Sygn. akt: KIO 1418/19

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez Odwołującego: AVR Spółka Akcyjna z siedzibą Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie

przy udziale wykonawcy: Zakład Transportu i Budowy Dróg B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych w związku z poprawieniem omyłek w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 14 i Zamawiającego w części 1/2 , i:

3.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 250 zł 20 gr (słownie: dwieście pięćdziesiąt złotych dwadzieścia groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.875 zł 10 gr (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt pięć złotych dziesięć groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1418/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie („Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Bieżące utrzymanie drogi ekspresowej S17 na odcinku od granicy województwa mazowieckiego i lubelskiego do węzła Kurów Zachód (bez węzła) i drogi krajowej nr 48 („Postępowanie"). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 czerwca 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 559177-N-2019.

I. W dniu 22 lipca 2019 r. Odwołujący - AVR Spółka Akcyjna z siedzibą Krakowie („Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu polegające na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu (dalej zwany także jako „Wykonawca ZTiBD B.") pomimo, iż wybór ten narusza przepisy ustawy Pzp,

- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy ZTiBD B. pomimo, iż wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę - z uwagi na ich zawartość i formę - winny skutkować taką właśnie czynnością Zamawiającego,

- dokonaniu poprawienia w ofercie Wykonawcy ZTiBD B. omyłek mimo, iż te jako „istotne" nie kwalifikowały się do zostawania procedury przewidzianej w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ") i jej wyborem jako najkorzystniejszej,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedochowanie przez

Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty Wykonawcy ZTiBD B., który to wybór zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

- art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ZTiBD B. za wystarczające i „obalające" podejrzenie „rażąco niskiej ceny" złożonej oferty, a w

konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji gdy ten swoimi wyjaśnieniami nie rozwiał wątpliwości Zamawiającego w zakresie ceny oferty i nie pozbawił jej przymiotu „rażąco niskiej",

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i dokonanie przez Zamawiającego w ofercie Wykonawcy ZTiBD B. poprawy omyłek pomimo, iż nie spełnione zostały łącznie przesłanki art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co skutkowało tym, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej,

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZTiBD B., dokonania ponownego badania i oceny ofert,

odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. z uwagi na okoliczności, o których mowa w odwołaniu a więc: niezłożenie wyjaśnień w zakresie „rażąco niskiej ceny oferty" oraz niezgodność oferty z SIWZ

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

Odwołujący wskazał, iż ocena wyjaśnień złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia winna być dokonywana przez pryzmat treści skierowanego do wykonawcy wezwania i przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Skoro Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy ZTiBD B. o wyjaśnienie „cen podanych w kosztorysie ofertowym" to wymagał wyjaśnienia ich wszystkich, a nie tylko niektórych i to tych wybranych przez wykonawcę. Zamawiający żądał dla uwiarygodnienia złożonych wyjaśnień przedstawienia i wykazania „obiektywnych czynników" dostępnych wykonawcy, które wpłynęły lub mogły wpłynąć na możliwość obniżenia przez wykonawcę ceny. Innym wymaganym przez Zamawiającego elementem wyjaśnień miały być czynniki cenotwórcze, w tym koszty pracownicze, praca sprzętu, koszty materiałowe, narzuty, marża wykonawcy, indywidualny charakter zamówienia. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w treści wezwania przesądził, powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, iż w przypadku braku żądanych elementów wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzoryczny i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ZTiBD B. Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

a) Wykonawca ZTiBD B. pominął i nie wyjaśnił elementów, jakie wziął pod uwagę przy kalkulacji cen podanych w kosztorysie ofertowym (wszystkich pozycji) - nie odniesiono się do znaczącej większości pozycji „Kosztorysu ofertowego", czy chociażby jego grup, poprzestając tylko na wyjaśnieniu pozycji: „Utrzymanie czystości na MOP" i „Patrolowanie autostrady", mimo iż wyjaśnienia miały dotyczyć wszystkich „cen jednostkowych" z „Kosztorysu ofertowego". Ponadto wyjaśniając „utrzymanie czystości na MOP-ach" Wykonawca ZTiBD B. wskazał, że dysponuje „usługą firmy na rynku lokalnym" bez wskazania nazwy podmiotu i dowodu w postaci oferty wraz z ceną;

b) Wykonawca ZTiBD B. do złożonych wyjaśnień nie przedłożył żadnych dowodów uwiarygadniających składane wyjaśnienia, choć tych Zamawiający oczekiwał - za dowody nie mogą zostać uznane załączone do wyjaśnień „kalkulacje indywidualne, które stanowią pewną projekcję wykonawcy i nie zostały podpisane przez osobę upoważnioną. Ponadto do kalkulacji nie załączono dowodów, które uwiarygodniłyby zawarte w nich wyliczenia, a także nie złożono ww. umowy na „utrzymanie czystości na MOP-ach";

c) Wykonawca ZTiBD B. nie wskazał żadnych „obiektywnych czynników", które miały wpływ na kalkulacje ceny oferty, a były dostępne tylko temu wykonawcy - okoliczności, na które powołał się wykonawca B. cechuje bardzo wysoki poziom ogółu, który nie pozwala na wskazanie w jaki sposób przyczyniły się one do obniżenia ceny jego oferty, a ponadto każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniach dysponuje identycznymi „czynnikami";

