

WYROK

z dnia 12 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2022 r. przez wykonawcę ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Piekary Śląskie

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.1.2 odwołania;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o. z siedzibą w Tychach i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawcę ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o. z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o. z siedzibą w Tychach na rzecz zamawiającego - Gminy Piekary Śląskie kwotę 4 650,00 zł (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1610/22

### Uzasadnienie

Gmina Piekary Śląskie (dalej: „Zamawiający” oraz „GPS”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa dróg: 1) Jesienna, Ustronna, Stawowa, Kościelna, Chabrowa, Konwaliowa, Groszkowa, 2) Radzionkowska, 3) Cicha, 4) Darwina, 5) Jasna, 6) Kawalca” (Znak postępowania: BZP.271-13/IG/22, dalej: Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 18 marca 2022 r. pod numerem: 2022/S 055-139763.

Pismem z dnia 8 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 3 i część nr 5 Postępowania.

16 czerwca 2022 r. wykonawca ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej: „Odwołujący” oraz „ZRB”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na:

- 1) niezgodnym z przepisami ustawy Pzp dokonaniu w dniu 7 czerwca 2022 r. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 3 i części 5 zamówienia, ze wskazaniem iż wybrany uprzednio 19 maja 2022 r. wykonawca odstąpił od podpisania umowy, podczas gdy mając na uwadze stan faktyczny sprawy taka sytuacja nie nastąpiła, a spełnienie obowiązków Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) nie było przez Odwołującego możliwe z winy Zamawiającego;
- 2) zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania należytego badania ofert, tj. z uwzględnieniem złożonych przez Odwołującego przed wyborem najkorzystniejszej oferty korekt i wyjaśnień do oferty w dniu 13 maja 2022 r.;
- 3) zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania czynności w postaci należytego przygotowania i przeprowadzenia postępowania, tj. w zakresie odmowy sporządzenia protokołu ze spotkania w dniu 31 maja 2022 r. pomimo próśb Odwołującego, prowadzenia na wyżej wspomnianym spotkaniu rozmów w zakresie problemów związanych z treścią oferty ZRB i przekazania niezaprojektowanych wytycznych w tym zakresie oraz nieprzygotowania dokumentów związanych z koniecznością zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ustawy Pzp poprzez:

- niepodjęcie czynności należytego i starannego badania ofert złożonych przez Odwołującego, a w konsekwencji nie podjęcia odpowiednich decyzji w tym zakresie tj. albo poprawienia omyłek pisarskich i rachunkowych albo w konsekwencji ustaleń spotkania z dnia 31 maja 2022 r. ponownego wezwania ZRB do zawarcia umowy z wyznaczeniem w tym zakresie odpowiedniego terminu;

- w związku z art. 71 ust. 1 ustawy Pzp odmowę sporządzenia protokołu ze spotkania z Odwołującym, które odbyło się w dniu 31 maja 2022 r. pomimo potwierdzenia, iż Zamawiający posiada wiedzę w zakresie omyłek jego ofert dla części nr 3 i części nr 5, szczególnie z uwzględnieniem wniosku ZRB w tym zakresie złożonego na spotkaniu;

2) art. 263 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie, podczas gdy Odwołujący

podtrzymywał cały czas postępowania chęć zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia, co bezspornie dał wyraz w piśmie z dnia 31 maja 2022 r. oraz na

