

WYROK
z dnia 9 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 23.06.2020 r. przez wykonawcę **GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna KIO 1396/20**

B) w dniu 19.08.2020 r. przez wykonawcę **GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna KIO 2020/20**

- w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasto Oleśnica - Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy, ul. Wojska Polskiego 13, 56-400 Oleśnica

przy udziale:

A) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1]**

Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D. Ś., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa [pełnomocnik] i [2] Przedsiębiorstwo Budowlane BUDPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Jaskrowie, ul. ... Starowiejska 5, ... 42-244 Jaskrów zgłaszających swoje
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1396/20 po stronie zamawiającego

B) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1]**

Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D. Ś., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa [pełnomocnik] i [2] Przedsiębiorstwo Budowlane BUDPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Jaskrowie, ul. ... Starowiejska 5, ... 42-244 Jaskrów zgłaszającego swoje
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2020/20 po stronie zamawiającego
orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

2.1) wykonawcę GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna (KIO 1396/20) i:

2.1.1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna** tytułem wpisu od odwołania,

2.1.2) **zasądza od wykonawcy GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna na rzecz zamawiającego Gmina Miasto Oleśnica - .. Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy, ul. Wojska Polskiego 13, 56-400 Oleśnica kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2) wykonawcę GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna (KIO 2020/20) i:

2.2.1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.2) **zasądza od wykonawcy GRAND A G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna na rzecz zamawiającego Gmina Miasto Oleśnica - .. Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy, ul. Wojska Polskiego 13, 56-400 Oleśnica kwotę 3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący: Uzasadnienie

Sygn. akt 1396/20

Zamawiający Gmina Oleśnica, ul. Wojska Polskiego 13, 56-400 Oleśnica wszczął postępowanie na roboty budowlane, dostawy, usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa hali sportowej wraz z łącznikiem do istniejącego budynku Szkoły Podstawowej nr 4 przy ul. Ignacego Paderewskiego 2 w Oleśnicy oraz niezbędną infrastrukturą towarzyszącą«.

24.04.2020r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 534429-N-2020 r.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

18.06.2020r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GRAND A. G., Korzenna 91 33-322 Korzenna, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

23.06.2020r. wykonawca A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GRAND A. G., Korzenna 91 33-322 Korzenna (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy wszelkie omyłki w ofercie odwołującego powinny być zostać poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, a oferta odwołującego nie zawiera niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) innych niż określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co sprawia, że brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 2)przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam powołane;
- 3)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych.

Argumentacja odwołującego. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1.Odwołujący złożył ofertę zgodnie z wymaganiami przedstawionymi przez zamawiającego. Pismem z 4.06.2020 r., doręczonym odwołującemu 6.06.2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, poinformował o zidentyfikowaniu omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w ofercie. W zakresie omyłek wymienionych w pkt 1-4 i 6-8 zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy omyłka rzeczywiście istnieje. W zakresie pkt 5 zamawiający poinformował, że dokonał poprawienia omyłki rachunkowej, a w pozostałym zakresie, tj. w zakresie pkt 9-45 zamawiający podał na czym owe omyłki polegają. Dla sprawy istotne jest, że w przedmiotowym piśmie zamawiający jednoznacznie zakwalifikował wszystkie stwierdzone

omyłki jako nieistotne i poprawialne powołując się na art. 87 ust. 2 Pzp.

Dowody: Pismo zamawiającego z 04.06.2020 r. (w aktach postępowania)

2.Odwołujący udzielił odpowiedzi w piśmie z 8.06.2020 r. przesyłając je zamawiającemu w wyznaczonym terminie. Odwołujący wyjaśnił, że przedmiar został stworzony z wykorzystaniem programu komputerowego NORMA PRO, a odwołujący wykorzystał do tworzenia kosztorysu program FORTE, co prowadzi do drobnych różnic w sposobie przedstawiania tych samych danych. Odwołujący wyjaśnił dalej, że w zakresie pkt 1-4 i 6 nie występuje jakiegokolwiek dublowanie się pozycji kosztorysu. Odwołujący podał, że w przedmiarze uwzględniono zagregowane po dwie pozycje pod jedną liczbą porządkową (np. KNR 2-31 0114-01 i KNR 2-31 0114-02), natomiast w kosztorysie ofertowym przedstawiono rozdzielone pozycje, które przedstawiono łącznie w przedmiarze. Odwołujący wyjaśnił, że jest to jedynie inny sposób przedstawienia tych samych danych, ponieważ sumując dwie rozdzielone w kosztorysie pozycje otrzymuje się sumę stanowiącą pozycję przedstawioną w przedmiarze. Nie mamy zatem do czynienia z jakąkolwiek różnicą jakościową, ilościową lub wartościową, a jedynie z odmienną prezentacją tych samych danych, co było dopuszczalne ze względu na brak szczegółowych wymogów w SIWZ w zakresie treści kosztorysu i sposobu prezentacji danych. Odwołujący podał, że przedmiotowe wyjaśnienia są adekwatne również w odniesieniu do pkt 2-4 i 6 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r.

3.Biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego odwołujący podał, że - jeżeli zamawiający uznaje przedmiotową kwestię za omyłkę - to jest możliwe jej proste poprawienie przez zsumowanie wskazanych pozycji, co pozwala na otrzymanie wartości dla jednej zagregowanej pozycji określonej w przedmiarze. Dla zobrazowania możliwości poprawienia tej (wedle oceny zamawiającego) omyłki odwołujący załączył do wyjaśnień tabelę uwzględniającą połączenie pozycji (załącznik o nazwie „egz. 1”) bez dokonywania jakichkolwiek zmian ilościowych, jakościowych wartościowych,

4.W zakresie poprawienia omyłki rachunkowej wskazanej w pkt 5 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r. odwołujący wyraził zgodę na poprawienie omyłki. Jednocześnie odwołujący, na prośbę zamawiającego, potwierdził, że analogiczna omyłka rachunkowa występuje również w zakresie pkt 7 pisma zamawiającego. Omyłka polega na pomnożeniu ceny jednostkowej przez błędną liczbę jednostek. Poprawienie tej omyłki, podobnie jak w pkt 5, jest możliwe przez pomnożenie prawidłowej liczby jednostek (35) przez cenę jednostkową, która nie ulega zmianie, co pozwala na uzyskanie prawidłowej wartości dla pozycji nr 378 przedmiaru i kosztorysu.

