

WYROK

z dnia 22 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 17 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 30 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:  
Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Profectus sp. z o.o. z siedzibą

w Niezdrowicach, Zakład Ogólnobudowlany A. K., Niezdrowice

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja gospodarki wodno-ściekowej obiektów Politechniki Śląskiej przy ul. Towarowej 5-7 w Gliwicach (nr postępowania IA 1/B/20/16/AL)

prowadzonym przez zamawiającego: Politechnika Śląska z siedzibą w Gliwicach

przy udziale wykonawcy: Instalacje Sanitarne W. S., Gliwice - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: po pierwsze - unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Instalacje Sanitarne W. S. z Gliwic, po drugie - unieważnienie odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Profectus sp. z o.o. z siedzibą w Niezdrowicach i Zakład Ogólnobudowlany A. K. z Niezdrowic („Konsorcjum z Niezdrowic”), po trzecie - przy powtarzaniu czynności uwzględnić ofertę Konsorcjum z Niezdrowic.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w dwóch trzecich i Odwołujących w jednej trzeciej i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących.
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kwotę 11666 zł 67 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy), na którą składają się koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Gliwicach.

## Uzasadnienie

Politechnika Śląska z siedzibą w Gliwicach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi

na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane

pn. Modernizacja gospodarki wodno-ściekowej obiektów Politechniki Śląskiej przy ul. Towarowej 5-7 w Gliwicach (nr postępowania IA 1/B/20/16/AL)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 kwietnia 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 536124-N-2020.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

25 czerwca 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Instalacje Sanitarne W. S. z Gliwic {dalej: „Przystępujący”} oraz odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez, Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Profectus sp. z o.o. z siedzibą w Niezdrowicach i Zakład Ogólnobudowlany A. K. z Niezdrowic {dalej: „Konsorcjum z Niezdrowic” lub „Konsorcjum”}.

30 czerwca 2020 r. (pismem z tej daty) Konsorcjum z Niezdrowic {dalej również: „Odwolujący”} wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Konsorcjum z Niezdrowic, pomimo że spełniała ona wymogi wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} w rozdziale VIII „Opis sposobu obliczenia ceny”.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 6 - przez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Konsorcjum z Niezdrowic, pomimo nie zawierania ona błędów w obliczeniu ceny.
3. {ewentualnie} Art. 87 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie elementów złożonej przez Konsorcjum z Niezdrowic oferty, czego efektem było niezgodne z powyższymi przepisami jej odrzucenie.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Instalacji Sanitarnych W. S. z Gliwic, w której wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265 ze zm.).
5. Art. 91 ust. 1 - przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza według postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obowiązujących przepisów.
6. Art 7 ust. 1 - przez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji,

prowadzących do odrzucenia oferty Konsorcjum z Niezdrowic.

Odwolujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum z Niezdrowic.
3. Powtórzenie badania i oceny ofert.
4. Wybór oferty Konsorcjum z Niezdrowic jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, ewentualnie poprzedzonego wezwaniem do wyjaśnień jej treści.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że otrzymał od Zamawiającego następujące uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty:

Zamawiający odrzucił ofertę na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający zapisał w SIWZ (str. 15, rozdz. VIII, pkt 2): „Wykonawca musi wycenić i zrealizować pełny zakres robót zgodnie z dokumentacją techniczną stanowiącą integralną część niniejszej SIWZ, w tym przedmiarem robót (pliki elektroniczne: 2.4. SIWZ B 16 Opis

uzupełniający, 2.5. SIWZ B 16 Przedmiar - modernizacja gospodarki wodno-ściekowej, 2.6. SIWZ B16 Przedmiar - roboty związane z modernizacją gosp. wodno-ściekowej, 2.7. SIWZ B16 STWIOR, 2.8. SIWZ B 16 Zakres robót, 2.9. SIWZ B 16 Projekt budowlano-wykonawczy, 3.0. SIWZ B 16 Rysunki31. SIWZ B 16 Rysunki). Przedmiar nie jest wyłączną podstawą do obliczenia ceny oferty. Zakres przedmiotu zamówienia jest zawarty w całej ww. dokumentacji technicznej i w związku z tym Wykonawcy powinni dokładnie zapoznać się z jej treścią, ponieważ brak określonej pozycji w przedmiarze robót nie oznacza, że Wykonawca będzie mógł żądać dodatkowego wynagrodzenia, jeśli nieobjęty przedmiarem robót element jest przewidziany w pozostałej dokumentacji technicznej. Dokonując wyceny należy uwzględnić pełny zakres przedmiotu zamówienia, który jest określony wszystkimi powyższymi dokumentami i w związku z tym Wykonawcy powinni dokładnie zapoznać się z treścią tych dokumentów (...)

