Sygn. akt: KIO 3671/23

WYROK
z dnia 22 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2023 r. przez wykonawcę EL-PRZEM sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dąbiuw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Białystok

przy udziale wykonawcy MM2021 sp. z o.o. z siedzibą w Koźminie Wielkopolskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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.

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 2023 r. poz. 1605, 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.

Przewodnicząca:

……

Sygn. akt: KIO 3671/23

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

Zamawiający Miasto Białystok (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa i montaż zielonych wiat przystankowych do zadania z Budżetu Obywatelskiego 2023 „Zielone przystanki Białostockiej Komunikacji Miejskiej" wraz z pielęgnacją posadzonych roślin". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 października 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00448813.

I. W dniu 5 grudnia 2023 r. wykonawca EL-PRZEM sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dąbiu (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty MM2021 sp. z o.o. z siedzibą w Koźminie Wielkopolskim (dalej: „wykonawca MM2021") oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.; dalej jako „ustawa Pzp"):

1. art. 226 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 16 pkt 1-2 ustawy Pzp, na skutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MM2021 jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
2. art. 242 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez dokonanie wskazania do wyniku postępowania oferty, która nie jest najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także:
3. nakazanie Zamawiającemu:

a) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
b) odrzucenia oferty wykonawcy MM2021,
c) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał m.in.:

„Wykonawca MM2021 Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 1A, 63 – 720 Koźmin Wielkopolski, przedstawił w ofercie obliczenia kwot netto i brutto, gdzie kwota netto po uwzględnieniu podatku 23% VAT uzyskuje kwotę brutto. Przykład: Poz. 1. 67 050,83 zł /netto/+ 23%VAT = 82 472,52 zł /brutto/

Po uwzględnieniu wszystkich pozycji wartość wykonania „Etapu II" wynosi 378 286,15 zł /brutto/. Stąd, podnoszona oferta w owym postępowaniu nie należy do ofert najkorzystniejszych spośród ofert nie podlegających odrzuceniu oraz ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych, gdyż zsumowanie całego wynagrodzenia wykonawcy wynosi: 477 473,35 zł /brutto/.

W konsekwencji – Zamawiający naruszył fundamentalną zasadę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, gdyż w podnoszonej ofercie przyjął dwie sumy brutto dot. etapu pierwszego i trzeciego oraz jedną sumę netto dot. etapu drugiego.

Zadziwiającym jest fakt, że Wykonawca MM2021 Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 1A, 63-720 Koźmin Wielkopolski, nie wniósł zastrzeżeń co do obniżenia sumy oferty, tym samym obniżenia swojego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia co stanowi kwotę 70 736,43 zł /brutto/ tj. 14,81%."

II. Pismem wniesionym w dniu 21 grudnia 2023 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 MM2021.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że wykonawca MM2021 w ramach złożonej oferty zaoferował następujące wynagrodzenie za realizację Etapu II oraz Etapu III:

Lp	Wyszczególnienie	Ilość	Cena jednostkowa	Wartość brutto (kol. 3x kol. 4)
1	2	3	4	5
1.	Dostawa i montaż wiaty przystankowej dla lokalizacji: przystanek nr 995 Pl. Jana Pawła II/Katedra	1 szt.	67050,83 zł	82472,52 zł
2.	Dostawa i montaż wiaty przystankowej dla lokalizacji: przystanek nr 304 Al. J. Piłsudskiego Pałacowa	1 szt	87883,03zł	108096,13 zł
3.	Dostawa i montaż wiaty przystankowej dla lokalizacji: przystanek nr 525 Wie•ska / Pogodna	1 szt.	69057,93 zł	84941,25 zł
4.	Dostawa i montaż wiaty przystankowej dla lokalizacji: przystanek nr 589 Zwierz iecka / Swierkowa	I szt.	69057,93 zł	84941,25 zł
5.	Zaprojektowanie i wykonanie przyłącza elektrycznego do wiaty- przystanku nr 589 Zwi iecka/Swierkowa	1 szt	14500,00 zł	17835,00 zł
			Razem (EII):	378286,15 zł