5.Dla zobrazowania braku istotnego wpływu tych omyłek rachunkowych na cały kosztorys, w załączeniu do pisma z 8.06.2020 r. odwołujący załączył tabelę (załącznik o nazwie „egz. 2”) przedstawiającą możliwość poprawienia omyłek i stanowiącą dowód na niewielki wpływ tej poprawki na łączną wartość kosztorysu.

6.W zakresie pozostałych punktów pisma zamawiającego z 4.06.2020 r., tj. pkt 8-45, odwołujący potwierdził, że występują omyłki polegające na niepełnym opisie danej pozycji w porównaniu do przedmiaru (przy tej samej liczbie porządkowej i tym samym nr KNR), co również wynika z zastosowania różnych programów do kosztorysowania, oraz błędnym określeniu nazwy poszczególnych jednostek (np. kpl. zamiast m2). Dla zobrazowania możliwości łatwego poprawienia tych omyłek odwołujący przedstawił możliwe poprawki w załączonych tabelach.

7.Podsumowując powyższe, odwołujący w swoim piśmie z 8.06.2020 r. i załączonych tabelach wyraził zgodę na poprawienie wszystkich stwierdzonych przez zamawiającego nieistotnych omyłek, a dodatkowo - dla ułatwienia pracy zamawiającemu - przedstawił tabelę obrazującą możliwy sposób prostego poprawienia wszystkich omyłek.

Dowody: Pismo odwołującego z 4.06.2020 r. (w aktach postępowania)

8.Pismem z 18.06.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Przedstawione uzasadnienie tej decyzji pełne jest wzajemnych sprzeczności do tego stopnia, że w zasadzie nie sposób stwierdzić z jakiego powodu tak naprawdę zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, co już samo w sobie prowadzi do wadliwości dokonanej czynności.

Dowody: Pismo zamawiającego z 18.06.2020 r. (w aktach postępowania)

9.W piśmie z 18.06.2020 r. w pierwszej kolejności zamawiający podaje, że rzekomo odwołujący dokonał niedozwolonej zmiany oferty. Ustosunkowując się do tego bezpodstawnego twierdzenia odwołujący podnosi przede wszystkim, że wykonawca w postępowaniu nie dysponuje kompetencją do skutecznego dokonania zmian złożonej oferty, ponieważ zasadą jest złożenie jednej oferty (*vide* art. 81 Pzp). Wszelkie ewentualne oświadczenia wykonawców po dniu składania ofert są bezskuteczne, tj. nie wywołują jakichkolwiek skutków prawnych, a wykonawca jest związany ofertą

złożoną przed upływem terminu składania ofert. „Wyjaśnienia udzielone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp mogą co najwyżej potwierdzać ewentualną sprzeczność oferty z SIWZ, samodzielnie zaś nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty (wyrok KIO z 22 lipca 2009 r.; sygn. akt KIO/UPZ 860/09, KIO/UPZ 925/09), „Art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp należy interpretować tak, że dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne lub nieważne” (por. wyrok KIO z 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UPZ 992/09).

10. Powyższe sprawia, że nie jest nawet teoretycznie możliwe naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez oświadczenie o zmianie oferty, ponieważ takie oświadczenie byłoby nieskuteczne prawnie i w konsekwencji nie mogłoby doprowadzić do skutecznej zmiany oferty.

11. Niezależnie od powyższego - odwołujący nie dokonał jakiejkolwiek zmiany oferty. Formułowanie tego rodzaju twierdzeń przez zamawiającego świadczy o niezapoznaniu się z treścią pisma odwołującego z 8.06.2020 r. lub nieznajomości podstawowych zasad i instytucji Prawa zamówień publicznych.

12. W przypadku omyłek określonych w art. 87 ust. 2 Pzp, na które powołał się zamawiający w swoim piśmie z 4.06.2020 r., Wykonawca nie dokonuje samodzielnie zmian w ofercie, ale zamawiający. Wykonawca może jedynie wyrazić zgodę na poprawienie omyłek i ewentualnie przedstawić wyjaśnienia ułatwiające zamawiającemu dokonanie tych czynności. Tak też zrobił odwołujący w piśmie z 8.06.2020 r. Odwołujący wyraził zgodę na poprawienie owych nieistotnych omyłek i dodatkowo przedstawił w załączeniu tabelę obrazującą możliwy sposób poprawienia omyłek. Nie oznacza to jednak, że odwołujący dokonał zmiany oferty. Z całą pewnością takowej zmiany nie stanowi podanie zamawiającemu możliwego sposobu dokonania poprawy omyłek, ponieważ ostateczna decyzja w tym zakresie należy do zamawiającego, a zamawiający wcale nie musi wykorzystać przedstawionych przez odwołującego - jedynie w celach poglądowych - materiałów, ponieważ poprawienie oferty odwołującego jest możliwe wyłącznie na podstawie samej oferty i SIWZ wraz z załącznikami.

13. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający rozwodzi się nad rzekomą rażąco niską ceną dwóch pozycji kosztorysu, a jako podstawę prawną swojej decyzji podaje art. 90 ust. 3 Pzp. Przedmiotowe wywody są bezprzedmiotowe dla sprawy, ponieważ zamawiający nigdy nie wzywał odwołującego do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, co jest bezwzględnym warunkiem podejmowania jakichkolwiek negatywnych decyzji dla zamawiającego na kanwie rażąco niskiej ceny.

14. Równie bezprzedmiotowe są wywody zamawiającego dotyczące „wątpliwości do jakości wykonania robót i zgodności tych robót z przedstawioną w przetargu nieograniczoną nr MT.481.11.2020 dokumentacją”, ponieważ zamawiający nie sprecyzował wątpliwości. Podejmując jakiejkolwiek decyzje w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest do opierania się na konkretnych faktach i przepisach prawa, a nie na ogólnikowych „wątpliwościach”, cokolwiek zamawiający ma na myśli. Wyciągnięta na podstawie błędnej argumentacji zamawiającego konkluzja, że odwołujący nie jest podmiotem, który gwarantuje odpowiednią jakość wykonanych robót w razie rozstrzygnięcia przetargu na jego korzyść, jest daleko idącą nadinterpretacją, bez wskazania faktycznych podstaw. Odwołujący posiada bogate doświadczenie w prowadzeniu prac budowlanych jako generalny wykonawca i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zawarcie w kosztorysie oferty przetargowej omyłek, wynikających głównie z używania różnych programów komputerowych, nie jest wystarczającym uzasadnieniem do wyciągania tego typu wniosków.

