cenami. W ten sposób Wykonawca, wezwany do wyjaśnienia treści ofert miałby możliwość dokonania wyboru jednej z cen zawartych w formularzu ofertowym po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami innych Wykonawców. To z kolei narusza podstawową zasadę udzielania zamówienia publicznego opisaną w art. 16 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy Wykonawca ma możliwość wyboru ceny po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami innych Wykonawców, zdecydowanie stanowi to naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców, gdyż stawia jednego z Wykonawców w pozycji uprzywilejowanej, innej i znacznie korzystniejszej niż innych Wykonawców. Nie bez znaczenia jest fakt, że przyjmując kwoty podane przez Wykonawcę liczbowo, oferta tego Wykonawcy jest najkorzystniejsza w części I postępowania. Biorąc pod uwagę ceny wpisane słownie, sytuacja w rankingu ofert ulega jednak zmianie i Wykonawca nie uzyskuje zamówienia. Skoro w opisanym przypadku wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia treści ofert nie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, to pozostaje odpowiedź na pytanie czy w złożonej ofercie Zamawiającemu wolno poprawić samodzielnie ceny, podane przez Wykonawcę.

W przytoczonym wyżej wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza:

„Z treści oferty nie wynikały żadne dane, które pozwoliłyby na uznanie, że z całą pewnością doszło do omyłki, która mogłaby zostać poprawiona, ani też dane pozwalające na jednoznaczne ustalenie, która z cen jest ceną prawidłową".

W ofercie Wykonawcy w części I postępowania podane zostały kwoty podatku VAT, zawierające się w podanych liczbowo cenach brutto. Rozpatrzeniu podlega więc możliwość dokonania poprawy omyłki w złożonych ofertach na podstawie kwot podatku VAT. Sprawy nie rozstrzyga wartość kwotowa podatku VAT, podana w części I postępowania, gdyż w formularzu ofertowym nie zostały podane wartości netto. Zamawiający nie ma pewności co do tego, jak obliczyć wartości netto w ofercie. Może się bowiem okazać, że zgodnie z intencją Wykonawcy, właściwe są ceny podane słownie, a wysokość kwot podatku VAT została niewłaściwie obliczona. Inaczej sytuacja by wyglądała, gdyby w formularzu ofertowym Wykonawca miał podać wartość netto, VAT i cenę brutto. Wówczas, gdyby w sposób ewidentny cena wpisana liczbowo była wynikiem działania matematycznego, polegającego na dodaniu do wartości netto kwoty podatku VAT, to można byłoby tą sytuację rozpatrywać pod kątem omyłki podlegającej poprawieniu. W zaistniałym przypadku jednak, w kontekście braku wartości netto podanej przez Wykonawcę, samodzielne obliczanie tej wartości przez Zamawiającego i dopasowywanie jej do kwoty podanej liczbowo jest zabiegiem wykraczającym poza dozwolone przepisami ustawy Pzp poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 218 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. W przedmiotowym postępowaniu, doszło do złożenia przez Wykonawcę dwóch oświadczeń woli - bowiem zaoferowano dwie różne ceny za realizację zamówienia. W świetle powyższego, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Także pismem z dnia 31 lipca 2024 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty

Odwołującego w Części III na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, podając analogiczne jak powyżej uzasadnienie faktyczne, z tym, że z przywołaniem wartości zaoferowanych przez Odwołującego w odniesieniu do Części III.

Wobec powyższych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2024 roku Zamawiający przekazał informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego Postępowania.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2024 roku wykonawca M&K Zakład Sieci Sanitarnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. Wykonawcy jest skuteczne, zgodne z dyspozycją art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie należało oddalić.

Na wstępie Izba przytoczy brzmienie przepisów powołanych przez Odwołującego w ramach podstaw prawnych podnoszonych zarzutów.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Stosownie do art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Natomiast przepis art. 223 ust. 1 Pzp oraz ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp stanowi, iż:
1. 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. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
2. Zamawiający poprawia w ofercie:
1) oczywiste omyłki pisarskie,
(…)
3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przechodząc na grunt sprawy, będącej przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia, stwierdzić należy, że Zamawiający prawidłowo ustalił, że wykonawca Open Mind sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie we wszystkich (trzech) Częściach postępowania podał dwie całkiem odmienne ceny – inna została wskazana cena brutto oferty wyrażona liczbowo, a inna została wskazana cena brutto oferty wyrażona słownie. Tym samym prawidłowo Zamawiający uznał, że oferta zawiera dla każdej z Części dwie różne ceny, przy czym nie jest on w stanie samodzielnie na podstawie danych zawartych w ofercie ustalić, która z tych cen jest ceną właściwą. Jedyna dodatkowa wartość jaka została wskazana w ofercie to wartość podatku VAT wyrażona liczbowo. Ponadto została wskazana stawka podatku VAT (23%).

