Sygn. akt KIO 2664/20

WYROK

z dnia 9 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2020 r. przez wykonawcę **Bitum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie**
z siedzibą w Częstochowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „REZ-DROGPOL" s.c. z siedzibą w Mstowie**
oraz Z. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy „DET" Z. G. z siedzibą w Rędzinach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Bitum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bitum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2664/20

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

Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie z siedzibą w Częstochowie dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie bieżące dróg w granicach miasta Częstochowy w rejonie I, II, III, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2023 r.* w podziale na trzy części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 138-338358.

W dniu 16 października 2020 r. wykonawca Bitum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublińcu, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie w zakresie części II, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, skutkujące brakiem wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „REZ-DROGPOL" s.c. z siedzibą w Mstowie oraz Z. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy „DET" Z. G. z siedzibą w Rędzinach, dalej „Konsorcjum", oraz brakiem uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą, pomimo iż Konsorcjum nie spełniało oraz nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym — sprzętem, wyposażeniem i narzędziami);

2) art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i brak odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż Konsorcjum, w odpowiedzi na zawiadomienie o poprawie omyłki w ofercie, nie wyraziło zgody na poprawienie omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego;

3) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i wykładnię, polegające na dokonaniu poprawy omyłek w ofercie Konsorcjum w sposób nieprawidłowy i niezgodny z art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności prowadzący do dokonania zmiany w treści oferty;

4) art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i wykładnię, polegające na dokonaniu poprawy omyłek w ofercie złożonej przez Konsorcjum, pomimo iż brak było przesłanek do zastosowania wspomnianej instytucji;

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo iż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, a niezgodności nie podlegały poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

6) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, w sytuacji gdy w odpowiedzi na zawiadomienie o dokonaniu poprawy omyłki przez Zamawiającego

oraz wyjaśnieniach ceny, Konsorcjum dokonało niedopuszczalnej zmiany treści oferty;

7)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, mimo iż Konsorcjum podlegało wykluczeniu z postepowania, a oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona i uznana za odrzuconą;

8)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

9)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej; wykluczenia Konsorcjum z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej; uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferty Konsorcjum, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, a niezgodności nie podlegały poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp; odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie w niej przez Konsorcjum niedopuszczalnej zmiany; odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oferty złożonej przez Konsorcjum, ponieważ Konsorcjum, w odpowiedzi na zawiadomienie o poprawie omyłki, nie wyraziło zgody na poprawienie omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego; dokonania czynności ponownego wyboru i oceny ofert z pominięciem oferty Konsorcjum.

Odwołujący wskazywał, że na moment składania ofert Konsorcjum nie dysponowało wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym w postaci sprzętu, co przesądzało o niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z samej treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że na dzień jego złożenia, a zatem również na dzień składania ofert, umowa najmu sprzętu nie była jeszcze zawarta, a zatem Konsorcjum nie dysponowało sprzętem wymaganym przez Zamawiającego. Równocześnie w treści oferty i załączonych do niej oświadczeń Konsorcjum zadeklarowało samodzielne (bez korzystania z zasobów podmiotu trzeciego) spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a następnie na wezwanie Zamawiającego, wystosowane już po terminie składania ofert, przedstawiło zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, które było niezbędne do wykazania spełnienia udziału w postepowaniu. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości zmiany oświadczenia wykonawcy w zakresie, w jakim ten stwierdza w ofercie, że jest w stanie spełnić samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a następnie wskazuje na zasoby podmiotu trzeciego. Powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego po złożeniu oferty należy uznać za niedopuszczalne, nieskuteczne i niepowodujące wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał również, iż Zamawiający nieprawidłowo określił poprawione omyłki w ofercie Przystępującego jako oczywiste omyłki pisarskie, bowiem sposób ich poprawy nie jest widoczny na pierwszy rzut oka. W przypadku omyłek z tabeli zawierającej poprawione przez Zamawiającego wartości można ewentualnie mówić o innej omyłce z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (chociaż i to Odwołujący kwestionuje), lecz z całą pewnością nie o omyłce pisarskiej. Przy uznaniu, że Zamawiający miał prawo dokonać poprawienia omyłek z powyższej tabeli i rzeczywiście są to omyłki, to powinien je zakwalifikować jako inne omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 24 września 2020 r. Konsorcjum poinformowało, że w zakresie drugiej części zawiadomienia (tabela cen jednostkowych) nie kwestionuje poprawek wykazanych przez Zamawiającego za wyjątkiem poz. 15 i poz. 16. Konsorcjum podało, że w poz. 15 uwzględniając kosztorys Zamawiającego winno być 79,07 zł netto, a w pozycji 16 uwzględniając kosztorys Zamawiającego winno być 74,40 zł netto. Tym samym należy przyjąć, że w odniesieniu do wskazanych powyżej pozycji katalogu cen jednostkowych z poz. 15 i poz. 16 Konsorcjum nie wyraziło zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawek, lecz przedstawiło własne, inne niż pierwotnie wskazane w katalogu ceny jednostkowe. Brak zgody Konsorcjum na ich poprawienie w odniesieniu do poz. 15 i 16 w piśmie z dnia 24 września 2020 r. winien skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, której to czynności zamawiający zaniechał.