15. Zamawiający podaje wreszcie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a dokonanie poprawek stwierdzonych przez zamawiającego omyłek prowadziłoby do istotnej zmiany oferty. Z tego rodzaju tezą nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim, zamawiający przeczy sam sobie, ponieważ w piśmie z 4.06.2020 r. zakwalifikował wszystkie stwierdzone omyłki jako omyłki rachunkowe i omyłki nieistotne niepowodujące zmian w ofercie (art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp).

Obecnie zamawiający próbuje twierdzić coś zgoła innego, nie precyzuje jednak na czym miałyby polegać istotność owych omyłek.

16. Jak już wykazano wyżej, wszystkie stwierdzone przez zamawiającego omyłki mają charakter nieistotny i poprawialny w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp. Wbrew głośnym twierdzeniom zamawiającego, poprawienie tych omyłek nie prowadzi do istotnych zmian oferty, co jednoznacznie wykazał odwołujący w piśmie z 8.06.2020 r. wraz z załącznikami.

Dowody: Pismo odwołującego z 4.06.2020 r. (w aktach postępowania)

17. Zidentyfikowane przez zamawiającego omyłki można podzielić na trzy kategorie:

17.1. Dublowanie się pozycji - pkt 1-4 i 6 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r.

Omyłki w tym zakresie w ogóle nie występują, ponieważ mamy do czynienia wyłącznie z innym sposobem przedstawienia tych samych danych merytorycznych. Nawet jeżeli zakwalifikować tą różnicę w prezentacji danych jako omyłkę, to z całą pewnością jest to omyłka nieistotna, ponieważ jej poprawienie nie prowadzi do jakiegokolwiek zmiany w aspekcie ilości, jakości i wartości świadczenia. Omyłka ta może zostać poprawiona w prosty sposób, na podstawie danych zawartych w samej ofercie, przez zsumowanie dwóch pozycji znajdujących się pod jedną liczbą porządkową, przez co otrzymujemy zagregowaną pozycję wymienioną w przedmiarze robót. Odwołujący wyraził zgodę na dokonanie takiej operacji.

17.2. Oczywiste omyłki rachunkowe - pkt 5 i 7 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r.

Omyłki polegają na pomnożeniu prawidłowej ceny jednostkowej przez błędnie wskazaną liczbę jednostek. W związku z tym omyłki mają charakter oczywistych omyłek rachunkowych, co przyznał sam zamawiający w piśmie z 4.06.2020 r. Nawet gdyby teoretycznie kwalifikować te omyłki nie jako omyłki rachunkowe, ale inne omyłki, to z całą pewnością mamy do czynienia z pomyłkami nieistotnymi, które nie prowadzą do istotnej zmiany oferty. Należy bowiem zauważyć, że przez poprawienie tych dwóch omyłek rachunkowych łączna wartość netto kosztorysu ulega zmianie o 8.773,97 zł netto, tj. 10.791,98 zł brutto, co stanowi 0,0012 (0,12%) ceny ofertowej. Podkreślenia wymaga również, że do poprawienia tych omyłek zamawiający nie potrzebuje żadnych dodatkowych danych, poza samą ofertą i SIWZ, ponieważ cena jednostkowa wskazanych pozycji nie ulega zmianie, a prawidłowa liczba jednostek, przez którą należy pomnożyć cenę jednostkową, znajduje się w załączniku do SIWZ. Zastosowana przez Wykonawcę stawka VAT również wynika z oferty (*vide* pierwsza strona kosztorysu załączonego do oferty). Zamawiający dysponuje zatem kompletem danych umożliwiających poprawienie przedmiotowych omyłek.

Odwołujący podnosi, że możliwość poprawienia tego rodzaju omyłek została potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”). KIO uznała za dopuszczalne poprawienie nieznacznej ilości pozycji przedmiarowych (odpowiednio jednej spośród stu trzydziestu kilku i trzech spośród około trzystu pięćdziesięciu). „KIO stwierdziła, że po pierwsze różnica w cenie ofert wykonawców po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtować się będzie na poziomie jedynie ok. tj. 1,79% ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego X) i ok. 0,12% ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego Y). Po drugie, poprawienie omyłek nie będzie wymagać uzyskania jakiegokolwiek wyjaśnień ze strony odwołujących. Możliwie będzie w oparciu o treść samych ofert złożonych przez obu wykonawców, gdyż stanowi wynik przemnożenia podanych przez wykonawców cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach przez prawidłowe ilości przedmiarowe (Wyrok KIO z 18 marca 2013 r., sygn. akt 476/13, KIO 495/13). W tym samym wyroku KIO wyraziła następującą tezę: „Z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego”.

17.3. Błędne opisy i nazwy jednostek

Omyłki wymienione w pkt 8-45 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r. polegają na niepełnym opisie słownym poszczególnych pozycji w porównaniu do przedmiaru oraz błędnej nazwie poszczególnych jednostek poszczególnych jednostek. Należy podkreślić, że w kosztorysie podano liczby porządkowe oraz nry KNR zbieżne z przedmiarem. Na tej podstawie w sposób łatwy zamawiający jest w stanie ustalić, że poszczególne pozycje odpowiadają pozycjom w przedmiarze. Abstrahując od faktu, że wykonawcy nie mieli obowiązku powielania dokładnych opisów z przedmiaru, zamawiający jest w stanie uzupełnić opis przepisując treść z przedmiaru. Prawidłowe nazwy jednostek również są podane w przedmiarze załączonym do SIWZ. Zamawiający dysponuje zatem kompletem danych umożliwiających poprawienie przedmiotowych omyłek, a dokonanie w ten sposób poprawy omyłek nie wpływa na wartość poszczególnych pozycji. W załącznikach do pisma z

8.06.2020r. Odwołujący zobrazował zamawiającemu, że dokonanie poprawy omyłek jest możliwe i nie wymaga znacznego nakładu pracy. Należy również zwrócić uwagę na treść pkt 5 pkt 1 SIWZ, zgodnie z którym „Z samego faktu

uczestnictwa w przetargu wynika, że Wykonawca zobowiązuje się do zrealizowania, zgodnie z zasadami dobrego wykonawstwa oraz dokumentacją pełnego zakresu robót”.