Wykonawca w kosztorysie ofertowym jak również w zestawieniu materiałów nie uwzględnił i nie wycenił następujących materiałów:

- w poz. 4 kosztorysu roboty związane: kraty stałe (montaż sposobem półmechanicznym),

oczyszczane ręcznie, masa do 0,15 t - p. a. dostawa i montaż w zbiorniku słupków ze stali kwasoodpornej - szt. 4 o dł. 2 m wg opisu uzupełniającego - nie uwzględniono słupków ze stali kwasoodpornej;

- w poz. 5 kosztorysu roboty związane: kraty stałe (montaż sposobem półmechanicznym), oczyszczane ręcznie, masa do 0,36 t - dostawa i montaż w zbiorniku kraty ze stali kwasoodpornej o wym. 2,5 m x 3,5m wg opisu uzupełniającego - nie uwzględniono kraty ze stali kwasoodpornej,

- w poz. 201 kosztorysu branży sanitarnej, inżynierskiej: pompa zatapialna z zaworami i przewodem tłocznym - nie uwzględniono pompy z zaworami z przewodem tłocznym

Zamawiający stwierdził, że wobec tego treść oferty Konsorcjum w powyższym zakresie nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto zawiera błędy co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, gdyż nie zostały wycenione wszystkie pozycje przedmiarowe wymagane przez Zamawiającego i składające się na przedmiot zamówienia, więc zawiera więc błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący podał ponadto odnośnie postanowień SIWZ, że aczkolwiek Zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe i w rozdziale VIII dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny wymagał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej z odrębnym zestawieniem materiałów, jednak wymagał sporządzenia tego kosztorysu

w sposób odbiegający od praktyki rynkowej:

- zdefiniował, że przez kosztorys w formie szczegółowej rozumie taki kosztorys, którego każda z pozycji powinna zawierać co najmniej: podstawę wyceny, opis pozycji, jednostki miar, rodzaje, ilości oraz koszty materiałów i pracy sprzętu, stawkę roboczogodziny, cenę jednostkową pozycji z narzutami oraz dodatkowo kosztorys taki powinien zawierać

podsumowanie w rozbiciu na wartość netto i podatek VAT; w przypadku kalkulacji indywidualnych dopuszcza się podanie tylko cen jednostkowych z narzutami (bez szczegółowych danych dotyczących R, M i S);

- wskazał, że przez zestawienie materiałów rozumie takie zestawienie, które musi zawierać co najmniej następujące informacje: nazwy materiałów (w układzie alfabetycznym), jednostki

miar, ilości, ceny jednostkowe i wartości materiałów oraz dodatkowo zestawienie takie powinno zawierać podsumowanie wartości materiałów; powinno być ono sporządzone w rozbiu na branże, z zachowaniem układu przedmiarów załączonych do SIWZ.

Jednak już w kolejnych postanowieniach SIWZ Zamawiający:

- zawarł uwagę w następującym brzmieniu (...) Zamawiający nie będzie badał czy ww. ceny zawierają wszystkie składniki cenotwórcze i czy są naliczane prawidłowo, ryzyko niewłaściwie skalkulowanej i wyliczonej ceny ciąży na Wykonawcy i ponosi on wszelkie jego konsekwencje.;
- określił, że: Przedmiar nie jest wyłączną podstawą do obliczenia ceny oferty. Zakres przedmiotu zamówienia jest zawarty w całej ww. dokumentacji technicznej i w związku z tym Wykonawcy powinni dokładnie zapoznać się z jej treścią, ponieważ brak określonej pozycji w przedmiarze robót nie oznacza, że Wykonawca będzie mógł żądać dodatkowego wynagrodzenia, jeśli nieobjęty przedmiarem robót element jest przewidziany w pozostałej dokumentacji technicznej.