d) Nie przedstawiono w wyjaśnieniach - wbrew żądaniu Zamawiającego - „czynników cenotwórczych, wpływających na cenę oferty, w tym kosztów pracowniczych, pracy sprzętu, kosztów materiałowych, narzutów, marż Wykonawcy, indywidualnego charakteru zamówienia" - Zamawiający wskazał wprost w wezwaniu, iż ich brak będzie skutkował uznaniem wyjaśnień za iluzoryczne;

e) Treść wyjaśnień ma charakter ogólny, abstrakcyjny, co w konsekwencji skutkuje tym, iż takowe wyjaśnienia traktowane są tak jakby wyjaśnienia nie zostały w ogóle złożone ze skutkiem przewidzianym w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do powszechnie obowiązującej linii orzeczniczej KIO wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których podane są jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami żądanymi przez Zamawiającego, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.

f) Załączone do wyjaśnień „kalkulacje indywidualne" nie tylko nie zostały podpisane przez osobę upoważnioną, ale przez kogokolwiek (podpisem nie jest komputerowy nadruk „Grzegorz Filip"). Nie można traktować tych „wyliczeń" jako dowodu.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z poprawieniem omyłek w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

Odwołujący wskazał, iż Wykonawca ZTiBD B. podał błędne ilości jednostek w pozycjach: 87, 88, 94, 102, 107 i 108 „Kosztorysu ofertowego", a ponadto w pozycji 94 zaoferował usługę na innej długości odcinka drogi niż oczekiwał Zamawiający przez okres dłuższy niż oczekiwany przez Zamawiającego, nie uwzględniając zmian SIWZ z 18 czerwca 2019 r. Poprawienie omyłki skutkowało zmianą ceny oferty Wykonawcy ZTiBD B. z 683.191,20 złotych brutto na 636.822,66 złotych brutto. Zmniejszenie ceny o 46.268,54 złotych brutto jest zmianą istotną, albowiem wartość, o którą zmianie uległa cena złożonej oferty stanowi 6,79%. Cenę za prace w ramach grupy „Utrzymanie korpusu, odwodnienia drogi, chodników" (pozycje 102, 107 i 108) zmniejszono o 23,9%, cenę za prace wskazane w pozycji 87 o 80%, a w pozycji 88 o 50%. Jednocześnie wartość korekty ceny Wykonawcy ZTiBD B. przewyższa łączną wartość wadium i należytego zabezpieczenia wykonania umowy. W pozycji 94 Wykonawca ZTiBD B. zaproponował dłuższy od oczekiwanego okres realizacji zamówienia (175 dni zamiast 164), co może oznaczać, iż przewidział i skalkulował ofertę na okres o 11 dni dłuższy niż oczekiwał tego Zamawiający. Ponadto w ww. pozycji (94) Wykonawca ZTiBD B. zaoferował realizację usługi na innym niż oczekiwał Zamawiający odcinku drogi. Fakt, że jest to odcinek dłuższy niż zakładał Zamawiający w SIWZ, oraz że Wykonawca przyjął dłuższy okres jego patrolowania niż określił to w SIWZ Zamawiający nie oznacza, iż cena jednostkowa z „Kosztorysu ofertowego" winna być automatycznie utrzymana. Zamawiający pominął bowiem fakt, iż długość odcinka podlegającego utrzymaniu oraz okres świadczenia usługi niewątpliwie wpływają na cenę jednostkową.

II. Pismem z dnia 2 sierpnia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Uzasadniając zajęte w sprawie stanowisko wskazał w szczególności, co następuje:

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w treści uzasadnienia w żaden sposób nie wykazał, iż Zamawiający dokonując analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny błędnie uznał, że oferta Wykonawcy ZTiBD B. zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż w treści uzasadnienia brak jest jakichkolwiek odniesień do treści oferty tego wykonawcy, które uzasadniałyby zasadność stawianego zarzutu, przez co należy uznać, iż Odwołujący dokonał jedynie pobieżnej, wyrywkowej oceny wyjaśnień. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego należy uznać, iż Odwołujący nie sprostał ciążącemu na nim obowiązku udowodnienia twierdzeń zawartych w odwołaniu. Odwołujący w treści uzasadnienia poprzestaje na ogólnikowym kwestionowaniu wyjaśnień, nie negując przy tym wyliczeń Wykonawcy ZTiBD B. dotyczących założonych kosztów oraz zysku, co czyni odwołanie bezpodstawnym. Ponadto Odwołujący, zarzucając brak dowodów załączonych do wyjaśnień, sam nie przedstawia dowodów, które potwierdzałyby, iż koszt wykonania przedmiotowego zamówienia jest wyższy niż ten wskazany w ofercie Wykonawcy ZTiBD B.. Świadome unikanie przez Odwołującego odnoszenia się merytorycznie do ceny oferty Wykonawcy ZTiBD B. wynika zapewne ze świadomości zapisów ust. 6 § 2 Tomu II SIWZ stanowiącego, iż „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecania prac w mniejszym zakresie niż to wynika z postanowień umowy bądź wyłączenia niektórych odcinków dróg wymienionych w załączniku nr 1 do OPZ, a Wykonawca nie będzie wnosił z tego tytułu żadnych roszczeń, w szczególności roszczeń o utracone korzyści.", który utrudnia skalkulowanie przewidywanego zysku w sytuacji gdy Zamawiający określił rozliczenie przedmiotowego zamówienia w sposób kosztorysowy. W związku z ogólnym charakterem wezwania Zamawiającego, wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków swoich wyjaśnień, które sporządził w zakresie jaki uznał za wystarczający do odpowiedzi na zadane pytanie.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z poprawieniem omyłek w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

