

WYROK

z 25 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 21 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane A. P. i Spółka Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Samorządowy Zakład Budżetowy Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych z siedzibą w Dąbrowie Górniczej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane A. P. i Spółka Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

w Dąbrowie Górniczej (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Zmiana sposobu użytkowania wymagająca przebudowy budynku z pomieszczeniami użytkowymi położonego w Dąbrowie Górniczej przy ulicy Kościuszki 44a”, numer: ZP/ZN/AS/005/05/22, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 maja 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00171000/01.

5 lipca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane A. P. i Spółka Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zarzucił mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niepoprawne zastosowanie i uznanie błędnej stawki podatku VAT w ofercie wykonawcy: M. G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą MAGMAR M. G. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: Magmar) za podlegającą poprawie inną omyłkę podczas, gdy to wykonawca był zobowiązany ustalić, jaką stawką podatku VAT są opodatkowane oferowane przez niego usługi,
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Magmar jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny w postaci zastosowania nieprawidłowej stawki VAT oraz ocenę oferty, która w konsekwencji doprowadziła do wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu,
3. art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie do poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na braku wpisania w kosztorysie pełnych nazw wycenionych robót zastosowanych przez Zamawiającego lub błędnym zaczytaniu nazwy z KNR nie zmieniającej technologii wykonania robót i nie mającej wpływu na wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ,
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia bez uprzedniego skorzystania przez Zamawiającego z ustawowych możliwości wyjaśnienia treści oferty,
5. art. 223 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty, w sytuacji braku wpisania pełnych nazw robót zastosowanych przez Zamawiającego w pozycjach kosztorysu ofertowego lub zmian nazw nie mających wpływ na wykonanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego w zakresie oceny ofert w przedmiotowym zadaniu oraz odrzucenie oferty wykonawcy Magmar.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

Oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania jako oferta nieodpowiadająca

warunkom zamówienia. Jako podstawę faktyczną Zamawiający wskazał błędy w kosztorysie ofertowym Odwołującego, w tym błędy w opisach poszczególnych pozycji kosztorysu (74 pozycji). Odwołujący w toku postępowania nie został przez Zamawiającego na żadnym jego etapie poproszony o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ani uzupełnień. Tym samym nie mógł odpowiednio wcześniej wytłumaczyć Zamawiającemu przyczyny brakujących fragmentów postanowień w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał 74 pozycje z 218 w całym kosztorysie w których Odwołujący zawarł niepełne nazwy pozycji, a w dalszej treści uzasadnienia podał, że „istnieje wiele błędów polegających na zmianie podstawy wyceny KNR, zmianie opisów, niepełnym opisie pozycji przedmiarowych w stosunku do przedmiarów Zamawiającego”, których nie wskazał.

Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiadało wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (wyrok KIO 1327/09). W przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę brak wezwania wykonawcy do udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień trudno uznać za podstawę do uznania, że nawet wyjaśniona oferta nie zapewni celu postępowania.

Sam fakt błędnych/niepełnych opisów w kosztorysie ofertowym Odwołującego wynikał jedynie z zasady działania programu kosztorysowego NORMA PRONORMA PRO, jakim posługiwał się Odwołujący i niepoprawieniu ich ręcznie z uwagi na brak udostępnionego przedmiaru

w formie ATH, który umożliwiłby wczytanie przedmiaru bezbłędnie.

Takie skonstruowanie kosztorysu ofertowego nie świadczyło o zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd i próbie zaoferowania odmiennego od treści oferty sposobu wykonania prac i zastosowania odmiennych od oczekiwanych materiałów.

Zgodnie z treścią art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Już sama konstrukcja tego przepisu wskazuje, że ustawodawca (a w ślad za nim powinien Zamawiający) dopuścił sytuację, w których składana oferta nie będzie w pełni zgodna z SIWZ, a jednocześnie nie będzie automatycznie podlegała odrzuceniu z postępowania. Bez wezwania do złożenia wyjaśnień złożonej oferty w zakresie kosztorysu ofertowego Zamawiający nie był w stanie ocenić, czy prowadziłyby one do istotnej zmiany oferty, co mogłoby wywołać skutek w postaci odrzucenia oferty.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez przyjęcie przez Zamawiającego błędnej stawki podatku VAT w ofercie wykonawcy Magmar za możliwą do sprostowania.