Zdaniem Odwołującego Zamawiając poinformował w ten sposób wykonawców, że nie będzie dokonywał analizy kalkulacji poszczególnych pozycji przedmiarowych, ryzyko ewentualnego niewłaściwego skalkulowania ceny pozycji przedmiarowej nie zwolni wykonawcy z obowiązku wykonania wszystkich robót objętych daną pozycją zawartych nie tylko w opisie tej pozycji, ale i w dokumentacji technicznej za zaoferowaną cenę. Tym samym Zamawiający wskazał, że skutkiem nawet braku pozycji przedmiarowej lub jej elementu będzie obowiązek wykonania ich za wynagrodzeniem objętym cenami innych pozycji. Natomiast Zamawiający nie określił, że skutkiem nieprawidłowo naliczanej ceny będzie odrzucenie oferty.

Odwołujący podał również, że w złożonych przez Konsorcjum kosztorysach ofertowych uwzględniono wszystkie pozycje przedmiarowe, a opisy zakwestionowanych pozycji są tożsame z opisami sporządzonymi przez Zamawiającego, który oparł się na wybranych przez siebie pozycjach katalogów nakładów rzeczowych (odpowiednio KNR/704/102/1, KNR/704/102/2 i KNR 7-07/0101-01), wskazując tym samym wymagany algorytm i określone tym algorytmem nakłady rzeczowe robocizny, materiałów i sprzętu do sporządzenia kosztorysu szczegółowego w oparciu o te katalogi.

Odwołujący dodał, że Zamawiający, chociaż mógł, nie nakazał wykonawcom dokonania szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych np. z wykorzystaniem stosowanej w nietypowych sytuacjach analizy indywidualnej lub własnej wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego w tych okolicznościach wycena wszystkich pozycji bez dokonywania w nich zmian oznacza, że Konsorcjum objęło ofertą daną pozycję w pełnym jej zakresie. Dopiero brak wyceny pozycji oznaczałby, że wykonawca nie objął ofertą tej pozycji. Ponieważ w kosztorysie ofertowym Konsorcjum nie ma takiego przypadku, kosztorys ofertowy jest zgodny z SIWZ i nie zawiera również błędów w obliczeniu ceny oferty.

Odwołujący wywiódł, po pierwsze, że przygotowując ofertę był związany postanowieniami SIWZ i praktyką w tym zakresie: (...) przekazanie wykonawcom przedmiarów zawierających odniesienie do symbolu, kodu (numeru) KNR, stanowiących załącznik do SIWZ i przyjęcie oraz zaakceptowanie ich przez wykonawców nie stwarza podstaw, by na etapie postępowania odwoławczego można było je skutecznie kwestionować. Znamienne jest w tym zakresie jedno z orzeczeń Sądu Okręgowego w Warszawie - wyrok z dnia 10 lipca 2008 r. sygn. akt V Ca U 09/08, w którym Sąd stwierdził, że nie jest rolą wykonawcy ocena, czy wymagania SIWZ są zbędne, czy też niezbędne dla zamawiającego. Wykonawca przystępujący do postępowania zobowiązany jest złożyć ofertę zgodną z SIWZ (wyrok Izby z 30 października 2018 r. sygn. akt KIO 2058/18).

Po drugie, że trzymając się wynikającej z doktryny zasady niedokonywania w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego zmian w opisach pozycji przedmiarowych, opracował kosztorys ofertowy z wykorzystaniem programu do kosztorysowania opartego o katalogi nakładów rzeczowych narzucone przez Zamawiającego. A powszechnie wiadome jest, że taki program w przypadku rozbięcia cen jednostkowych na szczegółowe kalkulacje nie pozwala na dopisywanie dodatkowych materiałów, które Zamawiający w sposób niestandardowy określił w opisie uzupełniającym, a których taki program - oparty o przyjęty w nim algorytm do kosztorysowania - nie zawiera. Oznacza to, że Konsorcjum dodatkowe materiały musiało uwzględnić (i uwzględniło) w cenach materiałów lub innych objętych standardowo daną pozycją nakładów, które Zamawiający w przekazanym wykonawcom przedmiarze sam określił, tj. w nakładach objętych pozycjami przedmiarowymi, które zawiera program do kosztorysowania oparty o narzucone przez Zamawiającego KNR-y.

Według Odwołującego działanie takie jest chociażby uzasadnione tym, że ceny

rzekomo brakujących materiałów: słupków ze stali kwasoodpornej (1440 zł), kraty ze stali kwasoodpornej (1750 zł) oraz pompy z zaworami i przewodem tłocznym (200 zł) stanowią kwotę znikomą w cenie całego działu i cenie całkowitej oferty.