18.Z analizy orzecznictwa KIO wynika, że poprawienie tego rodzaju omyłek jest jak najbardziej dopuszczalne. Poprawieniu mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

19.W wyroku z 5 maja 2011 r. KIO za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego (metr kwadratowy zamiast metr sześcienny) nie wpływające ani na cenę jednostkową ani na wartość elementu robót. Izba uwzględniła fakt, że numer KNNR-u 1 0313-01 jaki podany był w kosztorysie ofertowym jednoznacznie wskazywał, że właściwą jednostką dla tej pozycji był m2. W ocenie KIO, uzasadnione było również dokonanie w oparciu o powołany wyżej przepis poprawienia omyłki polegającej na nieuwzględnieniu przez wykonawcę, przy obliczeniu wartości pozycji wskazanej w przedmiarze, krotności „2” (zamawiający poprawił obmiar z 300 m na 600 m). Konsekwencją powyższego była zmiana wartości tej pozycji z kwoty 3 456 zł na kwotę 6 912 zł. W tym miejscu KIO zaznaczyła, że stanowisko odwołującego, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną. W konsekwencji KIO wskazała: „Przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawienia omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp”, (Sygn. akt KIO 822/11).

20.Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach przyjął, że odstępstwo w zakresie żądanych przedmiarem ilości stanowiące różnicę wynoszącą 5 m3 ziemi, co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny oferty wykonawcy o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł, nie przesądza to, że wskazana rozbieżność powodowała nieporównywalność ofert. Sąd stwierdził, że niewielka rozbieżność w sposób oczywisty nie wpływała na możliwość porównania ofert. (Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07).

21.Również brak przededagowania standardowego opisu pozycji KNR 5 0303-02 na występujący w poz. 24 przedmiarów robót elektrycznych załączonych do SIWZ KIO uznała za omyłkę, która może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. KIO wzięła pod uwagę, że do stwierdzenia tej omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego, nie były konieczne żadne wyjaśnienia z jego strony, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, co de facto przeprowadził zamawiający, bezbłędnie identyfikując rozbieżność opisu w poz. 24 robót elektrycznych. W ocenie KIO brakowi cechy istotności dokonanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasada wynagrodzenia kosztorysowego. „Nie można stwierdzić, że co do zasady wynagrodzenie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść ofert” (wyrok z 24 marca 2011 r., sygn. akt KIO 554/11).

22.Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10 marca 2020 r. KIO 378/20 „Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

23.W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z 18.06.2020 r. brak jest wskazania jakiegokolwiek uzasadnienia przemawiającego za tym, że stwierdzone omyłki mają charakter istotny i nieusuwalny. Większość z przytoczonych przez zamawiającego orzeczeń KIO odnosi się do samej możliwości podjęcia czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jednak niemal brak podania argumentów uzasadniających wystąpienie przesłanek, które muszą zaistnieć, aby taką decyzję można było uznać za zgodną z prawem.

24.Wszystkie stwierdzone przez zamawiającego omyłki mieszczą się w zakresie przedmiotowym art. 87 ust. 2 Pzp, co obliguje zamawiającego do ich poprawienia. Jedyną konsekwencją rachunkową omyłek jest zmniejszenie ceny ofertowej o kwotę 8.773,97 zł netto, tj. 10.791,98 zł brutto, tj. z kwoty 8.980.000,00 zł brutto do kwoty 8.969.208,02 zł brutto. Mamy zatem do czynienia ze zmianą nawet nie o jeden procent ceny, ale ułamek procenta (0,12% - dwanaście setnych procenta). Jakiegokolwiek inne elementy oferty nie ulegają zmianie. Co więcej, przedmiotowa zmiana nie prowadzi

do żadnej zmiany w punktacji ofert, ponieważ oferta odwołującego jest na pierwszym miejscu. Różnica pomiędzy ceną odwołującego a kolejną ofertą wynosi ponad 300 tys. zł.

25. Poprawienie omyłek wraz z następstwami rachunkowymi jest możliwe bez uzyskiwania jakichkolwiek danych od odwołującego. W piśmie z 8.06.2020 r. odwołujący starał się wyłącznie ułatwić zamawiającemu pracę obrazując w załącznikach możliwość łatwego poprawienia omyłek, jednak zamawiający wcale nie musi z tej pomocy skorzystać.

26. Wobec powyższego oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona przez zamawiającego, a odwołujący powinien mieć prawo do dalszego brania udziału w postępowaniu wraz ze swoją ofertą.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 23.06.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.06.2020 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

26.06.2020r. wykonawca C złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 7.09.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego - zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt 2020/20

Zamawiający Gmina Oleśnica, Zakład Budynków Komunalnych w Oleśnicy, ul. Wojska Polskiego 13, 56-400 Oleśnica wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa hali sportowej wraz z łącznikiem do istniejącego budynku Szkoły Podstawowej nr 4 przy ul. Ignacego Paderewskiego 2 w Oleśnicy oraz niezbędną infrastrukturą towarzyszącą«.

24.04.2020r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 534429-N-2020 r. .

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami Pzp z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

14.08.2020 r. zamawiający poinformował o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1] Przedsiębiorstwo Budowlane Częstobud D. Ś., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa [pełnomocnik] i [2] Przedsiębiorstwo Budowlane BUDPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaskrowie, ul. Starowiejska 5, 42-244 Jaskrow;
- 2) odrzuceniu oferty GRAND A. G., 33-322 Korzenna 91, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

19.08.2020r. wykonawca GRAND A. G., 33-322 Korzenna 91 (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy - wykonawcy C - n a skutek bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy wszelkie omyłki w ofercie odwołującego powinny być zostać poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, a oferta odwołującego nie zawiera niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) innych niż określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co sprawia, że brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i to oferta odwołującego powinna być uznana za

najkorzystniejszą.

Odwolujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 2)przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam powołane;
- 3)obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych.

Argumentacja odwołującego. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1.Odwolujący złożył ofertę zgodnie z wymaganiami przedstawionymi przez zamawiającego. Pismem z 4.06.2020 r., doręczonym odwołującemu 6.06.2020 r., zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, poinformował o zidentyfikowaniu omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian ofert. W zakresie omyłek wymienionych w pkt 1-4 i 6-8 zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy omyłka rzeczywiście istnieje. W zakresie pkt 5 zamawiający poinformował, że dokonał poprawienia omyłki rachunkowej, a w pozostałym zakresie, tj. w zakresie pkt 9-45 zamawiający podał na czym owe omyłki polegają. Dla sprawy istotne jest, że w przedmiotowym piśmie zamawiający jednoznacznie zakwalifikował wszystkie stwierdzone omyłki jako nieistotne i poprawialne powołując się na art. 87 ust. 2 Pzp.