Zamawiający nie miał też podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum była niezgodna z treścią SIWZ i nie znajdowały się tam żadne omyłki. Ponadto, Zamawiający dokonał poprawienia omyłek w sposób całkowicie nieprawidłowy, w szczególności prowadzący do zmiany treści oferty Konsorcjum. Jeśli zatem Konsorcjum w dwóch miejscach w ofercie podaje tożsame ceny, które są ze sobą zgodne i które można wywnioskować z działań matematycznych, to nie może być mowy o jakiejkolwiek omyłce. O omyłce nie może być mowy także z tego względu, że nie wiadomo, w jaki sposób zamawiający dokonał poprawienia omyłek cen jednostkowych z poz. 1, 2, 15, 16, 17.

Ponadto, poprawiając wielokrotność i zmieniając ceny, zamawiający nie dokonał zmiany pozostałej części oferty Konsorcjum. Wskutek zmian Zamawiającego, wysokość cen jednostkowych w tabeli cen jednostkowych, w kosztorysie, a ponadto całkowita wysokość wynagrodzenia Konsorcjum wskazana w kosztorysie uległa zmianie, a mimo to Zamawiający nie uwzględnił tego w swoim piśmie z dnia 21 września 2020 r. Zamawiający poprawiając omyłki w sposób wskazany w tabeli i dokonując poprawienia cen jednostkowych doprowadził do zmiany oferty wykonawcy w sposób niedopuszczalny, albowiem w szczególności w stosunku do cen jednostkowych nie był w stanie wziąć znikąd prawidłowych wartości i danych, obrazujących sposób dokonania poprawy. Ponadto dokonując poprawek zmienił treść oferty i ceny jednostkowe, co było niedopuszczalne, bo wpływało na ocenę oferty.

Co do krotności, to Zamawiający nie był uprawniony do ich wprowadzenia ani zmiany, bo na ich podstawie całą kalkulację sporządzono. Zatem po wprowadzeniu krotności, przewidywanej przez przedmiar, niezbędne były kolejne działania matematyczne, prowadzące do zmian cen poszczególnych pozycji kosztorysu oraz całej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego nie można w tym przypadku mówić o omyłce, było to bowiem zamierzone działanie, Konsorcjum nie dochowało staranności w zakresie przygotowania oferty, która jest wymagana od podmiotu działającego w obrocie gospodarczym w sposób profesjonalny. Z treści przedmiaru, załączonego do SIWZ wynika, iż Zamawiający w pozycjach, co do których następnie dokonał poprawienia rzekomych omyłek, wymagał zastosowania określonej krotności. Brak zastosowania odpowiedniej wymaganej krotności, w tym także zastosowanie innej krotności, niż wymagał Zamawiający, stanowiło niezgodność oferty Konsorcjum z SIWZ, której poprawienie nie było możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp. Poprawienie tych błędów prowadziło bowiem do istotnej zmiany oferty, w zakresie całej jej ceny oraz poszczególnych cen jednostkowych.