Odwołujący stwierdził, że ta sama sytuacja miała miejsce w trakcie przygotowania zestawienia materiałów. Jest powszechnie wiadome, że narzucone przez Zamawiającego katalogi nakładów rzeczowych (w zakresie powyżej wskazanych już pozycji) uwzględniane w programach do kosztorysowania, z których korzystają wykonawcy do sporządzenia kosztorysów ofertowych, nie pozwalają na rozbicie cen materiałów na składowe części tych cen i nie pozwalają na wydruk niczego ponad to, co zawiera standardowy KNR.

Zdaniem Odwołującego przyjęty przez niego sposób prezentacji kalkulacji ceny oferty i samodzielna decyzja o sposobie skalkulowania cen kwestionowanych 3 pozycji

kosztorysowych ma umocowanie w powyżej przywołanych postanowieniach SIWZ

Po trzecie, Odwołujący wywiódł, że według jednolitego stanowiska doktryny o rozumieniu SIWZ przesądza w pierwszej kolejności literalne jej brzmienie, w tym przypadku postanowienia odnoszące się do sposobu obliczenia ceny oferty i jej prezentacji oraz postanowienie o odstąpieniu od badania, czy te ceny zawierają wszystkie składniki cenotwórcze i są naliczone prawidłowo. Po upływie terminu składania ofert Zamawiający jest związany treścią SIWZ i nie może jej interpretować w taki sposób, który nie wynika z jej literalnego brzmienia. Na etapie badania ofert Zamawiający nie może także interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny, niż to wynika z literalnego jej brzmienia, gdyż prowadziłoby to - bez względu na pobudki Zamawiającego - do nieuprawnionej zmiany lub co najmniej istotnej modyfikacji SIWZ, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 7 ust. 1 pzp.

Po czwarte, Odwołujący podniósł, że art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp dotyczy niezgodności w sensie merytorycznym, nie zaś formalnym, a za taki należy uznać w niniejszym stanie faktycznym brak odrębnego wyspecyfikowania niemających przymiotu niezbędnego do rozliczenia umowy słupków ze stali kwasoodpornej, kraty ze stali kwasoodpornej i pompy z zaworami i przewodem tłocznym. Jak wskazano np. w jednym z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej: Aby dokonać odrzucenia oferty, Zamawiający musi mieć pewność, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, bowiem odrzucenie oferty możliwe jest tylko w przypadku braku wątpliwości, że oferta nie zapewni realizacji celu zamówienia, a realizowana usługa nie będzie odpowiadała wymogom z SIWZ. Dla dokonania odrzucenia oferty wykonawcy, musi zaistnieć sytuacja ustalenia w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zlewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nakazuje odniesienie normy art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (wyrok Izby z 8 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 100/19).

Odwołujący podniósł również, że zastosowana przez Zamawiającego sankcja odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zawiera zastrzeżenie, zgodnie z którym nie znajduje ona zastosowania, jeśli istnieją przesłanki do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W każdym zatem przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający przed odrzuceniem oferty ma obowiązek przeanalizowania możliwości poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czego w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie uczynił.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten - wobec jednoznacznego zobowiązania się przez Konsorcjum w treści oferty do realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wszystkim warunkami i wymaganiami określonymi w SIWZ - w przypadku wątpliwości co do treści tej oferty winien zwrócić się do niego co najmniej o wyjaśnienia.

Odwołujący podkreślił, że celem nadrzędnym Zamawiającego winno być wyjaśnienie wszelkich wątpliwości w ofertach wykonawców w sposób dopuszczony przepisami pzp,

z zastosowaniem tych samych reguł w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wymagające wyjaśnienia. Z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum budziła

u Zamawiającego wątpliwości co do jej kompletności, zobowiązany był on do zastosowania

art. 87 ust. 1 pzp.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza na potrzeby sporządzenia kosztorysów ofertowych przyjął stawkę roboczogodziny (stawka r-g) w wysokości 12 zł.

Odwołujący przytoczył przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. (Dz. U. 2019 Poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.: § 1. Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 600 zł, § 2. Od dnia 1 stycznia 2020 r., ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 17 zł.