Dowody: Pismo zamawiającego z 4.06.2020 r. (w aktach postępowania)

Odwolujący udzielił odpowiedzi w piśmie z 8.06.2020 r. przysyłając je zamawiającemu w wyznaczonym terminie. Odwołujący wyjaśnił, że przedmiar został stworzony z wykorzystaniem programu komputerowego NORMA PRO, a odwołujący wykorzystał do tworzenia kosztorysu program FORTE, co prowadzi do drobnych różnic w sposobie przedstawiania tych samych danych. Odwołujący wyjaśnił dalej, że w zakresie pkt 1-4 i 6 nie występuje jakiegokolwiek dublowanie się pozycji kosztorysu. Odwołujący podał, że w przedmiarze uwzględniono zagregowane po dwie pozycje pod jedną liczbą porządkową (np. KNR 2-31 0114-01 i KNR 2-31 0114-02), natomiast w kosztorysie ofertowym przedstawiono rozdzielone pozycje, które przedstawiono łącznie w przedmiarze. Odwołujący wyjaśnił, że jest to jedynie inny sposób przedstawienia tych samych danych, ponieważ sumując dwie rozdzielone w kosztorysie pozycje otrzymuje się sumę stanowiącą pozycję przedstawioną w przedmiarze. Nie mamy zatem do czynienia z jakąkolwiek różnicą jakościową, ilościową lub wartościową, a jedynie z odmienną prezentacją tych samych danych, co było dopuszczalne ze względu na brak szczegółowych wymogów w SIWZ w zakresie treści kosztorysu i sposobu prezentacji danych. Odwołujący podał, że przedmiotowe wyjaśnienia są adekwatne również w odniesieniu do pkt 2-4 i 6 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r.

2.Biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego odwołujący podał, że - jeżeli zamawiający uznaje przedmiotową kwestię za omyłkę - to jest możliwe jej proste poprawienie przez zsumowanie wskazanych pozycji, co pozwala na otrzymanie wartości dla jednej zagregowanej pozycji określonej w przedmiarze. Dla zobrazowania możliwości poprawienia tej (wedle oceny zamawiającego) omyłki odwołujący załączył do wyjaśnień tabelę uwzględniającą połączenie pozycji (załącznik o nazwie „egz. 1”) bez dokonywania jakichkolwiek zmian ilościowych, jakościowych i wartościowych.

W zakresie poprawienia omyłki rachunkowej wskazanej w pkt 5 pisma zamawiającego z 4.06.2020r. odwołujący wyraził zgodę na poprawienie omyłki. Jednocześnie odwołujący, na prośbę zamawiającego, potwierdził, że analogiczna omyłka rachunkowa występuje również w zakresie pkt 7 pisma zamawiającego. Omyłka polega na pomnożeniu ceny jednostkowej przez błędną liczbę jednostek. Poprawienie tej omyłki, podobnie jak w pkt 5, jest możliwe przez pomnożenie prawidłowej liczby jednostek (35) przez cenę jednostkową, która nie ulega zmianie, co pozwala na uzyskanie prawidłowej wartości dla pozycji nr 378 przedmiaru i kosztorysu.

5.Dla zobrazowania braku istotnego wpływu tych omyłek rachunkowych na cały kosztorys, w załączeniu do pisma z 8.06.2020 r. odwołujący załączył tabelę (załącznik o nazwie „egz. 2”) przedstawiającą możliwość poprawienia omyłek i stanowiącą dowód na niewielki wpływ tej poprawki na łączną wartość kosztorysu.

6.W zakresie pozostałych punktów pisma zamawiającego z 4.06.2020 r., tj. pkt 8-45, odwołujący potwierdził, że występują omyłki polegające na niepełnym opisie danej pozycji w porównaniu do przedmiaru (przy tej samej liczbie porządkowej i tym samym nrze KNR), co również wynika z zastosowania różnych programów do kosztorysowania, oraz

błędny określenie nazwy poszczególnych jednostek (np. kpl. zamiast m2). Dla zobrazowania możliwości łatwego poprawienia tych omyłek odwołujący przedstawił możliwe poprawki w załączonych tabelach.

7. Podsumowując powyższe, odwołujący w swoim piśmie z 8.06.2020 r. i załączonych tabelach wyraził zgodę na poprawienie wszystkich stwierdzonych przez zamawiającego nieistotnych omyłek, a dodatkowo - dla ułatwienia pracy zamawiającemu - przedstawił tabele obrazujące możliwy sposób prostego poprawienia wszystkich omyłek.

Dowody: Pismo odwołującego z 4.06.2020 r. (w aktach postępowania)

8. Pismem z 14.08.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Przedstawione uzasadnienie tej decyzji pełne jest wzajemnych sprzeczności do tego stopnia, że w zasadzie nie sposób stwierdzić z jakiego powodu tak naprawdę zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, co już samo w sobie prowadzi do wadliwości dokonanej czynności.

Dowody: Pismo zamawiającego z 14.08.2020 r. (w aktach postępowania)

9. W piśmie z 14.08.2020 r. w pierwszej kolejności zamawiający podaje, że rzekomo odwołujący dokonał niedozwolonej zmiany oferty. Ustosunkowując się do tego bezpodstawnego twierdzenia odwołujący podnosi przede wszystkim, że wykonawca w postępowaniu nie dysponuje kompetencją do skutecznego dokonania zmian złożonej oferty, ponieważ zasadą jest złożenie jednej oferty (*vide* art. 81 Pzp). Wszelkie ewentualne oświadczenia wykonawców po dniu składania ofert są bezskuteczne, tj. nie wywołują jakichkolwiek skutków prawnych, a wykonawca jest związany ofertą złożoną przed upływem terminu składania ofert, „Wyjaśnienia udzielone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp mogą co najwyżej potwierdzać ewentualną sprzeczność oferty z SIWZ, samodzielnie zaś nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty” (wyrok KIO z 22 lipca 2009 r.; sygn. akt KIO/UZP 860/09; KIO/UZP 925/09) Art 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp należy interpretować tak, że dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne lub nieważne” (por. wyrok KIO z 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 992/09).

10. Sprawia to, że nie jest nawet teoretycznie możliwe naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez oświadczenie o zmianie oferty, ponieważ takie oświadczenie byłoby nieskuteczne prawnie i w konsekwencji nie mogłoby doprowadzić do skutecznej zmiany oferty.

11. Niezależnie od powyższego - odwołujący nie dokonał jakiegokolwiek zmiany oferty. Formułowanie tego rodzaju twierdzeń przez zamawiającego świadczy o niezapoznaniu się z treścią pisma odwołującego z 8.06.2020 r. lub nieznajomości podstawowych zasad i instytucji prawa zamówień publicznych.