Lp	Wyszczególnienie	Ilość wiat rz stanko ch	Ilość miesi c	Wartość brutto (kol. 2 x kol. 3 x kol. 4)
	2	3	4	5
1.	miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe za pielęgnację posadzonych roślin na 1 szt. wiaty przystankowej w wysokości 1758,90 zł brutto	4 szt.	12 m-cy	84427,20 zł
			Razem (Em):	477473,35 zł

Pismem z dnia 6 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił o poprawieniu w ww. ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W odniesieniu do tabeli zawierającej wynagrodzenie za Etap II Zamawiający stwierdził nieprawidłowe wyliczenie wartości brutto (kol. 5) w wierszach 1- 5. Zamawiający wskazał, że wartość brutto w każdym z ww. wierszy stanowi iloczyn przewidywanej ilości (kol. 3) i ceny jednostkowej (kol. 4). Zamawiający dokonał poprawienia stwierdzonych omyłek rachunkowych w ten sposób, że w kolumnie 5 w wierszach 1 – 5 wpisał te same wartości co wskazane w tych wierszach w kolumnie 4. Łączna wartość wynagrodzenia brutto za ten etap wyniosła 307549,72 zł. Ponadto, Zamawiający stwierdził również konieczność

poprawienia oczywistej omyłki w zakresie wynagrodzenia za Etap III – Zamawiający stwierdził nieprawidłowe wyliczenie wartości brutto Razem (EIII). W związku z tym Zamawiający poprawił stwierdzoną omyłkę rachunkową wpisując jako łączną wartość brutto kwotę 84427,20 zł. W konsekwencji powyższego, Zamawiający dokonał poprawienia całkowitej ceny brutto za realizację zamówienia z kwoty 477473,35 zł na kwotę 406 736,92 zł.

Pismem z dnia 30 listopada 2023 r. Zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy MM2021 jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Po pierwsze, należy stwierdzić, że zarzuty podnoszone przez odwołujących powinny być odpowiednio skonstruowane - zawierać podstawę prawną oraz podstawę faktyczną. Natomiast z przedstawionych przez Odwołującego okoliczności trudno wywieść na czym polega zarzucane Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa. Jednocześnie należy zauważyć, że Odwołujący postawił zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1-2 ustawy Pzp „na skutek zaniechania odrzucenia oferty: MM2021 sp. z o.o. ul. Przemysłowa 1A, 63 – 720Koźmin Wielkopolski jako niezgodnej z warunkami zamówienia". Nie wiadomo, czy w zakresie wskazanej podstawy prawnej (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) doszło do omyłki pisarskiej. Na okoliczność zaistnienia omyłki Odwołujący nie wskazał w toku postępowania odwoławczego. Niemniej jednak, niezależnie od tego, czy zamiarem Odwołującego było zarzucenie Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 czy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że przedstawione przez Odwołującego okoliczności nie wyjaśniają dlaczego oferta wykonawcy MM2021 miałaby zostać złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub miałaby być niezgodna z warunkami zamówienia.

Po drugie, w odwołaniu Odwołujący stwierdził: „W konsekwencji – Zamawiający naruszył fundamentalną zasadę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, gdyż w podnoszonej ofercie przyjął dwie sumy brutto dot. etapu pierwszego i trzeciego oraz jedną sumę netto dot. etapu drugiego." Natomiast jak wynika z ustalonych przez Izbę okoliczności Zamawiający uwzględnił w przypadku oferty wykonawcy MM2021 sp. z o.o. wyłącznie kwoty brutto. Istotnie, z treści formularza ofertowego ww. wykonawcy wynika, że w przypadku wynagrodzenia za Etap II wykonawca ten podał zarówno kwoty netto jak i kwoty brutto. Jednakże, przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w toku czynności badania i oceny ofert, Zamawiający dokonał poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie tego wykonawcy. Skutkowało to tym, że formularz ofertowy ww. wykonawcy w zakresie wynagrodzenia za Etap II zawierał (zgodnie z dokonaną przez Zamawiającego czynnością) wyłącznie kwoty brutto, a oferta wykonawcy MM2021 zawierała najniższą cenę i w konsekwencji największą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Odrębną kwestią jest natomiast to, czy Zamawiający w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp dokonał czynności poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy MM2021. Czynność ta nie mogła jednak podlegać ocenie Izby, albowiem Odwołujący nie postawił żadnego zarzutu dotyczącego tej czynności. Natomiast zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Przewodnicząca: **……....**