spotkaniu w tym dniu z Zamawiającym, podczas gdy Zamawiający nie podjął żadnych czynności w zakresie należytego badania ofert Odwołującego dla części nr 3 i części nr 5 oraz w konsekwencji ustaleń spotkania z wykonawcą ZRB i przekazania mu stosownej korespondencji, nie przekazał swojego stanowiska w sprawie i nie wezwał Odwołującego do wniesienia zabezpieczenia i zawarcia umowy, wyznaczając w tym zakresie odpowiedni termin.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert z dnia 7 czerwca 2022 r.;
- 2) przeprowadzenia ponownej oceny ofert dla części nr 3 i części nr 5 zamówienia;
- 3) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszych oferty tj. ofert Odwołującego;
- 4) wezwania Odwołującego do zawarcia umowy z wyznaczeniem stosownego terminu na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutu odnoszącego się do zaniechań Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego w zakresie niepodjęcia czynności należytego i starannego badania ofert złożonych przez ZRB, Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący zaznaczył, że formalne i merytoryczne pominięcie zgłoszonych przez ZRB omyłek pomocniczego przedmiaru robót, które zostały załączone do pisma z dnia 13 maja 2022 r. powoduje, iż - w jego ocenie - Zamawiający powinien podjąć określone czynności wyjaśniające, albo chociaż dokonać odniesienia się do zgłaszanych przez Odwołującego treści. Wykonawca ZRB podkreślił, że GPS konsekwentnie pomijała również korespondencję Odwołującego wniesioną po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, co powodowało brak jasności jej stanowiska w sprawie. Odwołujący podniósł, że nie miał wiedzy w jakiej wysokości ma wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy i w jakim terminie Zamawiający planuje zawrzeć z nim umowę. ZRB wskazał, że nawet mając na uwadze treść e-maila Przewodniczącej Komisji Przetargowej z dnia 31 maja 2022 r., Odwołujący z winy Zamawiającego nie był w stanie zawrzeć umowy, nawet na warunkach pierwotnego wyboru jego oferty, gdyż nie podano w nim konkretnych informacji, w tym realnego terminu, w którym ZRB planuje zawrzeć umowę i będzie do tego przygotowany.

Odwołujący podkreślił, że to obowiązkiem Zamawiającego jest takie prowadzenie postępowania, aby żaden z oferentów, tym bardziej wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie miał wątpliwości względem kwestii proceduralnych i planowanych działań Zamawiającego. Zdaniem ZRB powinien on otrzymywać konkretne decyzje, informacje czy wezwania od GPS, które nie pozostawiałyby wątpliwości względem obowiązków które na nim spoczywają, co w konsekwencji powodowałoby pełną przejrzystość postępowania.

Odwołujący podkreślił, że po wypełnieniu żądania Zamawiającego ustalonego w dniu 31 maja 2022 r. (a nawet już wcześniej) przez ponad 7 dni nie otrzymywał od GPS żadnych informacji, które umożliwiłyby mu dokonanie czynności wedle wyboru, w tym nie miał wiedzy o działaniach Zamawiającego, w tym decyzji o poprawieniu omyłek ofert i pewności czy GPS nie zdecyduje się np. odrzucić jego oferty z powodu argumentów podnoszonych w pismach przez ZRB.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechań GPS na etapie postępowania przetargowego w zakresie odmowy sporządzenia protokołu ze spotkania w dniu 31 maja 2022 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający ma obowiązek protokołowania działań w trakcie postępowania przetargowego, co wynika wprost z brzmienia art. 71 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że niesporządzenie protokołu z posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 31 maja 2022 r. stanowi o bezczynności Zamawiającego, szczególnie gdy wykonawca ZRB o taką czynność na spotkaniu poprosił oraz z uwagi na poczynione na rzeczonym spotkaniu ustalenia. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy

Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w

ustawie, prowadzi się pisemnie. Jak zaznaczył ZRB, zasada ta rozciąga się również na formę protokołu i załączników do niego tj. na przykład stosownej notatki z posiedzenia Komisji Przetargowej.

W uzasadnieniu ostatniego z zarzutów odwołania tj. odnoszącego się do zastosowania przez Zamawiającego art. 263 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że w świetle podnoszonych powyżej zarzutów, było ono nieprawidłowe. Wykonawca ZRB podkreślił, że nie można uznać, iż odstąpił od zawarcia umowy, natomiast zabezpieczenie należytej realizacji umowy nie było przez niego możliwe z powodu błędów Zamawiającego popełnionych w trakcie Postępowania. Odwołujący podniósł, że przede wszystkim nie miał ostatecznie wiedzy na temat decyzji GPS w sprawie i nie znał wysokości zabezpieczenia, które powinien był wnieść a jego uprawnienia w tym zakresie zostały przez Zamawiającego nieprawnie ograniczone. ZRB podkreślił, że niezmiennie podtrzymywał chęć zawarcia umowy wskazując tym samym na pismo z dnia 31 maja 2022 r. Nadto Odwołujący zaznaczył, że nigdy nie wskazał, że odmawia zawarcia umowy oraz nie stwierdził (nawet w sposób dorozumiany), że nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a jedynie za wyraźnym przyzwoleniem Zamawiającego prowadził z nim polemikę w zakresie zasadności przedstawianych przez niego argumentów, które determinowały decyzję GPS o wysokości oferty i zabezpieczenia należytego wykonania. W ocenie wykonawcy ZRB w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia z sytuacją uchylania się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji obligowało GPS do wyznaczenia Odwołującemu dodatkowego terminu na zawarcie umowy. Odwołujący podniósł, że brak wyznaczenia mu ponownego realnego terminu do zawarcia umowy ze wskazaniem ostatecznej decyzji w sprawie i wysokości należnego zabezpieczenia przemawia za brakiem podstaw do zastosowania przez Zamawiającego art. 263 ustawy Pzp.

4 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zgodnie z Rozdziałem 7 ust. 1 i 2 SWZ „1. Wykonawca podaje ryczałtową cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ - dla każdej części zamówienia oddzielnie. 2. Podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia”.

W myśl Rozdziału 12 ust. 1 SWZ „Ofertę należy sporządzić na formularzu oferty - dla każdej części oddzielnie lub według takiego samego schematu, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ (...)”. Kosztorys ofertowy nie został wymieniony w Rozdziale 12 SWZ wśród

dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą.

W pkt 8.2. Ogólnej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej: „OSTWiORB”) wskazano, że „Przedmiar robót nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia ryczałtowego. Przedmiar robót stanowi dokument pomocniczy. Obmiarowe zwiększenie lub zmniejszenie ilości robót opisanych lub wynikających z umowy, STWiORB, pomocniczego przedmiaru robót, SWZ lub dokumentacji projektowej Zamawiającego, a także z ich załączników oraz realizacja innych robót niezbędnych do prawidłowego wykonania i ukończenia całości przedmiotu umowy - nie będzie stanowił podstawy do zmiany wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy”.

Zgodnie z § 11 Projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU”):

„Wynagrodzenie wskazane w ust. 1, zgodnie z ofertą Wykonawcy jest niezmiennym wynagrodzeniem ryczałtowym, poza wyjątkami wskazanymi w treści Umowy” (ust. 2), „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu Umowy, zawartym i opisanym w SWZ, STWiORB, pomocniczym przedmiarze robót, dokumentacji projektowej i Umowie oraz w załącznikach do tych dokumentów” (ust. 4), „Przyjmuje się, że Wykonawca zawarł w ryczałtowej cenie oferty wszelkie niezbędne koszty potrzebne do prawidłowej realizacji i ukończenia przedmiotu Umowy” (ust. 5).

Stosownie do brzmienia Rozdziału 26 ust. 1 i 2 SWZ „1. Zamawiający wymaga wniesienia przez Wykonawcę, zabezpieczenia należytego wykonania umowy (dla każdej części oddzielnie). 2. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, zobowiązany będzie wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wartości całkowitej ceny brutto oferty”.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert w Postępowaniu. Odwołujący zaoferował realizację zadania nr 3 za cenę netto 1 576 645,74, natomiast zadania nr 5 za cenę netto 1 232 100,50 zł.

26 kwietnia 2022 r. GPŚ działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwała wykonawcę ZRB do złożenia wyszczególnionych w treści pisma oświadczeń oraz dokumentów.

Z uwagi na to, że Odwołujący nie złożył dokumentów w odpowiedzi na wyżej wymienione wezwanie Zamawiający ponownie wezwał ZRB do złożenia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 13 maja 2022 r. wykonawca ZRB przekazał GPŚ żądane dokumenty, a

ponadto złożył pomocnicze przedmiary robót - tabele przedmiaru robót dla części nr 3 i nr 5 przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że kosztorysy te, na podstawie których została sporządzona oferta zawierają omyłki pisarskie. W związku ze wskazanymi w piśmie omyłkami wykonawca ZRB zaznaczył, że kwota dla zadania nr 3 winna wynosić 1 730 343,50 zł netto, z kolei - w ocenie ZRB - właściwa kwota dla zadania nr 5 to 1 311 200,50 zł.

19 maja 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. W zakresie części nr 3 i części nr 5 GPŚ wybrała ofertę wykonawcy ZRB za cenę brutto: 1 939 274,26 zł - w części nr 3 oraz 1 515 483,62 zł - w części nr 5.

Pismem z dnia 24 maja 2022 r. Zamawiający wezwał ZRB do podpisania umowy w dniu 31 maja 2022 r. godz. 10:00 na kwotę zgodną ze złożoną ofertą (dla części nr 3 - 1 939 274,26 zł oraz części nr 5 - 1 515 483,62 zł). Ponadto GPŚ poprosiła Odwołującego o wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości:

„Część 3 - 96 963,71 zł w rozbiściu na: 70% - 67 874,60 zł i 30% - 29 089,11 zł.

Część 5 - 75 774,18 zł w rozbiściu na: 70% - 53 041,93 zł i 30% - 22 732,25 zł”.

W dniu 25 maja 2022 r. wykonawca ZRB skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, co następuje: „(...) wnosimy o poprawienie dokumentów w zakresie wartości ofert wykonawcy informując jednocześnie, że jest gotowy zawrzeć w dniu 31 maja 2022 r. umowę na kwotę 2 128 322,51 zł na wykonanie zadania 3 oraz na kwotę 1 612 776,62 zł dla zadania 5, co wiąże się z koniecznością ustalenia nowych wartości zabezpieczeń należytej ich realizacji”.

Pismem z dnia 27 maja 2022 r. GPŚ odniosła się merytorycznie do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego oraz podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko dotyczące podpisania umowy w dniu 31 maja 2022 r. na kwoty podane w ofercie

wykonawcy, które zostały wskazane w piśmie z dnia 25 maja 2022 r.

W dniu 31 maja 2022 r. wykonawca ZRB stawiał się na podpisanie umowy w siedzibie Zamawiającego. Podczas spotkania w tym dniu nie doszło do podpisania umowy na część nr 3 i nr 5 zamówienia oraz Odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Po spotkaniu tj. o godz. 10:55 Zamawiający wysłał do wykonawcy ZRB wiadomość mailową, w której wskazał, iż w związku z przybyciem do Urzędu Miasta Piekary Śląskie Pani

Prezes Zarządu ZRB Tyskie Drogi sp. z o.o. i niepodpisaniem umowy w wyznaczonym na dzień 31 maja 2022 r. terminie, a także niewniesieniem stosownego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wzywa ponownie wykonawcę ZRB do wniesienia zabezpieczenia i podpisania umowy w dniu 31 maja 2022 r. zgodnie ze złożoną ofertą. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że nieprzybycie w dniu 31 maja 2022 r. przedstawiciela Odwołującego oraz niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy będzie traktowane jako odmowa podpisania umowy.

W odpowiedzi na powyższą wiadomość mailową wykonawca ZRB przesłał do Zamawiającego wyłącznie pismo z dnia 31 maja 2022 r., w którym wskazał, co następuje: „(...) Mając na uwadze powyższe oraz dotychczasową korespondencję w sprawie, Wykonawca ponownie wnosi alternatywnie o:

- (i) poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych w kosztorysach Wykonawcy dla zadania 3 i 5 w oparciu o dotychczasowe wyjaśnienia Wykonawcy oraz dokonanie korekty wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem nowych cen i wskazanie odpowiednich kwot dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy, albo
- (ii) dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem omyłek wskazywanych w kosztorysach przez Wykonawcę, a w konsekwencji poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych w ofercie Wykonawcy dla zadania 3 i 5 oraz dokonanie korekty wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem nowych cen i wskazanie odpowiednich kwot dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy, albo
- (iii) dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem omyłek wskazywanych w kosztorysach przez Wykonawcę, a w konsekwencji odrzucenie oferty Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt 8) lub 10) PZP.

W przypadku zastosowania przez Zamawiającego rozwiązania z pkt (i) lub (ii) powyżej, Wykonawca wnosi o przedłużenie terminu na zawarcie umowy o co najmniej 7 dni, celem pozyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Niezależnie od powyższego Wykonawca stanowczo zaprzecza, jakoby odmawiał zawarcia umowy o wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego dla zadania nr 3 i 5 i wskazuje, że prawidłowe wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest obecnie przez niego

niemożliwe z winy Zamawiającego (...).”.

W dniu 8 czerwca 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 263 ustawy Pzp zawiadomił uczestników Postępowania, że wykonawca ZRB, którego oferta została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza nie wniósł stosownego zabezpieczenia, a tym samym odstąpił od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. GPS wskazała, że mając na uwadze powyższe dokonała ponownego badania i oceny ofert spośród pozostałych w Postępowaniu wykonawców i w dniu 7 czerwca 2022 r. wybrała najkorzystniejszą ofertę w części nr 3 i części nr 5 Postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje.

Zarzut nr 2.1.2 petitum odwołania podlegał odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesiony po upływie terminu określonego w ustawie. Izba ustaliła, że Odwołujący zwracał się do Zamawiającego z prośbą o sporządzenie protokołu ze spotkania w dniu 31 maja 2022 r., a zatem 10-dniowy termin na wniesienie odwołania od zaniechań GPS w zakresie odmowy przygotowania protokołu z wyżej wymienionego spotkania upłynął w dniu 10 czerwca 2022 r.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Należy wskazać, że Odwołujący zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr 3 i części nr 5 Postępowania, dokonaną na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 263 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 263 ustawy Pzp „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie”. Komentowany przepis określa tryb postępowania, w sytuacji kiedy wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym zostały spełnione obie przesłanki zawarte w wyżej wymienionym przepisie.

Bezspornym pomiędzy stronami jest, że Odwołujący stawiał się w siedzibie Zamawiającego 31 maja 2022 r. tj. w dniu wyznaczonym przez GPŚ na podpisanie umowy. Strony są również zgodne, że w tym dniu (ani podczas porannego spotkania ani w godzinach późniejszych) nie doszło do podpisania umowy na część nr 3 i część nr 5 zamówienia, a także, iż ZRB nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Należy zaznaczyć, że Zamawiający podczas rozprawy w dniu 7 lipca 2022 r. podkreślił, że nie miał wątpliwości, iż Odwołujący nie jest zainteresowany zawarciem umowy na cenę wynikającą z oferty, co również wynika z treści pisma ZRB z dnia 31 maja 2022 r. Mając na uwadze treść korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą ZRB Izba stwierdziła, że z dokonanych ustaleń faktycznie wynika, iż Odwołujący uchylał się od podpisania umowy w terminie wskazanym przez Zamawiającego tj. w dniu 31 maja 2022 r. Po pierwsze zasadnym jest wskazanie, że już w piśmie z dnia 25 maja 2022 r. ZRB podnosił, że co prawda jest gotowy zawrzeć umowę w dniu 31 maja 2022 r., ale na kwoty wyższe niż wynikające z formularza ofertowego. Następnie w piśmie z dnia 31 maja 2022 r. Odwołujący uzależnił możliwość podpisania umowy, w dodatkowym terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, od uwzględnienia omyłek pisarskich i rachunkowych zawartych w pomocniczych przedmiarach robót, a w konsekwencji od odpowiedniego zwiększenia ceny ofertowej dla zadania nr 3 oraz zadania nr 5 zamówienia. Zasadnym jest zatem przyjęcie, że Odwołujący próbował wymusić na Zamawiającym podpisanie umowy w zakresie zadania nr 3 i zadania nr 5 na zmienione kwoty, niewskazane w formularzach ofertowych. Należy jednak zaznaczyć, że wykonawca w sposób nieuprawniony zmierzał do zmiany treści oferty w zakresie podanych w formularzach cen. W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że w niniejszym Postępowaniu obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie to winno obejmować wszystkie niezbędne koszty potrzebne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zawarte i opisane w dokumentacji zamówienia, w tym w pomocniczym przedmiarze robót. Zamawiający nie wymagał od wykonawców biorących udział w Postępowaniu, aby wraz z ofertą przedłożyli kosztorysy ofertowe. Żaden z wykonawców nie złożył wraz z ofertą takiego kosztorysu, w tym również Odwołujący. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy powoływanie się przez Odwołującego już po terminie składania ofert na omyłki zawarte w pomocniczym przedmiarze robót, które miałyby doprowadzić do zmiany ceny ofertowej, w ocenie Izby było nieuzasadnione. Izba podzieliła stanowisko GPŚ, zgodnie z którym podstawy do stwierdzenia i co do sposobu poprawienia omyłki muszą mieścić się w treści samej oferty oraz ewentualnych załączników do oferty, a nie w dokumentach, które - nawet gdyby rzeczywiście powstały przy tworzeniu ceny - załączono i przedstawiono Zamawiającemu w późniejszym terminie tj. już po upływie terminu składania ofert oraz ich otwarciu. Działania podjęte przez Odwołującego, w sytuacji gdy treść oferty wykonawcy wyczerpuje się w podanej w ofercie kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia rzeczywiście wskazywały na świadome zachowanie ZRB mające na celu uchylenie się od zawarcia umowy w części nr 3 i części nr 5 Postępowania.

Na marginesie należy również zauważyć, że omyłki wskazane w piśmie wykonawcy ZRB z dnia 13 maja 2022 r. - oprócz pozycji nr 61 przedmiaru dla części nr 3 zamówienia - dotyczyły cen jednostkowych. Odwołujący wnosił o zwiększenie cen jednostkowych wymienionych w pozycji nr 74 (o 10 razy) oraz pozycji nr 111 (o ponad 4 razy) pomocniczego przedmiaru robót dla części nr 3 zamówienia, a także w pozycji nr 32 (o ponad 3 razy) i pozycji nr 35 (o ponad 4 razy) pomocniczego przedmiaru robót dla części nr 5 zamówienia. Zatem - jak słusznie wskazał Zamawiający podczas rozprawy - nawet jeśliby przyjąć, że mamy do czynienia z kosztorysem ofertowym, GPŚ nie mogłaby poprawić tych omyłek zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że gdyby Zamawiający dokonał zmiany ceny ofertowej zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego doprowadziłoby to do niedozwolonej zmiany oferty polegającej na wprowadzeniu do oferty nowej treści (nowej ceny) tj. takiej,

która pierwotnie się tam nie znajdowała.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby nie wiedział w jakiej ostatecznie wysokości miało zostać wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Koniecznym jest podkreślenie, że Zamawiający już w piśmie z dnia 24 maja 2022 r. wskazał datę podpisania umowy oraz wysokości kwot zabezpieczenia należytego wykonania umowy w rozbiściu na 70% i 30% dla części nr 3 oraz części nr 5 zamówienia. Kwoty wymienione w przedmiotowym piśmie odnosiły się do wartości całkowitych cen brutto oferty dla zadania nr 3 i zadania nr 5 Postępowania tj. kwot podanych w formularzach ofertowych z dnia 21 kwietnia 2022 r. oraz w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 maja 2022 r. Kolejno w piśmie z dnia 27 maja 2022 r. GPŚ wyjaśniła z jakich powodów treść oferty złożonej przez ZRB na część nr 3 i część nr 5 zamówienia nie może ulec zmianie, a także podkreśliła, że podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące podpisania umowy w dniu 31 maja 2022 r. na kwoty podane w ofercie wykonawcy ZRB. Zamawiający zatem w sposób jednoznaczny poinformował Odwołującego nie tylko o wyznaczonym terminie podpisania umowy, ale również o wymaganych kwotach zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Pomimo tego Odwołujący nie podpisał umowy na zadanie nr 3 i zadanie nr 5 zamówienia w terminie wyznaczonym przez GPŚ oraz nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Należy zauważyć, że Odwołujący w treści odwołania wywodził, iż w okolicznościach niniejszej sprawy w jego ocenie nie mamy do czynienia z sytuacją uchylania się ZRB od zawarcia umowy, a zatem GPŚ powinna wyznaczyć wykonawcy dodatkowy termin na podpisanie umowy. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić. Należy podkreślić, że wobec faktu, iż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19 maja 2022 r. nie została zaskarżona przez żadnego z wykonawców biorących udział w Postępowaniu, brak złożenia przez wykonawcę ZRB zabezpieczenia należytego wykonania umowy i w konsekwencji niepodpisanie umowy w dniu 31 maja 2022 r., zostało zasadnie odebrane przez Zamawiającego jako uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zatem w sposób prawidłowy uznał, iż Odwołujący całokształtem swojego postępowania uchylał się od zawarcia umowy, a ponadto nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wyznaczenie dodatkowego terminu na podpisanie umowy, w sytuacji gdy z czynności podejmowanych przez Odwołującego nie sposób wywieść chęci zawarcia umowy z Zamawiającym na pierwotnych warunkach, lecz co najwyżej na zmienionych warunkach należy uznać za nieuzasadnione, tym bardziej, że ustawa Pzp nie obliguje Zamawiającego do wielokrotnego wzywiania wykonawcy do podpisania umowy wraz z wniesieniem zabezpieczenia umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonując ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 7 czerwca 2022 r. nie naruszył przepisu art. 263 ustawy Pzp. Wobec faktu, że nie potwierdził się ten zarzut odwołania Izba uznała, że w konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 roku poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: .....