12. W przypadku omyłek określonych w art. 87 ust. 2 Pzp, na które powołał się zamawiający w swoim piśmie z 4.06.2020 r., Wykonawca nie dokonuje samodzielnie zmian w ofercie - czyni to zamawiający. Wykonawca może jedynie wyrazić zgodę na poprawienie omyłek i ewentualnie przedstawić wyjaśnienia ułatwiające zamawiającemu dokonanie tych czynności. Tak też zrobił odwołujący w piśmie z 8.06.2020 r. odwołujący wyraził zgodę na poprawienie owych nieistotnych omyłek i dodatkowo przedstawił w załączeniu tabele obrazujące możliwy sposób poprawienia omyłek. Nie oznacza to jednak, że odwołujący dokonał zmiany oferty. Z całą pewnością takiej zmiany nie stanowi podanie zamawiającemu możliwego sposobu dokonania poprawy omyłek, ponieważ ostateczna decyzja w tym zakresie należy do zamawiającego, a zamawiający wcale nie musi wykorzystać przedstawionych przez odwołującego - jedynie w celach poglądowych - materiałów, ponieważ poprawienie oferty odwołującego jest możliwe wyłącznie na podstawie samej oferty i SIWZ wraz z załącznikami.

13. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający rozwodzi się nad rzekomą rażąco niską ceną dwóch pozycji kosztorysu, a jako podstawę prawną swojej decyzji podaje art. 90 ust. 3 Pzp. Przedmiotowe wywody są bezprzedmiotowe dla sprawy, ponieważ zamawiający nigdy nie wzywał odwołującego do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, co jest bezwzględny warunkiem podejmowania jakichkolwiek negatywnych decyzji dla zamawiającego na kanwie rażąco niskiej ceny.

14. Równie bezprzedmiotowe są wywody zamawiającego dotyczące „wątpliwości do jakości wykonania robót i zgodności tych robót z przedstawioną w przetargu nieograniczonym nr MTA81.11.2020 r. dokumentacją”, ponieważ zamawiający nie sprecyzował owych wątpliwości. Odwołujący podkreślił, że podejmując jakiegokolwiek decyzje w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest do opierania się na konkretnych faktach i przepisach prawa, a nie na

ogólnikowych „wątpliwościach”, cokolwiek zamawiający ma na myśli. Wyciągnięta na podstawie błędnej argumentacji zamawiającego konkluzja, że odwołujący nie jest podmiotem, który gwarantuje odpowiednią jakość wykonanych robót w razie rozstrzygnięcia przetargu na jego korzyść, jest daleko idącą nadinterpretacją, bez wskazania faktycznych podstaw. Odwołujący posiada bogate doświadczenie w prowadzeniu prac budowlanych jako generalny wykonawca i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zawarcie w kosztorysie oferty przetargowej omyłek, wynikających głównie z używania różnych programów komputerowych, nie jest wystarczającym uzasadnieniem do wyciągania tego typu wniosków.

15. Zamawiający podaje wreszcie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a dokonanie poprawek stwierdzonych przez zamawiającego omyłek prowadziłoby do istotnej zmiany oferty. Z tego rodzaju tezą nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim, zamawiający przeczy sam sobie, ponieważ w piśmie z 4.06.2020 r. zamawiający zakwalifikował wszystkie stwierdzone omyłki jako omyłki rachunkowe i omyłki nieistotne niepowodujące zmian w ofercie (art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp). Obecnie zamawiający próbuje twierdzić coś zgoła innego, nie precyzuje jednak na czym miałyby polegać istotność owych omyłek.

16. Jak już wykazano wyżej, wszystkie stwierdzone przez zamawiającego omyłki mają charakter nieistotny i poprawialny w rozumieniu art. 87 ust. 2 Pzp. Wbrew głośnym twierdzeniom zamawiającego, poprawienie tych omyłek nie prowadzi do istotnych zmian oferty, co jednoznacznie wykazał odwołujący w piśmie z 8.06.2020 r. wraz z załącznikami.

Dowody: Pismo odwołującego z 4.06.2020 r. (w aktach postępowania)

17. Zidentyfikowane przez zamawiającego omyłki można podzielić na trzy kategorie:

17.1. Dublowanie się pozycji - pkt 1-4 i 6 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r.

Omyłki w tym zakresie w ogóle nie występują, ponieważ mamy do czynienia wyłącznie z innym sposobem przedstawienia tych samych danych merytorycznych. Nawet jeżeli zakwalifikować tę różnicę w prezentacji danych jako omyłkę, to z całą pewnością jest to omyłka nieistotna, ponieważ jej poprawienie nie prowadzi do jakiegokolwiek zmiany w aspekcie ilości, jakości i wartości świadczenia. Omyłka ta może zostać poprawiona w prosty sposób, na podstawie danych zawartych w samej ofercie, przez zsumowanie dwóch pozycji znajdujących się pod jedną liczbą porządkową, przez co otrzymujemy zagregowaną pozycję wymienioną w przedmiarze robót. Odwołujący wyraził zgodę na dokonanie takiej operacji.

17.2. Oczywiście omyłki rachunkowe - pkt 5 i 7 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r.

Omyłki polegają na pomnożeniu prawidłowej ceny jednostkowej przez błędnie wskazaną liczbę jednostek. W związku z tym omyłki mają charakter oczywistych omyłek rachunkowych, co przyznał sam zamawiający w piśmie z 4.06.2020 r. Nawet gdyby teoretycznie kwalifikować te omyłki nie jako omyłki rachunkowe, ale inne omyłki, to z całą pewnością mamy do czynienia z pomyłkami nieistotnymi, które nie prowadzą do istotnej zmiany oferty. Przez poprawienie tych dwóch omyłek rachunkowych łączna wartość netto kosztorysu ulega zmianie o 8.773,97 zł netto, tj. 10.791,98 zł brutto, co stanowi 0,0012 (dwanaście setnych procenta) ceny ofertowej. Podkreślenia wymaga również, że do poprawienia tych omyłek zamawiający nie potrzebuje żadnych dodatkowych danych, poza samą ofertą i SIWZ, ponieważ cena jednostkowa wskazanych pozycji nie ulega zmianie, a prawidłowa liczba jednostek, przez którą należy pomnożyć cenę jednostkową, znajduje się w załączniku do SIWZ. Zastosowana przez Wykonawcę stawka VAT również wynika z oferty (*vide* pierwsza strona kosztorysu załączonego do oferty). Zamawiający dysponuje zatem kompletem danych umożliwiających poprawienie przedmiotowych omyłek.