Odwołujący zarzucił, że tym samym oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest niezgodna zarówno z przywołanymi powyżej przepisami rozporządzenia, jak i z art. 90 pzp, gdyż jako minimalną stawkę godzinową Wykonawca winien przyjąć co najmniej 17 zł, ewentualnie co najmniej 15,3846 zł ( 2600 zł przy uwzględnieniu średniego miesięcznego czasu pracy wynoszącego 169 godzin). Art. 90 ust. 1 pzp nakazuje zamawiającemu badać, czy w cenie oferty uwzględniono koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z2016 r. poz. 1265).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający analizując treść kosztorysów wybranego wykonawcy powinien zauważyć, że została ona skalkulowana z wykorzystaniem stawki roboczogodziny mniejszej od minimalnej możliwej do zastosowania w kalkulacji kosztorysowej, poniżej której nie jest możliwe należyte zrealizowanie robót, z uwzględnieniem i poszanowaniem wymagań wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący podsumował, że oferta takiego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie wskazanych przez niego na wstępie przepisów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 17 lipca 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania z następujących powodów.

{ad pkt 1.-2. listy zarzutów}

Zdaniem Zamawiającego podanie w przedmiarze podstawy nakładów (KNR-y) miało na celu umożliwienie wykonawcom dokonania wyceny w sposób jednoznaczny z zachowaniem realizacji zasad równości oraz uczciwej konkurencji. Natomiast w rozdziale VIII SIWZ dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia w pkt od 1. do 4. jasno i precyzyjnie wskazał sposób, w jaki wykonawca zobowiązany był wyliczyć cenę ofertową oraz sposób, w jaki zobligowany był dowieść prawidłowości tego wyliczenia. Każdorazowo wykonawca winien był dołączyć do oferty kosztorys ofertowy w formie szczegółowej z odrębnym zestawieniem materiałów, przy czym wprost napisano, co rozumie się pod pojęciem kosztorysu w formie szczegółowej oraz zestawienia materiałów oraz co mają one zawierać (ust. 1). W treści ust. 2. wskazano metodologię wyceny, a w ust. 3. i 4. wymogi co do sposobu konstruowania ceny oraz sposobu jej wyrażenia. Z kolei zastrzeżenie w ust. 1., że nie będzie badane, czy ww. ceny zawierają wszystkie składniki cenotwórcze i czy są one naliczone prawidłowo (a ryzyko niewłaściwie skalkulowanej i wyliczonej ceny ciąży na wykonawcy i ponosi on wszelkie jego konsekwencje) immanentnie związane jest z przyjętą metodologią wyceny, zgodnie z którą wykonawca zobowiązany jest uwzględnić pełny zakres przedmiotu zamówienia (ust. 1. i 2.), a cena winna zawierać wszystkie elementy ją definiujące i to wykonawcę obciąża prawidłowość ich wyliczeń (ust. 3). Zapis ten wprost odnosi się do cen, co oznacza, że każdy z wykonawców musi uwzględnić wszystkie elementy składające się na cenę, a wszelkie uchybienia w tym zakresie, jak np. nieprawidłowo naliczona stawka podatku od towarów i usług VAT, będą jego obciążały.

Według Zamawiającego Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że w kosztorysach ofertowych uwzględniono wszystkie pozycje przedmiarowe wymagane przez Zamawiającego, a opisy kwestionowanych pozycji przedmiarowych są tożsame z opisami sporządzonymi przez Zamawiającego, gdyż w kosztorysach Konsorcjum w żadnym miejscu nie wyceniono materiałów w trzech kwestionowanych pozycjach. Ponadto poza zadeklarowaniem objęcia całości przedmiotu zamówienia Konsorcjum również w treści złożonego odwołania nie wskazało miejsca oraz sposobu wyceny materiałów z tych trzech pozycji kosztorysowych.

W ocenie Zamawiającego ponieważ Odwołujący w treści odwołania wprost potwierdza, że na etapie przygotowania oferty, w tym kalkulacji ceny oraz opracowywania kosztorysów był związany treścią SIWZ, na tym etapie postępowania spóźniony jest zarzut, którego istotą jest przyjęta metodologia wyceny przedmiotu zamówienia, jak również wnioski, że wymagania co do sporządzenia kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej odbiegają od praktyki rynkowej. Odwołujący na etapie przygotowania oferty nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z treści art. 38 pzp, co oznacza, że zapisy SIWZ nie budziły jego wątpliwości.