W ocenie Zamawiającego odrzucenie oferty Wykonawcy ZTiBD B. stanowiłoby naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż ten przepis mówi o obowiązku zamawiającego poprawienia niezgodności oferty z SIWZ, jeśli ta niezgodność ma charakter

innej omyłki, a w tym przypadku niewątpliwie mamy do czynienia z inną omyłką. Również regulacja prawna zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zezwala zamawiającemu na odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez wcześniejszej analizy możliwości poprawienia innej omyłki, gdyż zawiera zastrzeżenie odsyłające do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie w niniejszym Postępowaniu mamy do czynienia z omyłką, polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie jest możliwe samodzielnie przez Zamawiającego, bez konieczności konsultowania sposobu jej poprawienia z wykonawcą. Sposób poprawienia jest oczywisty i sprowadza się do korekty nieprawidłowości w nazwie pozycji nr 94 kosztorysu oraz ilości dla poz. nr 87, 88, 94, 102, 107 i 108, tak aby doprowadzić do zgodności oferty (kosztorysu ofertowego) z SIWZ, a konkretnie ze zmienionym w trakcie Postępowania formularzem kosztorysu ofertowego. W konsekwencji poprawienia innych omyłek należało poprawić wyliczenie wartości dla pozycji, w których dokonano zmiany ilości. Zamawiający zaznaczył również, że poprawienie omyłki nie skutkowało zmianą rankingu ofert.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 25 lipca 2019 r. Wykonawca ZTiBD B. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Stanowisko w sprawie Wykonawca ZTiBD B. („Przystępujący") przedstawił w piśmie z dnia 5 sierpnia 2019 r. stwierdzając w szczególności, co następuje:

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

Przystępujący stwierdził, iż w treści wyjaśnień odniósł się kompleksowo do wezwania Zamawiającego, przy czym szczególną uwagę zwrócił na pozycje kosztorysu, które miały największy wpływ na ukształtowanie ceny, tj. utrzymanie czystości na MOP Niwa Babicka i MOP Sarny (poz. 31 a i 31 b kosztorysu) oraz patrolowanie autostrady (poz. 94 kosztorysu). W ramach wymienionych powyżej pozycji doszło do największych różnic w wycenie pomiędzy Przystępującym a Odwołującym. Za zupełnie nieracjonalną i sprzeczną z zasadami logiki należy uznać argumentację Odwołującego, że Przystępujący powinien był przedstawić podobną kalkulację wobec każdej ze 108 pozycji kosztorysu. Wyjaśnieniom - w zakresie, w jakim dotyczą one w/w pozycji - nie można odmówić przymiotu konkretności. Okoliczności uzasadniające oferowaną cenę nie były, wbrew twierdzeniu Odwołującego, ogólne i niemające wymiernego wpływu na kalkulację. Wykonywanie podobnych zamówień w przeszłości oraz obecnie pozwala bowiem na dokładniejszą kalkulację ceny - wykonawcy znane są bowiem ryzyka i realne koszty świadczenia podobnych usług. Zamawiający miał wiedzę na temat zasobów ludzkich, a także sprzętu posiadanego przez Przystępującego, gdyż jest on wykonawcą w ramach innych, podobnych zamówień. Z pewnością jest to oszczędność sprzyjająca warunkom wykonywania zamówienia, gdyż ze względu na realizację kilku zamówień w tym samym rejonie, wykonawca ma możliwość optymalizacji zatrudnienia oraz zasobów sprzętowych. Tym samym wyjaśnienia te Zamawiający mógł uznać za wystarczające w świetle przedstawionych kalkulacji, a także posiadanej przez siebie wiedzy. Uznanie wyjaśnień za wystarczające było uzasadnione również faktem, iż kosztorys przedstawiony przez Przystępującego był w znacznym zakresie zbieżny z szacunkową wartością zamówienia. Wskazywanie przez Odwołującego na brak odręcznego podpisu na kalkulacjach indywidualnych stanowi przejaw formalizmu, który należy uznać za niedopuszczalny. Kalkulacje indywidualne stanowiły załącznik do wyjaśnień - ich integralną część, na co wprost wskazuje treść pisma.