Odwołujący podniósł, że możliwość poprawienia tego rodzaju omyłek została potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”). KIO uznała za dopuszczalne poprawienie nieznacznej liczby pozycji przedmiarowych (odpowiednio jednej spośród stu trzydziestu kilku i trzech spośród około trzystu pięćdziesięciu). KIO stwierdziła, że po pierwsze różnica w cenie ofert wykonawców po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtować się będzie na poziomie jedynie ok. tj. 1,79% ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego X) i ok. 0,12 % ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego Y). Po drugie, poprawienie omyłek nie będzie wymagać uzyskania jakiegokolwiek wyjaśnień ze strony odwołujących. Możliwie będzie w oparciu o treść samych ofert złożonych przez obu wykonawców, gdyż stanowi wynik przemnożenia podanych przez wykonawców cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach przez prawidłowe ilości przedmiarowe (*Wyrok KIO z 18 marca 2013 r., sygn. akt KIO*

476/13, KIO 495/13/W *tym samym wyroku KIO wyraziła następującą tezę: „Z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego”.*

17.3. Błędne opisy i nazwy jednostek

Omyłki wymienione w pkt 8-45 pisma zamawiającego z 4.06.2020 r. polegają na niepełnym opisie słownym poszczególnych pozycji w porównaniu do przedmiaru oraz błędnej nazwie poszczególnych jednostek poszczególnych jednostek. Należy podkreślić, że w kosztorysie podano liczby porządkowe oraz nry KNR zbieżne z przedmiarem. Na tej podstawie w sposób łatwy zamawiający jest w stanie ustalić, że poszczególne pozycje odpowiadają pozycjom w przedmiarze. Abstrahując od faktu, że wykonawcy nie mieli obowiązku powielania dokładnych opisów z przedmiaru, zamawiający jest w stanie uzupełnić opis przepisując treść z przedmiaru. Prawidłowe nazwy jednostek również są podane w przedmiarze załączonym do SIWZ. Zamawiający dysponuje zatem kompletem danych umożliwiających poprawienie przedmiotowych omyłek, a dokonanie w ten sposób poprawy omyłek nie wpływa na wartość poszczególnych pozycji. W załącznikach do pisma z

8.06.2020r. Odwołujący zobowiązał zamawiającemu, że dokonanie poprawy omyłek jest możliwe i nie wymaga znacznego nakładu pracy. Należy również zwrócić uwagę na treść ust. 5 pkt 1 SIWZ, zgodnie z którym, *„Z samego faktu uczestnictwa w przetargu wynika, że Wykonawca zobowiązuje się do zrealizowania, zgodnie z zasadami dobrego wykonawstwa oraz dokumentacją pełnego zakresu robót”.*

18. Z analizy orzecznictwa KIO wynika, że poprawienie tego rodzaju omyłek jest jak najbardziej dopuszczalne. Poprawieniu mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

19. W wyroku z 5 maja 2011 r. KIO za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego (metr kwadratowy zamiast metr sześcienny) nie wpływające ani na cenę jednostkową ani na wartość elementu robót. KIO uwzględniła fakt, że numer KNNR-u 1 0313-01 jaki podany był w kosztorysie ofertowym jednoznacznie wskazywał, że właściwą jednostką dla tej pozycji był m². W ocenie KIO, uzasadnione było również dokonanie w oparciu o powołany wyżej przepis poprawienia omyłki polegającej na nieuwzględnieniu przez wykonawcę, przy obliczeniu wartości pozycji wskazanej w przedmiarze, krotności „2” (zamawiający poprawił obmiar z 300 m na 600 m). Konsekwencją powyższego była zmiana wartości tej pozycji z kwoty 3 456 zł na kwotę 6 912 zł. W tym miejscu KIO zaznaczyła, że stanowisko odwołującego, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną. W konsekwencji KIO wskazała: *„Przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawiania omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp”* (Sygn. akt KIO 822/11).

20. Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach przyjął, że odstępstwo w zakresie żądanych przedmiarem ilości stanowiące różnicę wynoszącą 5 m³ ziemi, co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny oferty wykonawcy o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł, nie przesądza to, że wskazana rozbieżność powodowała nieporównywalność ofert. Sąd stwierdził, że niewielka rozbieżność w sposób oczywisty nie wpływała na możliwość porównania ofert (Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07).

21. Również brak przeredagowania standardowego opisu pozycji KNR 5 0303-02 na występujący w poz. 24 przedmiarów robót elektrycznych załączonych do SIWZ KIO uznała za omyłkę, która może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. KIO wzięła pod uwagę, że do stwierdzenia tej omyłki w kosztorysie ofertowym odwołującego, nie były konieczne żadne wyjaśnienia z jego strony, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, co *de facto* przeprowadził zamawiający, bezbłędnie identyfikując rozbieżność opisu w poz. 24 robót elektrycznych. W ocenie KIO

brakowi cechy istotności dokonanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasad wynagrodzenia kosztorysowego. „Nie można stwierdzić, że co do zasady wynagrodzenie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść oferty (wyrok z 24 marca 2011 r., sygn. akt KIO 554/11).

22. Zgodnie z wyrokiem KIO z 10 marca 2020 r. KIO 378/20, „Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru”.

23. W piśmie zamawiającego z 14.08.2020 r. brak jest wskazania jakiejkolwiek uzasadnienia przemawiającego za tym, że stwierdzone omyłki mają charakter istotny i nieusuwalny. Większość z przytoczonych przez zamawiającego orzeczeń KIO odnosi się do samej możliwości podjęcia czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jednak niemal brak podania argumentów uzasadniających wystąpienie przesłanek, które muszą zaistnieć, aby taką decyzję można było uznać za zgodną z prawem.

24. Jak wykazano wyżej, wszystkie stwierdzone przez zamawiającego omyłki mieszczą się w zakresie przedmiotowym art. 87 ust. 2 Pzp, co obliuguje zamawiającego do ich poprawienia. Jediną konsekwencją rachunkową omyłek jest zmniejszenie ceny ofertowej o kwotę 8.773,97 zł netto, tj., 10.791,98 zł brutto, tj., z kwoty 8.980.000,00 zł brutto do kwoty 8.969.208,02 zł brutto. Mamy zatem do czynienia ze zmianą nawet nie o jeden procent ceny, ale ułamek procenta (0,12% - dwanaście setnych procenta). Jakiegokolwiek inne elementy oferty nie ulegają zmianie. Co więcej, przedmiotowa zmiana nie prowadzi do żadnej zmiany w punktacji ofert, ponieważ oferta odwołującego jest na pierwszym miejscu. Różnica pomiędzy ceną odwołującego a kolejną ofertą wynosi ponad 300 tys. zł.