Zamawiający stwierdził, że uwzględnianie dodatkowych materiałów w cenach innych materiałów objętych standardowo daną pozycją nakładów pozostaje w sprzeczności z ogólnie przyjętymi zasadami kosztorysowania. Dostępne na rynku programy kosztorysowe, jak np. Norma czy Zuzia posiadają możliwość wprowadzenia niezbędnych materiałów poza objętymi standardowo. Skoro Odwołujący nie skorzystał z takiego rozwiązania, mógł w treści odwołania wprost wskazać pozycje, w których dokonał wyceny brakujących materiałów, czego jednak nie uczynił.

Zamawiający dodał, że na etapie przygotowywania się do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą stwierdził kolejne naruszenie skutkujące odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pzp {które szczegółowo opisał}.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający wywiódł, że treść art. 87 ust. 1 zd. 1 pzp konstituuje uprawnienie, a nie obowiązek, stąd zamawiający, mając na uwadze okoliczności sprawy, sam decyduje o ewentualnej możliwości skorzystania dobrodziejstwa przywołanego przepisu. W tym przypadku, mając na uwadze informacje ujawnione w treści złożonej oferty, Zamawiający nie powziął wątpliwości i tym samym nie miał potrzeby wyjaśniania okoliczności, które były dla niego jasne.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że pismem nr I.dz. IA1/B/20/16/AL./477 z 29.05.2020 r. wszczął wobec W. S. procedurę opisaną treścią art.: 90 ust. 1 pzp, zaś Wykonawca w piśmie z 05.06.2020 r. złożył wyczerpujące wyjaśnienia, które pozwoliły Zamawiającemu na stwierdzenie, że cena lub jej istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisanymi wymaganiami. W szczególności wyjaśnienia zawierały informacje dotyczące wynagrodzenia pracowników. Zamawiający podsumował, że przeprowadził stosowną procedurę wyjaśniającą, która nie dała podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp.

Zamawiający podniósł, że w odwołaniu nawet nie uprawdopodobniono faktu rażąco niskiej ceny, a ponadto nie wskazano oraz nie wykazano, w jaki sposób owa zaniżona stawka miała wpływ na kształtowanie ceny w kontekście instytucji rażąco niskiej ceny. Nie wykazano również ponad wszelką wątpliwość, że faktycznie wystąpiło zniżenie stawki roboczozdobywcy w stosunku do minimalnego wynagrodzenia.

3 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w stosownej formie elektronicznej zgłoszenie przez Instalacje Sanitarne W. S. z Gliwic przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3 dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a w złożonym na posiedzeniu piśmie odniósł się do zarzutów odwołania, w tym bardzo szczegółowo do zarzutów odnoszących się do złożonej przez niego oferty.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zostały również zgłoszone w tym przedmiocie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego tego postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, której odrzucenie oznacza utratę możliwości uzyskania przedmiotowego odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

W pierwszej kolejności konieczne stało się przypomnienie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne,

które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja

2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}.

Oczywiste jest zatem, że w odwołaniu od odrzucenia oferty wykonawca może jedynie zakwestionować takie podstawy faktyczne decyzji, jakie zostały mu ujawnione w ramach uzasadnienia faktycznego, które wraz z uzasadnieniem prawnym zamawiający obowiązany jest sporządzić i przekazać wykonawcy.

Z tego względu nie mogły być wzięte pod uwagę w tej sprawie nowo zgłoszone dopiero w odpowiedzi na odwołanie powody, dla których oferta Konsorcjum miałaby być

niezgodna z treścią s.i.w.z.

Z kolei w przypadku Odwołującego Izba nie mogła wziąć pod uwagę okoliczności związanych z treścią złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny, które w odwołaniu zostały zupełnie pominięte, inaczej niż jako wskazujących na bezzasadność

zarzutu odwołania.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1.-3. oraz pkt 5.-6. listy zarzutów}

Izba stwierdziła, że ponieważ w odwołaniu adekwatnie przywołano lub opisano treść specyfikacji, złożonej oferty i zawiadomienia o jej odrzuceniu, nie ma potrzeby ich

powtarzania, gdyż zostały już zrelacjonowane powyżej.

Zaznaczyć należy, że poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Konsorcjum nie pominęło wyceny żadnej pozycji przedmiarowej, a opis trzech spornych pozycji jest taki, jaki automatycznie wynika ze wskazanych w udostępnionej wykonawcom dokumentacji

przetargowej oznaczeń pozycji wg. Katalogów nakładów rzeczowych (tzw. KNR).