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z poprawieniem omyłek w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

Przystępujący wskazał, iż omyłki w jego ofercie zostały spowodowane modyfikacją treści SIWZ - kosztorysu przez Zamawiającego. Zamawiający po zauważeniu omyłki mógł ją z łatwością poprawić. W odniesieniu do przesłanki braku istotnej zmiany Przystępujący zauważył, że w wyniku poprawienia omyłki praktycznie tylko przedmiot oferty w zasadniczej swej części nie może ulec żadnym zmianom. W doktrynie wskazuje się, że poprawienie niezgodności oferty z SIWZ stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty, jeśli inny przedmiot świadczenia był oferowany przed dokonaniem poprawienia, a inny - po poprawieniu. Nie dotyczy to już jednak poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, a wykazywanych w specyfikacjach technicznych czy przede wszystkim w kosztorysach ofertowych. W wyniku dokonanej przez Zamawiającego poprawki omyłki różnica pomiędzy ceną wskazaną przez Przystępującego a ceną poprawioną wyniosła 46. 368,54 zł, a zatem jedynie ok 6,79 % wartości całej oferty. Tak znikoma zmiana w żadnym wypadku nie może być uznana za istotną w świetle przedmiotowego Postępowania, zwłaszcza że Prawo zamówień publicznych uznaje zmiany umowy nieprzekraczające 10% za bagatelne (art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Przystępujący za bezpodstawne uznał twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia omyłki, gdyż nie mógł wiedzieć, czy taka istotnie była wola wykonawcy. Wskazał, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek powiadomienia wykonawcy o poprawieniu omyłki, natomiast wykonawca może na tą czynność zamawiającego nie wyrazić zgody i w takim przypadku jego oferta podlega odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania, co nie było też sporne.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Pismem z dnia 17 lipca 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp:

Pismem z dnia 25 czerwca 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień ceny oferty powołując się na regulację art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie wskazując, iż cena jego oferty jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z treści ww. pisma wynika, iż Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia kompletnych i wyczerpujących wyjaśnień zaoferowanej ceny, gdyż:

> Zamawiający poinformował Przystępującego, iż w ramach wyjaśnień powinien wskazać czynniki cenotwórcze, wpływające na cenę oferty, w tym koszty pracownicze, pracę sprzętu, koszty materiałowe, narzuty, marżę wykonawcy, indywidualny charakter zamówienia.
>
> Zamawiający zaznaczył, iż w przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzoryczny i powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca/117/12.
>
> Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie, czy wynagrodzenie netto w poszczególnych pozycjach zostało skalkulowane rzetelnie, czy wykonawca kalkulując poszczególne elementy oferty uwzględnił wszystkie czynniki mające wpływ na cenę danej pozycji, a także czy wyliczone ceny uwzględniają wszystkie warunki i wymagania zawarte przez Zamawiającego w SIWZ.
>
> Zamawiający wskazał, iż oceniając wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w tym m.in.: - oszczędność/ekonomiczność danej metody świadczonych usług; - techniczne lub wszelkie wyjątkowo korzystne warunki, którymi dysponuje wykonawca w celu realizacji usług; - oryginalność metody wykonania usług proponowanych przez wykonawcę; - zgodność z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym usługi te będą realizowane; - możliwość uzyskania przez wykonawcę pomocy państwa. Zamawiający wskazał, iż dokonując oceny weźmie również pod uwagę wszelkie inne czynniki, wpływające na wysokość ceny oferty, które wskaże wykonawca, jeżeli będą zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji.
>
> Ponadto Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie treści pisma Przystępującego z dnia 28 czerwca 2019 r. (odnosząc ją do treści ww. wezwania Zamawiającego) Izba ustaliła, iż Przystępujący nie udzielił kompletnych i wyczerpujących wyjaśnień odpowiadających treści wezwania Zamawiającego:

1. Pierwsze dwie strony wyjaśnień zawierają nieistotne dla sprawy rozważania dotyczące postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Trzecia strona zawiera

informacje o bardzo ogólnym charakterze, nie pozwalające na dokonanie oceny ich wpływu na możliwość zaoferowania konkretnej ceny w Postępowaniu. Pewne informacje zostały podane na ostatniej stronie wyjaśnień oraz w załączonych do nich dwóch kalkulacjach (dotyczących jedynie trzech pozycji kosztorysowych).