Wskazanie innych aniżeli początkowo cen jednostkowych doprowadziło do zmiany pierwotnie zaoferowanej ceny, a zatem głównego świadczenia wykonawcy. W konsekwencji doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oświadczenia Konsorcjum zawartego w ofercie, a zatem powinna ona podlegać odrzuceniu. Zmiana cen jednostkowych była niedopuszczalna tym bardziej, że Zamawiający wymagał dołączenia do oferty katalogu cen jednostkowych asortymentów robót (będącego załącznikiem nr 10 do SIWZ), a ponadto ceny jednostkowe stanowiły kryterium oceny ofert, zgodnie z punktem 18.2 SIWZ. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu, jak również złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „REZ-DROGPOL" s.c. z siedzibą w Mstowie oraz Z. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy „DET" Z. G. z siedzibą w Rędzinach, dalej „Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący w dniu 26 października 2020 r. przedłożył pismo procesowe, wskazując, że spełnia warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, a Zamawiający poprawił jego ceny jednostkowe zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, bez zmiany jakichkolwiek składników cenotwórczych zaoferowanych przez wykonawcę.

Zamawiający pismem z dnia 5 listopada 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie go w całości i podnosząc, że złożenie zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, przy jednoczesnym wskazaniu w JEDZu, iż Przystępujący nie będzie polegał na zdolności innych podmiotów oraz wskazaniu w wykazie wyposażenia wynajmu jako podstawy dysponowania sprzętem, było niepotrzebne. Dysponowanie wymaganymi urządzeniami na podstawie umowy najmu nie jest równoznaczne z udostępnianiem potencjału przez podmiot trzeci. Równocześnie Zamawiający dokonując poprawienie w ofercie Przystępującego innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt ustawy Pzp, miał na uwadze, że omyłki te dotyczą jedynie wpisanych do oferty krotności, które stanowiły mnożnik narzucony sztywno przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, oświadczeń i dokumentów składanych przez Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 listopada 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest utrzymanie bieżące dróg w granicach miasta Częstochowy w rejonie I, II, III, w okresie od 01.01.2021 r. do 31.12.2023 r. w podziale na trzy części.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6.2.1 III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ"*o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym — wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych- dysponują:*

-jedną rozkładarką mas bitumicznych- dla każdego z rejonów osobno;

-zestawem (dwóch walców drogowych (jeden na kolach stalowych i jeden na kolach ogumionych)- dla każdego z rejonów osobno:

-jedną równiarką samojezdną- dla każdego z rejonów osobno;

-bazą sprzętową lub magazynem placowym o powierzchni nie mniej niż 1000m2 zlokalizowanych w promieniach 15 km od siedziby Zamawiającego, gdzie w okresie trwania umowy będzie można magazynować frez pochodzący z rozbiórki nawierzchni asfaltowych stanowiący własność Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 8.1 SIWZ*Do oferty, w celu wstępnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualny na dzień składania ofert jednolity europejski dokument zamówienia.*

Zgodnie z pkt 8.4 SIWZ*Zamawiający, na podstawie art. 24aa ustawy Pzp, przewiduje możliwość w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Zgodnie z pkt 8.6 SIWZ*Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp: w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca załączy do oferty podpisany przez osobę/y uprawnioną wykaz potwierdzający spełnienie warunku określonego w punkcie 6.2.1 III. siwz. Załącznik nr 6.*

Zgodnie z punktem 8.6 ppkt 4) SIWZ*w celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy PZP, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, należy przedłożyć pisemne zobowiązanie podmiotów, na zdolnościach lub sytuacji których Wykonawca polega, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Należy podpisać przez osoby (osobę) uprawioną i w oryginale złożyć wraz z ofertą w dniu składania*

ofert. Załącznik nr 7.