Niezgodność treści oferty Konsorcjum z Niezdrowic w stosunku do treści specyfikacji

sprowadza się zatem do braku wyszczególnienia w zestawieniu materiałów dodatkowych w stosunku do standardowego opisu tych trzech pozycji materiałów w postaci krat (słupków) ze stali kwasoodpornej i pompy zatapialnej z zaworem i przewodem tłocznym.

Dodatkowo należy podkreślić należy, że za bezsporną okoliczność należy uznać,

że wartość materiałów, których nie dopatrzyl się Zamawiający w kosztorysie (zestawieniu materiałów) jest znikoma w stosunku do wartości całej oferty (ubruttowiona wartość tego zamówienia oscyluje na poziomie 1 mln zł), gdyż Zamawiający nie zakwestionował takiego twierdzenia zawartego w odwołaniu, które dodatkowo zostało poparte dowodami złożonymi na rozprawie w celu wykazania kosztów zakupu krat i pompy (łączna wartość tych materiałów opiewa na niespełna 4200 zł {oferta sprzedaży krat z 14 maja 2020 r. i faktura proforma z 11 maja 2020 r.}).

Dodatkowo powyższe dowody uprawdopodobniają w wysokim stopniu, że Konsorcjum uwzględniło przy wycenie oferty koszty tych materiałów, skoro zamówiło je przed terminem złożenia ofert.

Zarówno z uzasadnienia odrzucenia, jak i odpowiedzi na odwołanie nie wynika, na czym miałyby polegać błęd w obliczeniu ceny oferty popełniony rzekomo przez Konsorcjum. W istocie Zamawiający z tej samej podstawy faktycznej wywiódł jednoczesne zaistnienie dwóch podstaw prawnych odrzucenia oferty.

Przede wszystkim zaznaczyć należy, że nie tylko w ramach argumentacji prawnej, ale również i faktycznej Zamawiający nie przedstawił żadnych okoliczności świadczących o tym, że rozważył stwierdzone przez siebie niezgodności jako inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, niepowodujące istotnej zmiany treści oferty.

Natomiast postępowanie dowodowe wykazało, że wobec Przystępującego w analogicznej sytuacji, czyli stwierdzenia braku ujęcia w niektórych pozycjach kosztorysu materiałów (w tym przypadku w poz. nr 19, 20, 93, 94, 146, 147 i 243 dotyczących umocnienia pionowych ścian wykopu palami nie zostały ujęte nakłady materiałowe potrzebne do wykonania zabezpieczenia), Zamawiający nie tylko wezwał go do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp {pismem z 19 maja 2020 r. l. dz. IA1/B/20/16/AL./478, którego odpis złożył na rozprawie Odwołujący}, ale przyjął wyjaśnienia {pismo W. S. z 5 czerwca 2020 r., którego odpis złożył na rozprawie Odwołujący}, w których W. S. wyjaśnił, że celowo pominął te materiały z uwagi na stosowanie innego sposobu umocnienia wykopów w postaci stalowych rozpór, co jednak nie wynikało explicite z treści złożonej oferty (kosztorysu, zestawienia materiałów).

Natomiast bez znaczenia dla sprawy jest toczony przez Strony na rozprawie spór co do tego, czy i jak można modyfikować opisy pozycji i zestawienia materiałów w komputerowych programach do kosztorysowania, gdyż w oczywisty sposób stanowisko Odwołującego służyło wyjaśnieniu faktycznych powodów złożenia w ofercie kosztorysu i zestawienia w taki, a nie inny sposób, a nie wykazywaniu, że taka ręczna modyfikacja nie jest obiektywnie możliwa.

Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem

nieważności), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymagany przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Jednakże, co ma kluczowe znaczenie w tej sprawie, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) - o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli - jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty - jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obciąża natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 PZP stwierdzone

nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp. {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2743/11 oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. sygn. akt 1514/11}.

Jak to powyżej ustalono, dla trzech pozycji kosztorysowych wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Konsorcjum nie wykazało w zestawieniu materiałów tych dodatkowo przewidzianych przez Zamawiającego ponad standardowy opis pozycji KNR.

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający powinien dokonać skorygowania stwierdzonych niezgodności. Przy czym podkreślić należy, że pomimo ewidentnego zawarcia w treści uzasadnienia odwołania zarzutu naruszenia również art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp, Zamawiający w toku postępowania odwoławczego w ogóle się do niego nie odniósł, a tym samym de facto zrezygnował z przedstawienia argumentacji prawnej odnośnie braku możliwości zastosowania tego przepisu w okolicznościach faktycznych tej sprawy.

Na wstępie należy zauważyć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia na myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

W orzecznictwie Izby podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) {vide wyrok Izby z 23 marca 2011 r. n sygn. akt KIO 522/11}. Jednocześnie czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażań lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sądzony niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. {Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany

przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonany poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważnie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż 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 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.

Tymczasem Zamawiający w tej sprawie {vide uzasadnienie odrzucenia oferty i odpowiedź na odwołanie} nie był w stanie podać żadnego konkretnego argumentu przemawiającego za brakiem możliwości poprawienia stwierdzonych przez siebie w ofercie Konsorcjum braków, które w oczywisty sposób nie mają istotnego znaczenia w skali całej oferty. Zamawiający zdaje się w ten sposób negocjować możliwość zmiany treści oferty w zakresie przedmiotowo istotnym. Jednakże art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę w powyżej przedstawionym rozumieniu. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowiska Izba zabrała w wyroku z 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i w wyroku z 28 września 2010 r. sygn. akt KIO 1978/10.

Zamawiający zdaje się w ogóle nie dostrzegać, że w skali wartości oferty i zakresu przedmiotu zamówienia wymagane doprecyzowanie treści oferty Konsorcjum co najwyżej stanowi zmianę znikomą i to wyłącznie pod względem sprecyzowania rzeczowego, gdyż pod względem wartości (ceny oferty) nic nie ulegnie zmianie.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez

zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do omyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, był w stanie zarówno stwierdzić na czym polega omyłkowa niezgodność, co uczynił, jak i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie zaniechał, pomimo że nie wezwał Odwołującego tak jak Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego w tej sprawie, z uwagi na znikomość zakresu zmiany treści oferty nie wymaga rozstrzygnięcia, czy poprawienie w tym ostatnim zakresie sprowadza się jedynie do dodania informacji o ujęciu dodatkowych materiałów dla trzech pozycji kosztorysu (uzupełnienia zestawienia materiałów o nie). Na przeszkodzie poprawieniu tych pozycji bez zmiany ich wyceny nie stoi na przeszkodzie przypuszczenie - choćby było uzasadnione {a tak nie jest w tej sprawie - patrz powyżej poczynione ustalenia} - że Konsorcjum sporządzając ofertę przeoczyło w ogóle konieczność uwzględnienia tych materiałów. Biorąc pod uwagę stanowisku Odwołującego brak podstaw do przypuszczenia, że stanie się to powodem braku jego zgody na dokonanie poprawienia tej omyłki w sposób, który z pewnością był dostępny Zamawiającemu.

Resumując, w ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu złożonej przez Odwołującego oferty wynika wola zaoferowania realizacji całości zamówienia dotyczącego, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w sposób, który powinien być oczywisty dla Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego, po pierwsze - art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 87 ust. 1 pzp, po drugie - art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, a w konsekwencji również naruszenie art. 91 ust. 1 pzp miały istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 4. listy zarzutów}

Po pierwsze, o ile Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia zarzutów związanych z odrzuceniem jego oferty, o tyle nie zrobił tego w odniesieniu do zarzutu skierowanego przeciwko ofercie Przystępującego. W konsekwencji potwierdzenie się tych pierwszych zarzutów jest wystarczające i konieczne zarazem dla wyczerpania legitymacji Konsorcjum do wniesienia odwołania w tej sprawie.

Niezależnie od powyższego, jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14: Zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołujący zaniechał bowiem ustalenia stanu postępowania w odniesieniu do badania ceny oferty Przystępującego, a tym samym pozbawił się możliwości skutecznego zakwestionowania, że pomimo złożonych wyjaśnień lub właśnie ze względu na ich treść oferta konkurenta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Z powyższych względów rozważanie szerokiej argumentacji i dowodów zgłoszonych

na jej poparcie przez Przystępującego było zbędne dla rozpoznania tego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

{rozstrzygnięcie o kosztach tej sprawy odwoławczej}

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa przez Izbą (potwierdzone złożonymi do zamknięcia rozprawy rachunkami), orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając nimi Zamawiającego w 2/3, a Odwołującego w 1/3.