W ocenie Izby wartość podatku VAT, bez jakichkolwiek innych dodatkowych danych wynikających z oferty, nie może przesądzać o tym, która z cen brutto jest właściwa. Nie wiadomo bowiem, która z cen wskazanych – zgodnie z intencją Wykonawcy miała być zaoferowana - a zatem nie sposób przesądzić, czy w sposób właściwy został obliczony podatek VAT. Dodatkowo należy nadmienić, że wartość podatku VAT została podana jedynie liczbowo. Tym samym, wykładnia oświadczenia woli, o której mowa w art. 65 § 1 ustawy Kodeks cywilny, nie da podstaw do ustalenia, które z oświadczeń Wykonawcy w zakresie oferowanej ceny należy uznać za właściwe.

Zauważyć również należy, że ceny wskazane przez Wykonawcę w ofercie dla każdej z Części – jak słusznie zauważył Zamawiający - są to dwie zupełnie niekompatybilne wartości. Nie sposób zatem wywodzić, że miała tu miejsce oczywista omyłka pisarska. Przymiot „oczywistości" omyłki oznacza, że ta omyłka (o której mowa w 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) musi być widoczna niejako „na pierwszy rzut oka". W niniejszym stanie faktycznym brak podstaw do potraktowania zaistniałego błędu (rozumianego jako przedstawienie dwóch odmiennych cen oferty brutto) jako oczywistej omyłki pisarskiej. Nie ma też jakichkolwiek podstaw do potraktowania takiego błędu jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej przy tym istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący bowiem nie wykazał na czym miałaby polegać rzeczona niezgodność oferty z dokumentami zamówienia w tym zakresie. Nadto, brak było podstaw do zastosowania procedury wyjaśniającej w tym zakresie, opisanej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to de facto do negocjacji, niedopuszczalnych na gruncie powołanego przepisu.

Wobec powyższego należy uznać, że Wykonawca odwołujący się nie złożył prawidłowej oferty, albowiem cena oferty nie została określona w sposób jednoznaczny. Nie ma zaś żadnych podstaw ku temu, aby przyjąć, że jedna z dwóch wskazanych cen brutto, jest ceną właściwą, którą chciał zaoferować Wykonawca.

Rację też ma Zamawiający, że podmioty startujące w przetargu są profesjonalistami, wobec których stosowany jest miernik podwyższonej staranności. Jednakże istotą jest to, że nie da się wywieść – ponad wszelką wątpliwość - na podstawie danych zawartych w ofercie, czy innych dokumentów złożonych przez Wykonawcę, jaka była rzeczywista wola Wykonawcy odnośnie zaoferowania ceny brutto. Taką daną nie może być wyłącznie wartość podatku VAT (bez jakichkolwiek innych danych), który jest obliczany właśnie od ceny. W pierwszej bowiem kolejności należałoby ustalić jaka była rzeczywista cena oferty, by móc stwierdzić, że ten podatek został obliczony w sposób prawidłowy.

W toku postępowania odwoławczego Odwołujący wyjaśnił mechanizm powstania przedmiotowego błędu wskazując, że we wszystkich Częściach zamówienia jego pierwotnym zamiarem było zaoferowanie cen brutto, które zostały określone słownie. Natomiast tuż przed złożeniem ofert, zmienił decyzję i postanowił zaoferować ceny w każdej z Części mniejsze o kwotę 300 000 zł, co znalazło odzwierciedlenie w cenach brutto wskazanych liczbowo oraz w wartości podatku VAT. Niemniej jednak nawet ta argumentacja nie jest wiarygodna. Nie wykluczone jest przecież, że kolejność była odwrotna i w pierwszej kolejności Wykonawca miał zamiar zaoferowania cen wyrażonych liczbowo i określił od tych cen wartość podatku VAT, a następnie zmienił decyzję i ostatecznie zaoferował ceny, które w ofercie zostały wyrażone słownie. Powyższa argumentacja potwierdza tylko to, że Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby samodzielnie, czy też nawet z zastosowaniem procedury wyjaśniającej, do stwierdzenia, która z podanych cen jest właściwa.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący złożył dwie oferty w tym Postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600,00 złotych.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 uiszczoną

przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Izba nie zasądziła kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Zamawiającego, z uwagi na brak przedłożenia spisu kosztów potwierdzającego ich poniesienie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..