Zgodnie z pkt 8.6 pkt 5) SIWZ dokumenty, które należało przedłożyć z ofertą to m.in.: 1)*DRUK OFERTA - Druk oferta należy wypełnić i podpisać przez osoby (osobę) uprawnioną. Załącznik nr 8. 2) CENY JEDNOSTKOWE ASORTYMENTÓW ROBÓT - Należy wypełnić i podpisać przez osoby (osobę) uprawnioną oraz złożyć wraz z ofertą dniu składania ofert. Załącznik nr 10. 3) KALKULACJE WG CEN JEDNOSTKOWYCH Należy sporządzić i podpi przez osoby (osobę) uprawnioną oraz złożyć wraz z ofertą wraz z czynnikami cenotwórczymi: (Rg., M, S, Kp., Z) w dniu składania ofert.*

Jak wynika z punktu 9 SIWZ:*9.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 9.2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.*

Zgodnie z pkt 17 SIWZ:*17.1 Ceny jednostkowe asortymentów robót należy podać w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.*

17.2Kalkulacje ofertowe należy wykonać w formie kosztorysu w oparciu o cenniki KNR poszczególnych asortymentów robót ujęte w załączonych przedmiarach na ceny jednostkowe. Należy je wypełnić i załączyć do oferty wraz z czynnikami cenotwórczymi: (Rg., M, S, Kp., Z)

17.3Ceny jednostkowe poszczególnych asortymentów robót powinny wynikać z kalkulacji dla danej pozycji oraz czynników cenotwórczych (Rg. , M, S, KP. , Z) przy zastosowaniu których powyższe kalkulacje sporządzono.

17.4W każdej kalkulacji powtarzające się czynniki cenotwórcze muszą mieć stałą wartość - np. środek transportowy musi mieć tą samą wartość motogodziny, woda musi mieć tą samą cenę za m3, w każdej kalkulacji.

17.5Wszelkie koszty związane z wykonaniem umowy (w tym koszty pośrednie, takie jak np.: koszty transportu, magazynowania materiałów, energii) mają być skalkulowane przez Wykonawcę w stawkach jednostkowych, na podstawie, których ustalane jest jego wynagrodzenie za wykonane roboty.

17.6Wykonawca nie może podawać w wykazie cen jednostkowych ceny 0 (zero), ani uwzględniać upustów.

17.7W okresie realizacji przedmiotu zamówienia nie przewiduje się zmian cen jednostkowych zaproponowanych w wykazie cen (załącznik nr 9).

17.8W cenie należ uwzględnić wszystkie wymagania określone w niniejszej SIWZ oraz wszelkie koszty, jakie poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z pkt 18 SIWZ Zamawiający oceniał oferty według następujących kryteriów:

1.CENA JEDNOSTKOWA - pozycje od 01 do 48 z załącznika nr 10 siwz;

2.TERMIN UDZIELANEJ RĘKOJMI oraz GWARANCJI JAKOŚCI w MIESIĄCACH na WYKONANIE: CHOD KOSTKI, Z PŁYTEK; WYKONANIE DYWANIKA z ASFALTOBETONU; USTAWIENIE: KRAWĘŻNIKA, OBRZEŻA.

Kryteria asortymentu robót stanowiły załącznik nr 9 do siwz.

Izba ustaliła, że w przypadku wielu pozycji Zamawiający określił w przedmiarze dotyczącym części II zamówienia krotności, i tak np.: poz. 1 - 0,1, poz. 2 - 0,03, poz. 23 - 0,05, poz. 24 - 0,05, poz. 27 - 0,05, poz. 28 - 0,05, poz. 30 - 0,1.

Do terminu składania ofert w zakresie części II złożono dwie oferty: Odwołującego oraz Przystępującego.

Izba ustaliła, że Przystępujący w treści Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia załączonych do oferty potwierdził wstępnie, iż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, zarazem oświadczając, że nie będzie polegać na zdolności innych podmiotów, zgodnie z częścią II sekcją C JEDZ.