2. W treści wezwania Zamawiający poinformował Przystępującego, iż w ramach wyjaśnień powinien wskazywać czynniki cenotwórcze, wpływające na cenę oferty, w tym koszty pracownicze, pracę sprzętu, koszty materiałowe, narzuty, marżę wykonawcy, indywidualny charakter zamówienia. Powyższe czynniki cenotwórcze nie zostały przez Przystępującego prawie w ogóle wskazane w ramach złożonych wyjaśnień. Za całkowicie niewystarczające należy uznać informacje zawarte w tym zakresie na stronie trzeciej wyjaśnień, gdzie poza kosztem roboczogodziny podano jedynie wartości procentowe. O ile taki sposób przedstawienia wyjaśnień jest wystarczający w odniesieniu do zakładanego zysku, to już tak nie jest w przypadku pozostałych kosztów. Procentowy rozkład kosztów nie stanowi żadnego wyjaśnienia, że dana cena nie jest rażąco niska. Z podanych bardzo ogólnych nazw czynników cenotwórczych i wartości procentowych nie można w żaden sposób wyciągnąć wniosku, czy wszystkie czynniki cenotwórcze zostały przez Przystępującego uwzględnione, gdyż nie jest wiadome co konkretnie wykonawca uwzględnił w ramach poszczególnych kategorii czynników i w jakiej wysokości. Przystępujący podał wprawdzie informację na temat przyjętego „kosztu" roboczogodziny, jednakże brak jest szczegółowych informacji pozwalających na ustalenie czy kalkulacja sporządzona w tym zakresie jest rzetelna i obejmuje wszystkie koszty pracownicze, tj. w szczególności brak jest informacji o wysokości tych kosztów - łącznej oraz w rozbiciu na poszczególne czynności/pozycje kosztorysowe. Na podstawie samej informacji o stawce za roboczogodzinę nie można ustalić, czy koszty pracownicze zostały przez Przystępujące skalkulowane w sposób rzetelny. Do wyjaśnień zostały załączone dwie „kalkulacje indywidulane", jednakże odnoszą się one wyłącznie do 3 ze 108 pozycji kosztorysu ofertowego. Z powyższego wynika, iż informacje podane przez Przystępującego mają charakter wybiórczy - Przystępujący nie spełnił żądania Zamawiającego dotyczącego wskazania czynników cenotwórczych, wpływających na cenę oferty oraz wyjaśnienia, iż kalkulując poszczególne elementy oferty uwzględnił wszystkie czynniki mające wpływ na cenę danej pozycji. Kwestii tych - wobec absolutnie niewystarczającej treści wyjaśnień - nie da się w ogóle stwierdzić. Same ogólne zapewnienia wykonawcy nie stanowią wystarczającej treści wyjaśnień.

3. W treści wyjaśnień nie zostały podane konkretne informacje pozwalające na ustalenie, czy Przystępujący kalkulując poszczególne elementy oferty uwzględnił wszystkie czynniki mające wpływ na cenę danej pozycji, a także czy wyliczone ceny uwzględniają wszystkie warunki i wymagania zawarte przez Zamawiającego w SIWZ (a takie oczekiwanie zostało przez Zamawiającego postawione w treści wezwania). W tym zakresie na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, iż w SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia („OPZ") Zamawiający określił warunki i wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia, wskazując jakie czynności ma wykonać wykonawca i w jaki sposób, a w odniesieniu do wielu pozycji kosztorysowych podając dodatkowe informacje, tj.: przy użyciu jakiego sprzętu i środków należy jej wykonać (np. materiały i środki czyszczące wskazane w odniesieniu do pozycji nr 6, worki do zbierania śmieci - pozycja nr 12, środki transportu, środki łączności telefonicznej, drobny sprzęt mechaniczny - pozycja nr 16, specjalistyczny sprzęt dopuszczony do stosowania przy odbiorze wymienionych odpadów - pozycja nr 29-31, środki czystości, wyposażenie apteczki pierwszej pomocy - pozycja nr 31a i 31 b), jakie opłaty i koszty uwzględnić (np. opłata za wysypisko śmieci - pozycja nr 12, koszt przewozu i utylizacji odpadów - pozycja nr 16, koszt zabezpieczenia miejsca ze zwłokami martwego zwierzęcia - pozycja nr 29-31), jakie elementy podlegają wymianie (np. odcinki ogrodzenia, słupki stalowe - pozycja nr 25-26, wskazane elementy sygnalizacji świetlnej - pozycja nr 52, elementy składowe azyli - pozycja nr 64, elementy odblaskowe - pozycja nr 70, kable - pozycja nr 73) oraz jakie zasoby personalne należy uwzględnić (np. brygada pracowników składająca się z min. 3 osób - pozycja nr 16, brygada patrolowa złożona z min. 2 osób - pozycja nr 94 - 96). Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca będzie zaopatrywał się we własnym zakresie w materiały niezbędne do realizacji Umowy. Do wykonania wszelkich usług/robót utrzymaniowych Wykonawca zastosuje materiały i technologie, takie same lub lepsze jakościowo, z jakich wykonana została Droga (zastosowanie materiałów lepszych nie stanowi podstawy do zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy). Wykonawca ma obowiązek wykorzystać i wbudować materiały nowe. Nie dopuszcza się stosowania materiałów używanych i/lub regenerowanych za wyjątkiem sytuacji dopuszczonych w SST. Materiały, o którym mowa wyżej, powinny odpowiadać co do jakości wymaganiom określonym ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2019 r. poz. 266 z późn. zm.) i odpowiadać aktualnym Zarządzeniom Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad oraz Wytycznym Technicznym stosowanym przez GDDKiA na zasadach określonych w SST. W pkt 6.4 OPZ Zamawiający wskazał, iż wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks pracy Kierownika Utrzymania, który przy realizacji przedmiotu zamówienia wykonywać będzie wskazane przez Zamawiającego czynności. Obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczy również pozostałych osób wykonujących czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia (w tym osób wykonujących prace fizyczne oraz operatorów sprzętu), jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w rozumieniu przepisów kodeksu pracy. Zgodnie z punktem 6.6 oraz 6.7 OPZ wykonawca obowiązany jest do zapewnienia minimum 1 pojazdu patrolowego

oraz systemu monitorowania GPS pracy pojazdów, natomiast zgodnie z pkt 6.8 OPZ wykonawca obowiązany jest do zorganizowania we własnym zakresie bazy na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe wyliczenie ma jedynie przykładowy charakter, a poszczególne elementy cenotwórcze wynikają przede wszystkim z opisu wymaganego sposobu realizacji poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia. Odnosząc się do wyjaśnień Przystępującego należało stwierdzić, iż wykonawca ten nie wyjaśnił - jak tego wymagał Zamawiający w treści wezwania - czy „wynagrodzenie netto w poszczególnych pozycjach zostało skalkulowane rzetelnie, czy Wykonawca kalkulując poszczególne elementy oferty uwzględnił wszystkie czynniki mające wpływ na cenę danej pozycji" - gdyż złożone przez Przystępującego nie odnoszą się w sposób kompleksowy do „wszystkich czynników mających wpływ na cenę danej pozycji" (w ogóle nie zawierają informacji w rozbiciu na poszczególne pozycje kosztorysowe - za wyjątkiem trzech przedstawionych w „kalkulacjach indywidualnych"), jak i nie zawierają informacji pozwalających na ustalenie, czy „wyliczone ceny uwzględniają wszystkie warunki i wymagania zawarte przez Zamawiającego w SIWZ" (Przystępujący w treści wyjaśnień tylko w pewnym zakresie i w sposób bardzo ogólny odniósł się do warunków i wymagań zawartych przez Zamawiającego w SIWZ - ogólne stwierdzenia dotyczące spełniania wymagań odnoszących się do kosztów pracy, posiadania wyposażenia i zaplecza technicznego oraz umów na zagospodarowania odpadów, bez podania jakichkolwiek konkretnych informacji).

4. W treści wezwania Zamawiający wskazał jakie obiektywne czynniki będzie brał pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Należy w tym miejscu poczynić uwagę, iż wykazanie szczególnych okoliczności umożliwiających danemu wykonawcy na zaoferowanie znacząco niższej ceny niż ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub szacunek zamówienia nie jest warunkiem koniecznym uznania, iż nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Jeżeli bowiem wykonawca przedstawi kompletną kalkulację cenową, zawierającą wszystkie elementy cenotwórcze, która potwierdza, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską, wskazywanie szczególnych okoliczności nie jest w ogóle konieczne, a takie okoliczności nie muszą w ogóle występować. Powyższa sytuacja nie miała jednak miejsca w niniejszej sprawie, albowiem Przystępujący nie przedstawił w ramach złożonych wyjaśnień konkretnej i kompletnej kalkulacji ceny ofertowej. W treści pisma z dnia 28 lipca 2019 r.

Przystępujący powołał się natomiast na: „optymalne zasoby ludzkie i sprzętowe", „zdobyte doświadczenie", „własny model świadczenia usług", „realizację podobnych zamówień", „dobrą organizację pracy, schematy objazdów dróg, odpowiednie umowy na zagospodarowanie odpadów", posiadane „wyposażenie i zaplecze techniczne" oraz „wykwalifikowaną kadrę". Z treści wyjaśnień nie wynika, iż ww. okoliczności w jakiś szczególny sposób dotyczą Przystępującego (w porównaniu z innymi wykonawcami tego rodzaju), a przede wszystkim zostały one opisane w tak ogólny sposób, iż nie niosą żadnej konkretnej treści pozwalającej na dokonanie ich przełożenia na jakiekolwiek wartości ekonomiczne.

5. W treści wezwania Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuci ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów wynika również wprost z przepisów ustawy Pzp. Należy jednak podzielić stanowisko, iż nie każda okoliczność wskazana w treści wyjaśnień wymaga dowodu ze strony wykonawcy, gdyż przyjęcie takiego założenia często czyniłoby niemożliwym złożenie kompletnych i wystarczających wyjaśnień. Jednakże zaniechanie przez wykonawcę złożenia dowodów na potwierdzenie istotnych w świetle wyjaśnień okoliczności oraz takich, których uzyskanie i złożenie nie jest dla wykonawcy nadmiernie uciążliwe, przemawia za uznaniem wyjaśnień za niewystarczające. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie - Przystępujący powołując się na umowę z innym podmiotem świadczącym usługi utrzymania MOP-ów nie tylko nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie tej okoliczności, lecz nawet nie podał jego nazwy - jedno i drugie mógł bez problemu uczynić, jednocześnie zastrzegając te informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro taki charakter im przypisuje. Natomiast za niezasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego dotyczące braku podpisu pod kalkulacjami, albowiem stanowią one integralną część wyjaśnień. Z tego właśnie powodu: po pierwsze nie wymagały odrębnego podpisu, a po drugie nie stanowią dowodu załączonego do wyjaśnień (tylko ich cześć).