25. Poprawienie omyłek wraz z następstwami rachunkowymi jest możliwe bez uzyskiwania jakichkolwiek danych od odwołującego. W piśmie z 8.06.2020 r. odwołujący starał się wyłącznie ułatwić zamawiającemu pracę obrazując w załącznikach możliwość łatwego poprawienia omyłek, jednak zamawiający wcale nie musi z tej pomocy skorzystać.

26. Wobec powyższego oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona przez zamawiającego, a odwołujący powinien mieć prawo do dalszego brania udziału w postępowaniu wraz ze swoją ofertą.

27. Powyższe prowadzi również do wniosku, że - skoro oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona - to wybór oferty najkorzystniejszej jest wadliwy, ponieważ zamawiający nie wziął pod uwagę oferty odwołującego, która - jak wynika z protokołu otwarcia ofert - uzyskalaby najwyższą liczbę punktów i tym samym byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 19.08.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.08.2020 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

25.08.2020r. wykonawca C złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy C (art. 185 ust. 4 Pzp).

Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy C (art. 185 ust. 4 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 7.09.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 1396/20 i KIO 2020/20

Izba stwierdziła, że oba odwołania nie są zasadne.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód pogładowy złożony przez przystępującego - tabela dotycząca błędów w ofercie odwołującego na wykazanie liczebności i charakteru tych błędów.

Izba - rozpoznając łącznie oba odwołania odwołującego - stwierdziła, że odwołanie z 19.08.2020r. (KIO 2020/20) jest rozszerzeniem odwołania 23.06.2020 r. (KIO 1396/20) o - tylko - zarzuty dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy C, a pozostałe okoliczności przedstawione przez odwołującego są tożsame w obu odwołaniach. Dlatego Izba jednolicie rozpoznała oba odwołania z uwzględnieniem rozszerzenia odwołania z 19.08.2020r. (KIO 2020/20).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy - wykonawcy C - na skutek bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy wszelkie omyłki w ofercie odwołującego powinny być zostać poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, a oferta odwołującego nie zawiera niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) innych niż określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co sprawia, że brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i to oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Izba stwierdziła, że po wniesieniu odwołania na odrzucenie oferty odwołującego zamawiający mógł dokonać następnej czynności - wybór najkorzystniejszej oferty, bo po wniesieniu odwołania zamawiający nie może tylko zawrzeć umowy, co wynika z art. 183 ust. 1 Pzp, który brzmi »W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej »orzeczeniem«.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba stwierdziła, że zamawiający - w toku badania ofert natykając się na błędy lub stwierdzenia wątpliwe w ofercie odwołującego - zażądał w piśmie z 4.06.2020 r. wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty przez odwołującego. W piśmie tym zamawiający przywołał art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. I rzeczywiście w przy wielu z wykazanych omyłek zamawiający pokazał sposób poprawy tych omyłek, jednak przy wielu innych z wykazanych omyłek zamawiający zażądał wyjaśnień. Ponadto - bez wskazania wszczęcia procedury badania rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego - zamawiający wskazał, że jeżeli odwołujący nie złoży wyjaśnień to odrzuci ofertę odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Izba stwierdziła, że przywołane błędnie przepisy przez zamawiającego nie wprowadziły odwołującego w błąd w takim stopniu, że odwołujący nie mógł właściwie wykonać żądania zamawiającego - wyjaśnienia treści oferty, gdyż samo

żądanie wyjaśnienia treści oferty zostało sformułowane poprawnie, cytując z przywoływanego pisma z 4.06.2020 r. »[...] informuję, że w ofercie przetargowej wykonawca popełnił inną omyłkę [...], o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, a która polega na: [wykaz 45 omyłek]; W związku z powyższym proszę o udzielenie wyjaśnień na piśmie [...]«.

Odwołujący dokonał we właściwym terminie wyjaśnień pierwszych ośmiu błędnych pozycji oferty wykazanych przez zamawiającego, a w stosunku do pozostałych odwołujący złożył zamawiającemu, cytując z pisma odwołującego z 8.06.2020 r. »W załączeniu kosztorys ofertowy uwzględniający uwagi zamawiającego egz. 1 oraz kosztorys ofertowy uwzględniający poprawę oczywistej omyłki w poz. 88 PZT i w poz. 378 kubatura egz. 2«.

Izba musi stwierdzić, że samo zaaprobowanie przez wykonawcę (odwołującego) poprawienia oczywistych omyłek, w sytuacji gdy zamawiający nie przedstawił sposobu tej poprawy (w znacznej liczbie wskazanych omyłek), a tylko przedstawił zauważone omyłki nie może zastąpić wyjaśnienia oferty, którego to wyjaśnienia zażądał zamawiający. Również wniesienie nowego kosztorysu ofertowego (po upływie terminu na składanie ofert) nie może być potraktowane jako złożenie wyjaśnień, gdyż zamawiający - aby móc nanieść niektóre poprawki - musi znać powody pojawienia się omyłek w ofercie i dokładnie znać sposób poprawy omyłek. Szczególnie, że przepisy art. 87 ust. 2 Pzp dotyczące poprawy omyłek są wyjątkiem od reguły niezmienności ofert po upływie terminu składania ofert, a więc jako wyjątki muszą być stosowane ściśle i z wielką ostrożnością, zwłaszcza, że gospodarzem oferty jest wykonawca i zamawiający nie powinien ingerować w ofertę. Wynika to z art. 84 ust. 1 Pzp, który brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«.

Na podstawie braku wyjaśnień w pełnym zakresie, a więc czerpiąc swoją wiedzę z oferty odwołującego - zamawiający odrzucił, cytując z pisma zamawiającego z 18.06.2020 r.: »[...] ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. 2019 r., poz. 1843)« [pisownia wszystkich cytatów oryginalna - przyp. Izba]. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Izba stwierdziła, że zamawiający właściwie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp biorąc pod uwagę merytoryczne odstępowstwa w ofercie odwołującego od wymagań postawionych w SIWZ przez zamawiającego.

Ponadto Izba stanęła na stanowisku, że niewłaściwe przywołanie przez zamawiającego art. 90 ust. 3 Pzp nie miało wpływu na postępowanie, gdyż w rzeczywistości zamawiający nie odrzucił oferty ze względu na niezłożenie przez odwołującego wyjaśnień, ale ze względu na stwierdzenie przez zamawiającego, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wreszcie Izba musi uznać, że zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż po koniecznym dorzuceniu oferty odwołującego zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej innego wykonawcy i bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego - nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł za każde postępowanie zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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: