Sygn. akt: KIO 287/20
KIO 288/20

WYROK

z dnia 28 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2020 r. w Warszawie dwóch odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2020 r. przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (sygn. akt KIO 287/20 i KIO 288/20) w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Kujawsko-Pomorskie, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń, w imieniu którego działa Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy ul. Dworcowa 80, 85-010 Bydgoszcz

przy udziale wykonawcy Transpol Lider Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łojewie, Łojewo 70, 88-101 Inowrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 287/20 i KIO 288/20,

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 287/20
KIO 288/20

Województwo Kujawsko-Pomorskie, w imieniu którego działa Zarząd Dróg

Wojewódzkich, w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm. - dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 559 na odcinku Lipno - Kamień Kotowy - granica województwa" z podziałem na dwie części: część I - Etap I od km 1+500 do km 12+500 oraz część II - Etap II od km 12+500 do km 18+740 (skrzyżowanie w m. Jasień). Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2019 r., nr ogłoszenia 2019/S 186-451621.

W dniu 5 lutego 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o poprawieniu w ofercie wykonawcy Transpol Lider sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łojewie (dalej: „Transpol") omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w części I i II postępowania. W dniu 13 lutego 2020 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały złożone odwołania wniesione przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący") na ww. czynności Zamawiającego polegające na poprawieniu przez Zamawiającego błędów i niezgodności z SIWZ zawartych w ofercie wykonawcy Transpol, w części I Postępowania - odwołanie sygn. akt KIO 287/20 i w części II Postępowania - odwołanie sygn. akt KIO 288/20.

W obydwu odwołaniach zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił

naruszenie:

1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawienie w ofercie wykonawcy Transpol błędów nie mających charakteru innej omyłki objętej dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego konsekwencją było sprzeczne z ustawą Pzp wprowadzenie zmian w treści oferty Transpol, polegających na dostosowaniu tej oferty do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ"),

2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie przez Zamawiającego instytucji wyjaśnień treści oferty wykonawcy Transpol, polegające na wezwaniu tego Wykonawcy do wyjaśnień, pomimo, że jego oferta była jednoznacznie niezgodna z treścią SIWZ,

3) art. 7 ustawy Pzp tj. naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez umożliwienie wykonawcy Transpol poprawienie (zmiany) treści oferty po upływie terminu składania ofert, pomimo, że oferta ta zawierała błędy i nieprawidłowości nie mające charakteru omyłki, możliwej do poprawienia w trybie określonym ustawą Pzp (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie każdego z odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia innych omyłek w ofertach wykonawcy Transpol w obu częściach postępowania, dokonanych przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu obu odwołań Odwołujący wskazał m.in., iż pismem z dn. 04.02.2020r. (znak ZDW.N4.363.20.2019) przesłanym Odwołującemu w dniu 05.02.2020r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że w dniu 14.01.2020 roku skierował do Transpol

pismo pt: „Inna omyłka art. 87 ust. 2 pkt 3” w którym dokonał zmiany kwalifikacji omyłek w ofercie Transpol z oczywistych (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) na inne omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Przywołane wyżej pismo zostało załączone przez Zamawiającego do informacji z dnia 04.02.2020 roku. Zmiana kwalifikacji omyłek dotyczyła następujących pozycji kosztorysowych;

1) kosztorys branża drogowa, dział 3 ODWODNIENIE, pozycja 35 d.3 część I / pozycja 32.d.3 część II

Tekst z omyłką: Przepusty rurowe pod zjazdami - rury żelbetowe o średnicy 40 cm (wraz z montażem skośnych żelbetowych kołnierzy wlotowych i wylotowych) Nr. spec. techn. D-06.02.01

Tekst poprawny: Przepusty rurowe pod zjazdami - rury polipropylenowe PP o średnicy 40 cm (wraz z umocnieniem brukowcem z kamienia narzutowego o wym. 13-17 cm na zaprawie cementowo-piaskowej gr 10 cm) Nr. spec. techn.jP-06.02.01kN/m Nr spec. D-02.01.01a

2) kosztorys branża drogowa, dział 4 PODBUDOWA, pozycja 44.d.4 część i/ pozycja 39.d.4 część II

Tekst z omyłką: Podbudowy betonowe gr. 10 cm pielęgnowane piaskiem i wodą GRUNT

STABILIZOWANY CEMENTEM W BETONIARNI Rm=l,5 MPa GRUBOŚĆ 15 cm (po uwzględnieniu krotności) Nr spec. techn. D-04.05.01 Krotność = 1.5D- 06.02.01

Tekst poprawny: Podbudowy betonowe gr.10 cm pielęgnowane piaskiem i wodą mieszanka kruszywa lub gruntu związanego spoiwem hydraulicznym Cl,5/2 GRUBOŚĆ 15 cm (po uwzględnieniu krotności) Nr spec. techn. D-04.05.01 Krotność = 1.5

3) kosztorys branża drogowa, dział 4 PODBUDOWA, pozycja 45.d.4 część I / pozycja

40.d.4 część II

Tekst z omyłką: Podbudowy betonowe gr. 10 cm pielęgnowane piaskiem i wodą GRUNT

STABILIZOWANY CEMENTEM W BETONIARNI Rm=l,5 MPa Nr spec. techn. D-

04.05.01

Tekst poprawny: Podbudowy betonowe gr.10 cm pielęgnowane piaskiem i wodą

(mieszanka kruszywa lub gruntu związanego spoiwem hydraulicznym 0,5/2 grubości 10

cm) Nr spec. techn. D- 04.05.01

4) Kosztorys branża drogowa, dział 5 NAWIERZCHNIA, pozycja 63 d.5. część I/ pozycja

54. d.5 część II

Tekst z omyłką: Nawierzchnie z mieszanek mineralno- bitumicznych asfaltowych o grubości 4 cm (warstwa ścieralna) GRUBOŚĆ WARSTWY 5 CM) Nr spec. techn. D-05.03.05b Krotność = 1.25

Tekst poprawny: Nawierzchnie z mieszanek mineralno- bitumicznych asfaltowych o grubości 4 cm (warstwa wiążąca) GRUBOŚĆ WARSTWY 5 CM) Nr spec. techn. D-05.Q3.05b Krotność = 1.25

5) kosztorys branża drogowa, dział 5 NAWIERZCHNIA, pozycja 64 d.5 część I/ pozycja

55. d..5 część II

Tekst z omyłką: Nawierzchnie z mieszanek grysowo- mastyksowych SMA o grubości 5 cm (warstwa ścieralna) z transportem materiału na odległość 5km - JEZDNIA GŁÓWNA Nr. spec. techn. D- 05.03.13

Tekst poprawny: Nawierzchnie z mieszanek grysowo- mastyksowych SMA o grubości 4 cm (warstwa ścieralna) z transportem materiału na odległość 5km - JEZDNIA GŁÓWNA Nr. spec. techn. D- 05.03.13.

Odwołujący wyjaśnił, że wskazane pozycje kosztorysowe zostały na wcześniejszym etapie postępowania zakwalifikowane przez Zamawiającego jako oczywiste omyłki pisarskie i poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, o czym Zamawiający powiadomił

Transpol w piśmie z dnia 03.12.2019 roku (znak: ZDW.N4.363.20.2019). Czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu omyłek w ofercie Transpol na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp została zaskarżona przez Strabag Sp. z o.o. w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03.02.2020 roku. W wyniku tego odwołania, Zamawiający pismem z dnia 04.02.2020 roku, znak: ZDW.N4.363.20.2019, poinformował Wykonawców o zmianie kwalifikacji wskazanych omyłek z oczywistych omyłek pisarskich na inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wraz ze zmianą kwalifikacji prawnej stwierdzonych niezgodności w ofercie Transpol, nie dokonał jakiejkolwiek modyfikacji w sposobie poprawienia stwierdzonych błędów. Obie czynności Zamawiającego, polegały na wpisaniu we wskazanych wyżej pozycjach kosztorysowych oferty Transpol prawidłowego tekstu opisu pozycji kosztorysowej, tj. która określona została modyfikacją SIWZ z dnia 04.11.2019 roku.

W ocenie Odwołującego, czynności Zamawiającego polegające na poprawieniu wskazanych wyżej omyłek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zostały dokonane z naruszeniem tego przepisu, z uwagi na to, że opisane niezgodności w ofercie Transpol nie mają charakteru omyłek w rozumieniu tego przepisu. Ponadto dokonane przez Zamawiającego poprawki spowodowały istotną zmianę treści ofert Transpol, co stanowi negatywną przesłankę zastosowania wskazanego powyżej przepisu i powinno powodować unieważnienie czynności Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że nieprawidłowości w ofercie Transpol nie stanowiły omyłki,

lecz błąd wywołany świadomym działaniem Wykonawcy, wynikający z nieuwzględniania w

treści ofert zmian wprowadzanych do SIWZ w wyniku odpowiedzi na pytania Wykonawców. Za takim wnioskiem przemawia w jego ocenie w szczególności kolejność zdarzeń zaistniałych w trakcie postępowania. Transpol załączył do swojej oferty kosztorys, który nie odpowiadał treści SIWZ, ukształtowanej ostatecznie modyfikacją dokonaną w dniu 04.11.2019 roku, w wyniku której kilka pozycji przedmiaru zostało zmienionych w sposób zasadniczy tj. pierwotnie występujące w kosztorysie asortymenty robót zostały usunięte, a w ich miejsce Zamawiający wprowadził inne. Dotyczy to pozycji, które zostały przez Zamawiającego zmienione w ofercie Transpol poprzez sprostowanie omyłek na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Istotny jest fakt, iż Transpol we wskazanych pozycjach w ogóle nie uwzględnił zmian wprowadzonych przez Zamawiającego. Analiza kosztorysu załączonego przez Transpol prowadzi do wniosku, że wskazane pozycje w 100% odpowiadają opisowi pozycji kosztorysowych sprzed zmiany SIWZ, dokonanej przez Zamawiającego w dniu 04.11.2020 roku.

W ocenie Odwołującego wskazane okoliczności świadczą o tym, że Transpol w sposób świadomy nie zastosował się do modyfikacji SIWZ, czego konsekwencją było złożenie oświadczenia woli sprzecznego z warunkami określonymi i wymaganymi przez Zamawiającego. Ukształtowanie tego oświadczenia w przywołanych powyżej pozycjach w sposób odpowiadający treści pierwotnego kosztorysu, przekreśla możliwość uznania wskazanych nieprawidłowości jako omyłek. Opisana sekwencja zdarzeń, jak również analiza kosztorysu Transpol prowadzi do wniosku, że Wykonawca nie zaoferował wykonania robót wymaganych przez Zamawiającego we wskazanych - zmienionych pozycjach kosztorysowych. Brak jest w ofercie Transpol, a w szczególności w kosztorysie ofertowym takich treści, które pozwoliłby na stwierdzenie, że pominięcie zmiany SIWZ dokonane zostało wyłączenie w wyniku zniekształcenia oświadczenia woli, a tym samym, że zamiarem Transpol było zaoferowanie wykonania robót w sposób wymagany SIWZ. Wniosek ten w ocenie Odwołującego wynika w szczególności z przywołanego powyżej faktu nie ujęcia przez Transpol we wskazanych pozycjach w jakimkolwiek zakresie zmian dokonanych przez Zamawiającego. W związku z tym nie można w zaistniałej sytuacji stwierdzić, że Zamawiający dokonał wyłącznie poprawienia omyłki, skoro konwalidowanie oferty Transpol polegało na całkowitym zastąpieniu przez Zamawiającego niewłaściwych asortymentów robót prawidłowymi, zgodnymi ze zmianami SIWZ. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że brak było w treści kosztorysów Transpol takich treści, na podstawie których Zamawiający mógł uznać, że Transpol dokonał w kosztorysie wyceny zmienionych asortymentów robót, co przekreśla możliwość zastosowania instytucji poprawy omyłek w trybie art. 87 ust 2 pkt 3

ustawy Pzp. Istotna dla kwalifikacji błędów w ofercie Transnol jak też oceny prawidłowości działania Zamawiającego jest, zdaniem Odwołującego, okoliczność nie uwzględnienia przez Wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny pozycji kosztorysowych poprawionych przez Zamawiającego._Zgodnie z udostępnioną przez Zamawiającego korespondencją prowadzoną z Transpol w postępowaniu, Wykonawca przedłożył w piśmie z dnia 13.12.2019 roku znak: I-XII/2019/559 wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W przedmiotowych wyjaśnieniach Transpol nie uwzględnił poprawionych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Okoliczność ta wynika z pisma Zamawiającego z dnia 19.12.2019 roku znak: ZDW.N4.363.20.2019, w którym Transpol wezwany został na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do uargumentowania, dlaczego w przedłożonych wyjaśnieniach nie wziął pod uwagę sprostowanych przez Zamawiającego omyłek w treści swojej oferty. Powielenie tych samych błędów w piśmie, w którym Wykonawca wyjaśnia sposób wyceny robót, czyli przyjęte założenia kalkulacyjne pozycji kosztorysowych, w sposób jednoznaczny przekreśla możliwość omyłkowego, nieświadomego działania Wykonawcy. Wskazane okoliczności i ocena zachowania Wykonawcy powinna prowadzić do odrzucenia Oferty Transpol, nie zaś, jak to uczynił Zamawiający, do podjęcia kolejnych działań mających na celu konwalidowanie wadliwej i sprzecznej z SIWZ oferty Wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, iż ocena opisanych w odwołaniu czynności Zamawiającego, prowadzi dodatkowo do wniosku, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował w postępowaniu instytucję wyjaśnień treści Oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego konsekwencją było nieuzasadnione poprawienie omyłek w ofercie Transpol. W ocenie Odwołującego, wskazane w odwołaniu nieprawidłowości, świadczyły o tym, że Wykonawca w sposób niezgodny z SIWZ opracował ofertę, z uwagi na nieuwzględnienie w jej treści zmian SIWZ. Co istotne, wezwanie do wyjaśnień wystosowane zostało w sytuacji, w której po wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Zamawiający posiadał dodatkowe informacje, potwierdzające, że Transpol nie zawarł w ofercie asortymentów robót zgodnych ze zmianą SIWZ. Wskazane okoliczności, powinny prowadzić do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Transpol jako niezgodnej z SIWZ, nie zaś do wezwania do wyjaśnień oraz poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że nieuzasadnione z uwagi na powyższą argumentację poprawienie niezgodności z SIWZ w ofercie Transpol doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty. Zastąpienie przez Zamawiającego opisu nieprawidłowych pozycji kosztorysowych prawidłowym - zgodnym z SIWZ opisem spowodowało bowiem w jego ocenie wytworzenie nowego oświadczenia woli, które nie zostało zawarte w ofercie Transpol. Poprawienie błędów w Ofercie Transpol dotyczyło istotnych dla całości zamówienia zakresów robót. Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja treści SIWZ doprowadziła do znaczącej zmiany treści pozycji kosztorysowych pod względem technologii oraz zakresu robót, bowiem Zamawiający w odniesieniu do nawierzchni warstwę ścieraną zastąpił warstwą wiążącą oraz skorygował grubość koniecznej do wyceny warstwy ścieralnej do zgodnej z dokumentacją projektową, w konsekwencji zastępując konieczność wyceny warstwy ścieralnej grubości 5 cm wraz z transportem materiału na odległość 5 km koniecznością wyceny warstwy ścieralnej o grubości 4 cm. Podobnie w przypadku przepustów rurowych po zmianie należało wycenić inny materiał niż przewidziany pierwotnie (rury żelbetowe vs. rury polipropylenowe PP) i inną technologię wykonania, czy też pozycji dotyczących podbudowy, gdzie nastąpiła zmiana rodzaju materiału - na materiał o wyższych parametrach wytrzymałościowych. Analiza wskazanych pozycji kosztorysowych prowadzi w ocenie Odwołującego do wniosku, że są to różne zakresy robót, oraz różne technologie wykonania robót. Tym samym nie można mówić o nieistotnej zmianie treści oferty dokonanej w wyniku poprawienia przez Zamawiającego omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Co więcej powielenie tych samych błędów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny prowadzi do wniosku, że cena zaoferowana przez Transpol za wykonanie błędnie wpisanych pozycji kosztorysowych, nie

powinna mieć zastosowania do zmienionych w wyniku sprostowania omyłki pozycji

kosztorysowych.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyroki Izby z dnia 06.12.2017 roku sygn. akt KIO 2394/17, wyroku w sprawie sygn. akt KIO 408/19 (bez wskazania daty), z dnia 17.10.2019 roku, KIO 1964/19), z dnia 20.01.2009 roku, KIO/UZP/09), z dnia 13.01.2012 roku sygn. akt KIO 2810/11, z dnia 09.12.2014 roku sygn. akt KIO 2457/141 akcentując w szczególności te ich fragmenty, z których wynika, iż nie podlega sprostowaniu błąd wynikający ze świadomego działania Wykonawcy.

Pismami z dnia 17 lutego 2020 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach sygn. akt KIO 287/20 i KIO 288/20 zgłosił wykonawca Transpol Lider sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łojewie.

Pismem z dnia 25 lutego 2020 r., złożonym na posiedzeniu, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego na nośniku CD oraz pisma załączone do odpowiedzi na odwołanie w tym m.in.: pismo Transpol Lider Sp. z o.o. sp. k. z dnia 14 stycznia 2020 r. o wyrażeniu zgody na poprawę omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pismo Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2020 r. o dokonaniu poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyjaśnienia Transpol Lider Sp. z o.o. sp. k. z dnia 24 grudnia 2019 r. (wraz z załącznikami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa), złożone na wystąpienie Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2019 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami m.in. ofertami podwykonawców (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), a także dowody złożone do akt sprawy przez Odwołującego w postaci pierwszej i trzeciej strony zgłoszenia przystąpienia oraz korespondencji e-mail celem wykazania nieskuteczności Przystąpienia, oraz złożone na rozprawie na opracowanie własne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących ich odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący w swoich odwołaniach w sprawach o sygn. akt KIO 287/20 i KIO 288/20 wskazał, iż złożył oferty w postępowaniu, które według przyjętych kryteriów oceny zaklasyfikowane zostały na drugim miejscu w rankingu ofert. Błędy w ofertach Transpol skutkować powinny ich odrzuceniem jako niezgodnych z SIWZ. Szkoda jaką może ponieść Odwołujący w wyniku czynności Zamawiającego wyraża się w tym, że w wyniku nieuzasadnionego poprawienia błędów w ofertach Transpol jako innych omyłek polegających na ich niezgodności z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w ich treści, oferty zostały dostosowane to treści SIWZ, co powoduje, że niemożliwym stanie się ich odrzucenie z tego powodu, a w konsekwencji Odwołujący pozbawiony zostanie możliwości udzielenia zamówienia pomimo, że złożone przez niego oferty są zgodne z SIWZ i są najkorzystniejsze w tym postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia częściach I i II i w tym celu złożył oferty. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołań, mógłby zatem liczyć na udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Wykonawca Transpol Lider sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łojewie (dalej: „Przystępujący") zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się jego uczestnikiem.

Następnie Izba ustaliła:

Stosownie do pkt 3.4 SIWZ „Szczegółowa charakterystyka zadania" wykonanie przedmiotu zamówienia winno nastąpić zgodnie z zamieszczoną na stronie Zamawiającego dokumentacją projektową.

W myśl pkt 13.1 SIWZ ofertę stanowi: Wypełniony i podpisany Formularz oferty wg załącznika nr 1 do SIWZ; Wypełnione i podpisane Formularze ofertowe wg załącznika nr 5 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 5 Formularza ofertowego wykonawca oświadczał, że zapoznał się z SIWZ i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami.

Pkt 16.3. SIWZ wskazuje, że cena oferty jest ceną kosztorysową, formularze kosztorysu ofertowego winny być wypełnione w każdej pozycji, a ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą podlegały zmianom w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Na cenę oferty składa się całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z pkt. 16.4 SIWZ płatność za przedmiot zamówienia będzie miała charakter obmiarowy i zostanie dokonana w oparciu o faktycznie zrealizowany zakres robót, wynikający z dokonanych i potwierdzonych przez Inżyniera Kontraktu/Zamawiającego obmiarów powykonawczych niewykraczających poza zakres przedmiotu zamówienia oraz sporządzonych na ich podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych kosztorysów powykonawczych robót podstawowych.

Jak to zostało przedstawione w przytoczonych powyżej odwołaniach, Zamawiający w dniu 4 listopada 2019 r. wprowadził zmiany w opisie pozycji kosztorysu ofertowego: 35 d.3 część I / pozycja 32.d.3 część II, 44.d.4 część i/ pozycja 39.d.4 część II, 45.d.4 część I / pozycja 40.d.4 część II, 63 d.5. część I/ pozycja 54.d.5 część II i 64 d.5 część I/ pozycja 55.d..5 część II.

Przystępujący w swoim kosztorysie ofertowym dokonał wyceny tych pozycji, jednak nie uwzględnił zmian ich opisu. W związku z tym Zamawiający, uznając, iż doszło do omyłki, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawy w tym zakresie oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje

Odwołania podlegają oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zawarte w nich zarzuty, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka.

Wskazane w odwołaniach, jako naruszone w ocenie Odwołującego przez Zamawiającego przepisy ustawy Pzp stanowią odpowiednio:

-art. 87 ust. 1: 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, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

- art. 87 ust. 2 pkt 3: 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.

- art. 7: 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 1a. Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. 2.

Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, przy czym Odwołujący wskazując cały przepis, jednocześnie zawęził zarzut do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Jak stwierdził na rozprawie Odwołujący i co wynika z treści odwołania, podstawą postawionego przez niego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to, iż w jego ocenie przedmiotowe błędy w ofercie Przystępującego noszą znamiona świadomego działania wykonawcy, co wyłącza możliwość ich poprawy na podstawie tego przepisu.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia zatem wymaga, czy w ofercie Przystępującego wystąpiła inna omyłka (niż oczywista omyłka pisarska lub oczywista omyłka rachunkowa), podlegająca poprawie przez Zamawiającego na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp.

Nie jest w sprawie sporne, że treść przedmiotowych pozycji kosztorysu ofertowego Przystępującego, zawiera zapisy tożsame z tymi, które występowały w SIWZ do czasu wprowadzenia przez Zamawiającego zmian w dniu 4 listopada 2019 r. Nie jest również sporne, że w wyniku poprawy dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zapisy te otrzymały treść tożsamą z treścią nadaną im przez Zamawiającego ww. zmianą, na co Przystępujący wyraził zgodę.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby Przystępujący składając ofertę objął swoją wolą złożenie jej w sposób sprzeczny z SIWZ i świadomie nie uwzględnił wprowadzonej przez Zamawiającego zmiany kosztorysu ofertowego, tj., że zamierzał wykonać zamówienie w inny sposób niż określony w SIWZ. Argumentacja przedstawiona na tę okoliczność przez Odwołującego, nie potwierdza jego tezy.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego prezentowanym na rozprawie, że to, iż Zamawiający zamieścił na swojej stronie wersję edytowalną zmienionych kosztorysów ofertowych, a Przystępujący nie skorzystał z tych formularzy, wskazuje na świadome działanie Przystępującego. To, że Wykonawca nie skorzystał z nowej wersji edytowalnej kosztorysu ofertowego, nie oznacza bowiem automatycznie, że zrobił to świadomie i celowo, a nie np. przez przeoczenie.

Nie można także podzielić oceny Odwołującego, iż za brakiem omyłki przemawia to, iż w pozycjach poprawionych przez Zamawiającego brak jest asortymentów wymaganych zmienioną SIWZ, a oferta w tych pozycjach zawiera opis asortymentu dokładnie taki sam jak sprzed zmian SIWZ. Zauważenia w tym zakresie wymaga, co nie jest sporne, że przedmiotowe pozycje kosztorysu są wypełnione i wycenione przez Przystępującego, a zatem wykonawca ten zaoferował podany w nich przedmiot, tyle że w ofercie uczynił to w sposób nieuwzględniający zmian SIWZ, co nie przesądza jednak, iż uczynił to celowo, a nie na skutek omyłkowo przyjętego nieaktualnego brzmienia kosztorysu ofertowego.

Za chybiony należy także uznać kolejny argument Odwołującego przemawiający jego zdaniem za tym, iż w sprawie nie występuje omyłka, tj., że Zamawiający najpierw poprawił przedmiotowe pozycje jako omyłkę pisarską, a później uczynił to w ten sam sposób traktując, jako inną omyłkę, co wskazuje zdaniem Odwołującego, że Zamawiający sam nie wiedział, z jaką omyłką ma do czynienia, a powinien wiedzieć jak poprawić ofertę, przy czym musi to wynikać z oferty. Powyższe, wbrew intencji Odwołującego, wskazuje bowiem, iż Zamawiający od początku nie miał wątpliwości, że chodzi o omyłkę oraz nie miał wątpliwości jak ją poprawić.

Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż z treści oferty Przystępującego, Zamawiający nie mógł wiedzieć, że Przystępujący chciał zaoferować zmieniony asortyment. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, w treści Formularza Ofertowego wykonawca oświadczał, iż zapoznał się z treścią SIWZ i zobowiązuje się do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, natomiast wprowadzone przez niego zmiany opisu przedmiotowych pozycji kosztorysu ofertowego dotyczą tego samego zakresu robót, ale chodzi o nieco inne ich wykonanie, niż w pierwotnym opisie zawartym w SIWZ, tj. takie jak zostało to opisane w projekcie budowlano-wykonawczym, który od początku stanowił załącznik do SIWZ. Nadto zauważenia wymaga, iż np. podwykonawca, którego oferta w zakresie stabilizacji gruntu została załączona przez Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołuje się do projektu, a nie kosztorysu ofertowego, co wskazuje, że to projekt był brany pod uwagę przy wycenie oferty.

Również okoliczność, iż Zamawiający, po otrzymaniu od Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wezwał go do podania, dlaczego w tych wyjaśnieniach posługuje się opisem pozycji sprzed zmiany SIWZ i sprzed dokonania poprawy omyłki, nie przysądza o braku omyłki. Ze swej istoty wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odnoszą się do kalkulacji ceny oferty, a ta, zawierała omyłkowo opisane ww. pozycje, co zostało przyznane przez Przystępującego w piśmie z dnia 24 grudnia 2019 r., przy jednoczesnym stwierdzeniu wykonania zobowiązania zgodnie z SIWZ za podaną w ofercie cenę, oraz załączeniu oferty podwykonawcy w zakresie wykonania przepustów pod zjazdami, potwierdzającej tę okoliczność.

Należy, zatem przyjąć, iż nieuwzględnienie przez Przystępującego zmian kosztorysu ofertowego było wynikiem omyłki wykonawcy, przez którą zgodnie z Wielkim Słownikiem

Języka Polskiego PWN należy rozumieć: „spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie". Zastosowanie w kosztorysie ofertowym nieaktualnego opisu przedmiotowych pozycji jest niewłaściwe, jednak wbrew stanowisku Odwołującego, wskazane przez niego okoliczności, nie przemawiają za tym, aby uznać to za

świadome działanie Wykonawcy, obliczone na zaoferowanie w tym zakresie innego przedmiotu zamówienia, niż wymagany SIWZ, a nie omyłkę.

W związku z tym, iż w odniesieniu do brzmienia ww. pozycji kosztorysu ofertowego wystąpiła omyłka, polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, zbadaniu podlega, czy jej poprawa przez Zamawiającego nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty, jak twierdzi Zamawiający, czy jednak spowodowała takie zmiany, jak twierdzi Odwołujący.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie opis przedmiotu zamówienia został opisany zgodnie z ustawą Pzp w projekcie budowlano-wykonawczym, co nie jest sporne. Wykonawcy byli zobowiązani wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z tym projektem, a nie kosztorysami ofertowymi, które służyły wyłącznie do wyceny. Przystępujący w tych pozycjach nie zmienił ceny, a w swoich wyjaśnieniach wskazał, że wykona ten zakres zgodnie z projektem. Jak ponadto stwierdził Zamawiający, zmieniając opis pozycji kosztorysowych, a następnie poprawiając ofertę Przystępującego, Zamawiający dostosował je do treści projektu, zgodnie z którym od początku przedmiot zamówienia miał być wykonany.

W ocenie Izby nie zostało potwierdzone stanowisko Odwołującego, że przedmiotowe pozycje kosztorysu ofertowego Przystępującego zostały zmienione na skutek poprawy omyłki przez Zamawiającego w sposób zasadniczy, tj., jak twierdzi, że pierwotnie występujące w kosztorysie asortymenty robót, zostały usunięte, a w ich miejsce Zamawiający wprowadził inne. Przede wszystkim, jak słusznie zauważył sam Odwołujący w części dotyczącego argumentacji odnoszącego się do omyłki, poprawa omyłki polegała na zastąpieniu nieaktualnego opisu robót, opisem aktualnym, wynikającym ze zmian wprowadzonych w dniu 4 listopada 2019 r., a nie zastąpienia jednych pozycji robót innymi. Nadto, jak zasadnie stwierdził Przystępujący, posługując się terminem asortyment, zważywszy na treść zakwestionowanych pozycji, należy rozumieć przepusty rurowe, podbudowę betonową i nawierzchnię, a wbrew stanowisku Odwołującego pozycje te zostały utrzymane po zmianach SIWZ, zakres wskazanych w nich robót nie uległ zmianie, a jedynie w części został zmieniony ich opis, z dostosowaniem do projektu.

Jak podał Odwołujący w swoim opracowaniu, złożonym na rozprawie i co wynika ze stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, zmiany dotyczyły przede wszystkim:

- w odniesieniu do przepustów rurowych pod zjazdami (pozycja 35 d.3 część I / pozycja 32.d.3 część II) - zastąpienia rury żelbetowej rurą polipropylenową, przy czym zostało pozostawione odwołanie do Specyfikacji Technicznej D-06-02-01,

- w odniesieniu do podbudowy betonowej gr.10 cm pielęgnowanej piaskiem i wodą (pozycja 44.d.4 część i/ pozycja 39.d.4 część II oraz pozycja 45.d.4 część I / pozycja 40.d.4 część II)

- zmiany materiału tj. zastąpienia gruntu stabilizowanego cementem w betoniarni mieszanką kruszywa lub gruntu związanego spoiwem hydraulicznym, przy czym zostało pozostawione odwołanie do Specyfikacji Technicznej D-04-05-01,

- w odniesieniu do nawierzchni (pozycja 63 d.5. część I/ pozycja 54.d.5 część II oraz pozycja 64 d.5 część I/ pozycja 55.d.5 część II) - wykonania warstwy wiążącej i warstwy ścieralnej, przy czym projekt obejmuje swoim zakresem wykonanie nawierzchni, której dwie górne warstwy stanowią warstwa ścieralna i warstwa wiążąca i zostało pozostawione odwołanie do

Specyfikacji Technicznych, odpowiednio D-05-03-05b i D-05-03-13.

Powyższe potwierdza, że w odniesieniu do poszczególnych pozycji występuje wskazanie na tę samą Specyfikację Techniczną, przywoływaną zarówno przed poprawą omyłki jak i po je poprawie. Nie uległ zmianie obmiar tych robót. Okoliczność, iż np. jedne materiały zostały zastąpione innymi, nie przesądza o tym, że na skutek dokonanej poprawy doszło do istotnej zmiany oferty. Od początku Przystępujący był zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z projektem, jak również wycenić wynikający z niego zakres robót w kosztorysie ofertowym. Dokonana zatem przez Zamawiającego poprawa omyłki dostosowująca opis ww. pozycji kosztorysu ofertowego do ich aktualnej treści w SIWZ, pozostająca bez wpływu na wycenę tych pozycji, a w konsekwencji na cenę oferty oraz na obowiązki wykonawcy, który od początku obowiązany był wykonać przedmiot umowy zgodnie z SIWZ i do tego zobowiązał się w swojej ofercie, nie wprowadziła istotnych zmian oferty.

W ocenie Izby dokonana poprawa nie zmienia oświadczenia woli Wykonawcy, który od

początku deklarował wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ, a ta odsyła do dokumentacji projektowej. Sposób poprawy jest znany Zamawiającemu, jako, że odnosi się do treści kosztorysu ofertowego przez niego wprowadzonej. Zauważenia również wymaga, iż wykazywane przez Odwołującego, w złożonym na rozprawie opracowaniu własnym, różnice parametrów np. pomiędzy rurą żelbetową a rurą polipropylenową pozostają bez wpływu na ww. ocenę. Skoro Zamawiający wprowadził zmiany w opisie poszczególnych pozycji, które co do zasady miały na celu dostosowanie ich brzmienia do treści dokumentacji stanowiącej od początku załącznik do SIWZ, to różnice parametrów niektórych elementów tych pozycji pomiędzy pierwotnym brzmieniem tych pozycji kosztorysu ofertowego, a zmienionym brzmieniem nie mają przełożenia na ocenę, czy doszło do istotnej zmiany oferty na skutek poprawy omyłki w ofercie Przystępującego. Ocena czy doszło do istotnych zmian oferty jest dokonywana bowiem z uwzględnieniem treści całej oferty i całego przedmiotu zamówienia, a nie jedynie wybranych elementów z niektórych pozycji kosztorysu ofertowego.

Powyższe wskazuje, iż w okolicznościach analizowanej sprawy, należy uznać, iż dokonana przez Zamawiającego poprawa omyłek w kosztorysie ofertowym Przystępującego nastąpiła zgodnie zustawy Pzp. Dotyczy ona bowiem niezgodności oferty z treścią SIWZ i nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Celem wprowadzenia przepisów nakazujących zamawiającemu dokonanie poprawy oferty niezgodnej na skutek omyłki z SIWZ, która nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty, było bowiem dopuszczenie do oceny w postępowaniu także takich ofert, które zawierają różnego rodzaju drobne niedoskonałości, pod warunkiem, że nie prowadzi to do istotnej zmiany treści oferty, co jest oceniane z uwzględnieniem całokształtu okoliczności danej sprawy, w tym rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności z SIWZ, sposobu przeprowadzenia poprawy, a także konsekwencji zmian dla treści oferty.

Nie potwierdziły się także pozostałe zarzuty odwołania.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie miał prawa do wystąpienia o wyjaśnienia do Przystępującego z uwagi na to, że oferta ta jednoznacznie była niezgodna z treścią SIWZ. Jak zostało wyżej stwierdzone, jakkolwiek opis robót w analizowanych pozycjach kosztorysu ofertowego nie był zgodny z brzmieniem wprowadzonym zmianą SIWZ z dnia 4 listopada 2019 r., to jednak odwoływał się on do Specyfikacji Technicznych, które były takie same przed jak i po ww. zmianach SIWZ, a nadto treść Formularza ofertowego zawierała zobowiązanie wykonawcy do wykonania zobowiązania zgodnie z SIWZ, a w konsekwencji zgodnie z dokumentacją projektową, a zatem wbrew stanowisku Odwołującego, oferta Przystępującego nie była jednoznacznie niezgodna z treścią SIWZ. Okoliczność, iż opis badanych pozycji kosztorysu ofertowego nie jest zgodny z treścią SIWZ sama w sobie nie wyłączała możliwości wystąpienia o jej wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. To, iż takie wystąpienie nastąpiło po otrzymaniu przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w których Przystępujący odnosił się do kalkulacji złożonej oferty, co zważywszy na cel wystąpienia jest zrozumiałe, pozostaje bez wpływu na powyższą ocenę. Zauważenia przy tym wymaga, iż w swoich wyjaśnieniach udzielonych na wystąpienie Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący wskazał na omyłkowe zastosowanie w kosztorysie ofertowym nieaktualnego opisu robót w przedmiotowych pozycjach, a w konsekwencji w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i potwierdził wykonanie zamówienia stosownie do treści oferty po dokonanym poprawieniu przez Zamawiającego występujących w niej omyłek, przedstawiając na potwierdzenie swoich twierdzeń ofertę podwykonawcy.

Nie zostało w żaden sposób wykazane przez Odwołującego nierówne traktowanie wykonawców, bądź prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, który to zarzut Odwołujący wiąże z poprawieniem przez Zamawiającego omyłek w ofertach Przystępującego. Jak wyżej wskazano oferty wykonawcy Transpol w obu częściach postępowania zawierały omyłki, których poprawienie zostało dokonane przez Zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W analizowanej sprawie nie zostało wykazane, aby doszło do takiego naruszenia przepisów. Stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu w tym zakresie obciążał Odwołującego.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 287/20 i KIO 288/20 orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a

, zasądzając od
Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600,00 zł tytułem kosztów zastępstwa prawnego strony, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy, obejmującej łączne wynagrodzenie w sprawach KIO 287/20 i 288/20.

Przewodniczący: .....