Izba ustaliła, że Przystępujący w Załączniku nr 10 podał następujące dane: w pozycji nr 1 - Remont cząstkowy nawierzchni bitumicznej grub. 4 cm bez względu na rodzaj użytego sprzętu i odległość odwozu materiału z rozbiórki Przystępujący podał cenę jednostkową netto 67,24; w pozycji nr 2 - Jw. lecz dopłata za każdy następny 1 cm grubości – 20,23; w pozycji nr 15 - Rozebranie istniejącego i ustawienie nowego krawężnika na ławie betonowej z oporem (typ ciężki 20x30) – 74,38; w pozycji nr 16 - Jw. lecz typ lekki 15x30 – 70,58; w pozycji nr 17 - Remont cząstkowy nawierzchni na zimno grub. 4 cm – 84,53; w pozycji nr 23 - Jw. lecz dopłata za każdy następny 1 cm grubości - 1,10; w pozycji nr 24 - Remont nawierzchni remonterem - 591,00; w pozycji nr 27 - Odwóz gruzu (przy ręcznym załadunku i mechanicznym wyładunku) transport na odległość 1 km - 34,06; w pozycji nr 28 - Jw. lecz dopłata za każdy następny 1 km - 2,24; w pozycji nr 30 - Rozebranie chodnika z płytek 50x50x7 i ułożenie kostki brukowej czerwonej grub. 6 cm na podsypce piaskowej - 58,71.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, z 11 września 2020 r., w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący przedstawił m.in. wykaz wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych (załącznik nr 6 do SIWZ) dostępnych wykonawcy robót budowlanych w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. W treści przedstawionego wykazu, w odniesieniu do rozkładarki mas bitumicznych oraz równiarki samojezdnej, wskazał jako podstawę do dysponowania - wynajem. Dodatkowo przedstawił zobowiązanie M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Kami- Bis" do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, na formularzu stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Z treści zobowiązania datowanego na 11 sierpnia 2020 r. wynika, że ww. zasoby zostaną wykorzystane przez wykonawcę na podstawie umowy najmu, zgodnie z przeznaczeniem, zaś charakter stosunku prawnego, jaki będzie łączył udostępniającego z wykonawcą, ureguluje umowa najmu sprzętu.

Zamawiający pismem z dnia 21 września 2020 r., działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił w ofercie Przystępującego omyłki w następujący sposób: Opis omyłki: w kosztorysie ofertowym występuje brak krotności: - w pozycji 1 – 0,1; - w pozycji 23 – 0,05; - w pozycji 24 -0,05; - w pozycji 27 – 0,05; - w pozycji 28 – 0,05; - w pozycji 30 –

0,1; - w pozycji 2 – jest krotność 0,25 a powinna być 0,03. Zamawiający poprawił inne omyłki pisarskie, w wyniku których uległy zamianie następujące ceny jednostkowe: pozycja 1 zamiast 67,24 powinno być 99,54; w poz. 2 zamiast 20,23 powinno być 29,86; w poz. 15 zamiast 74,38 powinno być 71,16; w poz. 16 zamiast 70,58 powinno być 37,52 ; w poz. 17 zamiast 84,53 powinno być 84,87.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący oświadczył, że przyjmuje do wiadomości i nie kwestionuje pozycji wskazanych przez Zamawiającego w „opis omyłki". Natomiast w *zakresie drugiej części zawiadomienia (tabela cen jednostkowych) nie kwestionuje poprawek wykazanych przez Zamawiającego za wyjątkiem poz. 15 i poz. 16. W poz. 15 uwzględniając kosztorys Zamawiającego winno być 79,07 zł netto, a w pozycji 16 uwzględniając kosztorys Zamawiającego winno być 74,40 zł netto.*

Izba ustaliła, że w dokumentacji postępowania znajduje się notatka pracownika Zamawiającego z dnia 24 września 2020 r., wskazująca, że *w związku z poprawą kosztorysów i wystosowaniem pisma do wykonawcy o poprawienie innych omyłek, informuję, że w zakresie pozycji 15 i 16 –inspektor WU p. J. G. pomylił się i źle podał ceny jednostkowe wyżej wymienionych pozycji. Pozycja 15 do korekty – jest 71,16; powinno być: 79,07. Pozycja 16 do korekty – jest 37,52; powinno być: 74,40.*