Mając zatem na uwadze z jednej strony treść wezwania Zamawiającego, a z drugiej treść odpowiedzi udzielonej przez Przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są bardzo ogólne, niewystarczające i nie zostały poparte dowodami choćby w minimalnym i niezbędnym zakresie (tj. w odniesieniu do umowy na świadczenie usługi utrzymania MOP-ów). Przystępujący nie wskazał w sposób kompleksowy czynników cenotwórczych, wpływających na cenę oferty, w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Z treści wezwania Zamawiającego w żaden sposób nie wynikało, iż wyjaśnienia nie muszą dotyczyć wszystkich pozycji kosztorysowych, lecz mogą w sposób przykładowy odnosić się wyłącznie do kilku pozycji, co do których różnica ceny pomiędzy ofertą Przystępującego a ceną jednego z dwóch pozostałych wykonawców jest najwyższa. Być może zakres wyjaśnień, tj. 108 pozycji kosztorysowych, jest znaczny, jednakże taki

właśnie zakres wyjaśnień został zakreślony treścią wezwania. Poza tym Przystępujący składając ofertę musiał dokonywać kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych, skoro w ramach oferty należało złożyć wypełniony kosztorys ofertowy, a zatem przedstawienie wyjaśnień w toku postępowania nie powinno być dla Przystępującego problem, a jedynie mogło wiązać się z dużym nakładem pracy, z czym jednak trzeba się liczyć składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto należy zauważyć, iż konkretny sposób przedstawienia wyjaśnień (co do formy, a nie co do treści) - jeśli nie zostanie określony przez zamawiającego (a tak było w niniejszej sprawie) - jest dowolny. Przystępujący mógł zatem do niektórych pozycji kosztorysowych odnieść się łącznie, o ile zakres wyjaśnień pod względem treści odpowiadałby treści wezwania Zamawiającego.

Należy wyraźnie podkreślić, iż skład orzekający Izby podziela stanowisko, iż niezachowanie pewnych wymogów, w szczególności formalnych, nie stoi na przeszkodzie uznaniu, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Treść wyjaśnień wykonawcy musi jednak pozwalać na udzielenie odpowiedzi na pytania postawione w wezwaniu, sprowadzające się do ustalenia czy cenę oferty należy czy nie należy uznać za cenę rażąco niską.

Podsumowując: Izba ustaliła, iż Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia kompletnych i wyczerpujących wyjaśnień zaoferowanej ceny, natomiast treść wyjaśnień Przystępującego jest ogólna, niekompletna, niepozwalająca na udzielenie odpowiedzi na podstawowe pytania wynikające z tego wezwania, tj. czy Przystępujący uwzględnił wszystkie czynniki cenotwórcze wpływające na cenę oferty (w tym koszty pracownicze, pracę sprzętu, koszty materiałowe, narzuty, marżę Wykonawcy, indywidualny charakter zamówienia), czy wynagrodzenie netto w poszczególnych pozycjach zostało skalkulowane rzetelnie, czy wykonawca kalkulując poszczególne elementy oferty uwzględnił wszystkie czynniki mające wpływ na cenę danej pozycji, a także czy wyliczone ceny uwzględniają wszystkie warunki i wymagania zawarte przez Zamawiającego w SIWZ.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z poprawieniem omyłek w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

Pismem z dnia 25 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym w kolumnie „Ilość jednostek" dla pozycji nr 87, 88, 94, 102, 107 i 108 i dokonaniu odpowiedniej zmiany (po przeliczeniu w oparciu o podaną cenę jednostkową) wartości podanych w kolumnie „Wartość zadania netto", a w konsekwencji również ceny netto, wysokości podatku VAT oraz ceny brutto. Pismem z dnia 28 czerwca 2019 r. Przystępujący poinformował, iż wyraża zgodę na poprawienie ww. omyłek.

Pismem z dnia 12 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki w złożonym przez niego kosztorysie ofertowym w kolumnie „Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych" dla pozycji nr 94 zmieniając błędnie wpisaną nazwę pozycji z: „Patrol drogi S17 (część nr II) odcinek węzeł „Skrudki" (bez węzła) - węzeł „Sielce" obecnie „Kurów Zachód" (bez węzła)", od km 20+160 do km 33+324 wg. kilometraża z dokumentacji projektowej" na: „Patrol drogi S17 (część nr II) odcinek węzeł „Skrudki" (bez węzła) - węzeł Sielce" obecnie „Kurów Zachód" (bez węzła)", od km 20+160 do km 32+784 wg. kilometraża z dokumentacji projektowej". Ww. modyfikacja nazwy pozycji została wprowadzona Zmianą SIWZ nr 1. Przystępujący nie sprzeciwił się poprawieniu ww. omyłki.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z ustaleń faktycznych dokonanych przez Izbę i przedstawionych we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia Izba stwierdziła, iż Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia kompletnych i wyczerpujących wyjaśnień zaoferowanej ceny, natomiast treść wyjaśnień Przystępującego jest ogólna, niekompletna, niepozwalająca na udzielenie odpowiedzi na podstawowe pytania wynikające z tego wezwania. W świetle przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp podstawą odrzucenia oferty wykonawcy jest nie tylko stwierdzenie przez zamawiającego, iż zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską, ale taką podstawą jest także niezłożenie wyjaśnień. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby przez

niezłożenie wyjaśnień należy również rozumieć sytuację niezłożenia wyjaśnień odpowiadających wezwaniu zamawiającego, wyjaśnień ogólnych, niekompletnych. W związku z powyższym należało uznać, iż w stosunku do Przystępującego zaistniała podstawa odrzucenia jego oferty wskazana przez ustawodawcę w przepisie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Za nietrafne Izba uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego zarzucające Odwołującemu, iż nie przedstawił argumentacji dotyczącej ceny oferty Przystępującego - nie wskazał, z jakich powodów uważa, iż cena ta jest ceną rażąco niską. Należy przypomnieć, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może zostać skutecznie podniesiony jedynie w sytuacji, gdy w postępowaniu miało miejsce wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 albo 90 ust. 1a ustawy Pzp i w związku z tym winien on odnosić się do treści złożonych wyjaśnień lub okoliczności niezłożenia wyjaśnień (sytuacje objęte regulacją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Podniesiony przez Odwołującego zarzut odnosił się do sytuacji „nieudzielenia wyjaśnień", a nie sytuacji „udzielenia wyjaśnień potwierdzających, iż cena oferty jest ceną rażąco niską". Ponadto jest oczywiste, iż przedstawienie twierdzeń celem wykazania, iż w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień cena jego oferty winna zostać uznana za cenę rażącą niską możliwe jest jedynie w przypadku, gdy pozwala na to poziom konkretności i kompletności złożonych wyjaśnień. Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego, iż taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie.

Odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZTiBD B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z poprawieniem omyłek w ofercie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że w niniejszej sprawie nie ziściły się przesłanki poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie podnosił, iż Przystępujący dopuścił się błędów niemających charakteru omyłek, tj. iż wprowadzenie do oferty treści niezgodnej z treścią SIWZ stanowiło świadome działanie ze strony Przystępującego. Odwołujący wskazywał natomiast, iż poprawienie omyłek w ofercie Przystępującego będzie skutkowało istotną zmianą treści jego oferty. Skład orzekający Izby nie podzielił argumentacji przedstawionej w tym zakresie przez Odwołującego. Sama różnica w cenie oferty wynosząca 6,79% nie może przesądzać o tym, iż mamy do czynienia z istotną zmianą treści oferty. Jak słusznie zauważył Przystępujący, sam ustawodawca zmianę wartości umowy nieprzekraczającą 10% (o ile jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) - w przypadku zamówień na usługi lub dostawy - uznał za dopuszczalną na gruncie regulacji zawartej w art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp bez spełnienia dodatkowych wymogów. W odpowiedzi na argumenty Odwołującego dotyczących wysokości zmiany ceny w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych należy wskazać, iż kwalifikacji danej zmiany na gruncie regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy dokonywać w odniesieniu do całej treści oferty. Podane przez Odwołującego przykłady polegające na porównaniu zmiany wartości ceny oferty w odniesieniu do kwoty wadium czy kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy mają sztuczny charakter, podczas gdy ustalenie, czy poprawienie omyłki skutkuje istotną zmianą treści oferty winno mieć miejsce poprzez porównanie treści oferty sprzed i po zmianie. Przyjęcie stanowiska Odwołującego przedstawionego w zakresie poprawienia omyłki w pozycji 94 kosztorysu ofertowego uniemożliwiałoby poprawianie większości omyłek w kosztorysach ofertowych, skoro znajomość ceny jednostkowej nie stanowiłaby wystarczającej podstawy do dokonania poprawnego przeliczenia ceny w oparciu o poprawioną liczbę jednostek. Należy zauważyć, iż w tym przypadku (jak i w pozostałych) Zamawiający dysponował niezbędnymi danymi pozwalającymi na dokonanie poprawy - prawidłowa ilość jednostek i nazwa pozycji wskazane w kosztorysie (formularzu). Twierdzenia Odwołującego, iż w ramach pozycji nr 94 wolą Przystępującego było zaoferowanie innej ceny jednostkowej niż wskazana w kosztorysie ofertowym stanowią przypuszczenia ze strony Odwołującego, które nie mogą zostać uznane za wystarczającą podstawę stwierdzenia nieprawidłowego zastosowania przez Zamawiającego instytucji uregulowanej przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze, iż w ocenie Izby Odwołującemu nie udało się skutecznie wykazać, iż Zamawiający niezgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawienia omyłek w ofercie Przystępującego, podniesione w tym zakresie zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za niezasługujące na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, a część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Podobnie w: wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W ostatnim z wymienionych orzeczeń Sąd

Okręgowy wskazał, iż „przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów." W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Kosztami postępowania obciążono Odwołującego w części % oraz Zamawiającego w części 1. Na koszty postępowania odwoławczego składa się kwota 7.500 zł uiszczona przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwota 3.600 zł poniesiona przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwota 3.600 zł poniesiona przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwota 250,20 zł poniesiona przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.350,20 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7.475,10 zł (14.950 zł / 2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.875,10 zł (11.350,20 zł - 7.475,10 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Natomiast brak było podstaw do uwzględnia wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów reprezentacji przed Izbą z uwagi na fakt, iż w postępowaniu odwoławczym nie miało miejsca wniesienie sprzeciwu tego wykonawcy wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

Przewodniczący: .....