Zamawiający pismem z dnia 6 października 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego w zakresie części II zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp Izba ustaliła, że niewątpliwie Przystępujący w JEDZu wskazał, żenie będzie polegał na zdolności innych podmiotów. Następnie w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożyłwykaz wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych (załącznik nr 6 do SIWZ), gdzie w odniesieniu do rozkładarki mas bitumicznych oraz równiarki samojezdnej, wskazał jako podstawę do dysponowania - wynajem. Dodatkowo przedstawił zobowiązanie M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Kami- Bis" do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, a jako podstawę dysponowania wskazał wynajem. Powyższe nie oznacza jednak w ocenie składu orzekającego Izby automatycznego przyjęcia, że podmiot w tym zakresie powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W ocenie Izby brak jest przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić, iż Przystępujący posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby wspomniane stosunki nie przesądzają w jaki sposób wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu, natomiast z użytego w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp sformułowania „niezależnie od charakteru prawnego (...) stosunków prawnych" łączących wykonawcę i podmiot trzeci nie można wyprowadzać wniosku, że ilekroć stosunek taki istnieje (np. najem, dzierżawa, leasing), dochodzi do udostępnienia potencjału (vide: wyrok Izby z dnia 11 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 584/18).

W ocenie Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu właściciela i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko prezentowane za wyrokiem KIO z 17 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1379/14, że:*Przyjęcie argumentacji (…) musiałoby prowadzić do stwierdzenia, iż z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu. Należy zauważyć, iż przez umowę dzierżawy, wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Analogicznie w przypadku umowy leasingu leasingodawca oddaje rzecz leasingobiorcy do używania albo do używania i pobierania pożytków za umówione wynagrodzenie. Tym samym w ocenie Izby zarówno umowa dzierżawy jak i umowa leasingu zapewniają Odwołującemu wystarczający tytuł do dysponowania wskazanymi autobusami. Izba wskazuje, iż wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą (wskazanymi autobusami) brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy*. Podobnie w wyroku z 8 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2447/14.

W przypadku dysponowania sprzętem na podstawie umowy najmu, co ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, nie sposób twierdzić o udostępnieniu zasobów w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp. W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że dysponowanie polega na realnej możliwości skorzystania z rzeczy. Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r. (IV Ca180/11), stwierdził że*w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp.*

Zamawiający zatem zasadnie uznał, że w przypadku dysponowania sprzętem na podstawie umowy najmu Przystępujący nie korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, lecz dysponuje nim bezpośrednio. W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając, iż Zamawiający prawidłowo uznał, iż Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Tym samym brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jak i uznania jego oferty za odrzuconą.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego pozostałych wskazanych w zarzutach odwołania przepisów.

Odnośnie zgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ Izba uznała, że nie zaszły przesłanki zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ustawodawca przewidział, że zamawiający poprawia w ofercie stwierdzone przez niego niezgodności z treścią SIWZ, jeśli nie prowadzą one do istotnych zmian w treści złożonej przez wykonawcę oferty. Oczywiste jest więc, że w przypadku zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09)*ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty*.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy Izba zwraca uwagę, że zgodnie z dokumentacją postępowania wskazano na krotności w odniesieniu do poszczególnych pozycji, krotność stanowiła wartość stałą, narzuconą przez Zamawiającego, której wykonawcy nie mogli zmieniać. W związku z powyższym po zapoznaniu się z formularzem ofertowym Przystępującego, zawierającym wypełniony formularz cenowy, Zamawiający stwierdził, iż w odniesieniu do niektórych pozycji w ofercie Przystępującego, występuje brak krotności, wobec czego postanowił poprawić te pozycje. Wbrew twierdzeniom Odwołującego poprawa tych pozycji jest widoczna na pierwszy rzut oka i po zsumowaniu daje określone kwoty, które wskazał Zamawiający. Poprawienie omyłki prowadzące do dostosowania oferty do wymagań SIWZ bez istotnej zmiany jej treści stanowi wypełnienie dyspozycji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którego zastosowanie, przy spełnieniu warunków określonych w tym przepisie, jest obowiązkiem zamawiającego. Nie ma też żadnych przeszkód, aby oceniając możliwość poprawienia omyłki zamawiający wziął pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy, które nie zmieniają pierwotnego oświadczenia woli, a jedynie pozwalają upewnić się co do jego rzeczywistej treści. Wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią przewidziane w ustawie narzędzie pozwalające zamawiającemu uzyskać pewność co do tego, czy oferta podlega odrzuceniu, co samo w sobie nie może prowadzić do wniosku o naruszeniu zasad określonych w art. 7 ustawy. (vide: wyrok Izby z dnia 15 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2318/17).

Ponadto, zgodnie z pismem z dnia 24 września 2020 r. Przystępujący oświadczył, że przyjmuje do wiadomości i nie kwestionuje pozycji wskazanych przez Zamawiającego w „opis omyłki" (pismo z 21 września 2020 r.), natomiast w zakresie drugiej części zawiadomienia (tabela cen jednostkowych) nie kwestionuje poprawek wykazanych przez Zamawiającego za wyjątkiem poz. 15 i poz. 16. W jego ocenie w poz. 15 uwzględniając kosztorys Zamawiającego winno być 79,07 zł netto, a w pozycji 16 uwzględniając kosztorys Zamawiającego winno być 74,40 zł netto. Izba uznała, że w tym zakresie Przystępujący nie mógł potwierdzić błędnej poprawki dokonanej przez Zamawiającego, do czego sam Zamawiający się przyznał. W dokumentacji postępowania znajduje się notatka z 24 września 2020 r., wymieniona równocześnie w załącznikach do protokołu postępowania, gdzie stwierdzono, że *Pozycja 15 do korekty – jest 71,16; powinno być: 79,07. Pozycja 16 do korekty – jest 37,52; powinno być: 74,40.* Zatem twierdzenia pełnomocnika Odwołującego na rozprawie, że powyższy dokument został zapewne wytworzony na potrzeby postępowania odwoławczego nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wykonawca wyraził zgodę na dokonanie przez Zamawiającego omyłek.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, wiadomo w jaki sposób Zamawiający dokonał poprawienia omyłek w poz. 1, 2, 15, 16 i 17. Wystarczy zsumować pozycje będące iloczynem ceny jednostkowej wskazanej przez Przystępującego oraz krotności podanej przez Zamawiającego. Zdaniem Izby jest to proste działanie matematyczne. Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego poprawienie omyłki w zakresie krotności w stosunku do ww. pozycji jest jak najbardziej możliwe, bowiem jest to wartość stała, narzucona przez Zamawiającego, nieingerująca w ceny jednostkowe podane przez Przystępującego, a art. 87 ust. 2 pkt 3 nie zawiera ograniczeń co do dokonywania poprawek w kosztorysie powodujących zmianę wynagrodzenia. Zatem, możliwe jest też dokonywania zmian w zakresie istotnych elementów ofert, jakim jest chociażby cena.

Na uwagę zasługuje fakt, jak zresztą słusznie wskazał Odwołujący, że Zamawiający nie dokonał zmiany pozostałej części oferty Przystępującego poprzez zmianę całkowitego wynagrodzenia wykonawcy. Niemniej okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia poprawienia omyłek w sytuacji gdy wykonawca nie był zobligowany do podania kwoty całkowitej za wykonanie przedmiotu zamówienia w formularzu ofertowym (zgodnie z kryteriami oceny ofert brano pod uwagę poszczególne ceny jednostkowe asortymentów robót – pkt 18.2 SIWZ), a zgodnie z §7 ust. 1 wzoru umowy podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za wykonane roboty stanowią stawki jednostkowe określone w załączniku nr 1 do umowy, stanowiącym ceny jednostkowe asortymentów robót.

Reasumując, Izba nie podziela poglądu Odwołującego jakoby brak krotności lub zastosowanie innej krotności niż wymagał Zamawiający stanowiło niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Ocena ta jest zdaniem składu orzekającego niezasadna.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy
§ 3 i § 5 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: ……