W dokumentach zamówienia podano, że wykonawca w ofercie winien przyjąć stawkę 23% VAT i zgodnie z nią dokonać ustalenia ceny/kosztu oferty. Wykonawca Magmar przyjął stawkę 8% i zgodnie z nią dokonał ustalenia wysokości ceny/kosztu oferty.

Zamawiający błędnie uznając nieprawidłowo przyjętą stawkę podatku VAT za oczywistą omyłkę sprostował ją jednocześnie modyfikując wysokość zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny/kosztu, a zatem dokonując zmiany istotnego parametru oferty.

Sąd Najwyższy wskazał w uchwale z 20.10.2011 r., III CZP 53/11, OSNC 2012/4, poz. 45, że „dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1

pkt 6 Pzp z 2004 r. [art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp] nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane

z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji”.

Nie pozostawia wątpliwości interpretacja postanowień art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp, który w świetle komentarzy jaki i orzecznictwa prowadzi do konkluzji, że „Konsekwencją zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie jest jej odrzucenie na podstawie ust. 1 pkt 10 komentowanego przepisu (tak wyrok KIO 2028/21). Ponadto w orzecznictwie KIO wskazuje się, że błąd w przyjętej stawce podatku VAT jest błędem niepodlegającym poprawieniu (KIO 372/20). Chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą, czy też wyższą od prawidłowej. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi więc wówczas, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentach zamówienia lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT (KIO 1046/19, KIO 1065/19, KIO 1050/19)”.

12 lipca 2022 r. Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp tj. Zamawiający odrzucił ofertę, albowiem była ona niezgodna z warunkami zamówienia.

W treści SWZ - Rozdział II, Podrozdział 12 - opis sposobu obliczenia ceny, wskazano m.in.:

2. Cenę ofertową zwaną w umowie wynagrodzeniem należało wyliczyć w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 8 do SWZ z uwzględnieniem dokumentacji technicznej.

5. Opisu robót nie można było modyfikować.

6. Kosztorys ofertowy należało sporządzić ściśle według przedmiaru robót Zamawiającego.

7. Kolejność robót, ich numeracja i ilość robót oraz opis pozycji musiała być zachowana jak w przedmiarze robót.

Odwołujący wraz z ofertą złożył kosztorys ofertowy, który sporządził niezgodnie z przywołanymi wyżej wymaganiami. Zawierał on pozycje, w których zmieniony został opis w stosunku do udostępnionego przez Zamawiającego przedmiaru robót, a także wprowadzono istotne zmiany co do sposobu wykonania robót i zastosowanych materiałów. Zamawiający wskazał 74 pozycje kosztorysu ofertowego Odwołującego, które w jego ocenie nie były zgodne z przedmiarem robót.

Obowiązkiem Odwołującego było dopilnowanie, aby opis pozycji kosztorysu ofertowego był dostosowany do opisu przedstawionego w przedmiarze sporządzonego przez Zamawiającego, bowiem miało to służyć na etapie oceny ofert do weryfikacji złożonych kosztorysów i ich porównania z warunkami postawionymi w SWZ, zaś na etapie realizacji umowy przez wybranego wykonawcę do jej rozliczenia. Liczba błędów w ofercie Odwołującego była tak duża, że nie możliwa była ich poprawa bez zmiany treści oferty. Co więcej, liczne zmiany i pominięcia w pozycjach przedmiarowych uszczegółowienia opisów technologii

i materiałów, których Zamawiający oczekiwał i zawarł w swoich przedmiarach, prowadziło do nieuprawnionych zmian, które skutkowałyby zastosowaniem innych, tańszych rozwiązań niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego, które mogły spowodować niższą jakość przedmiotu zamówienia bądź dodatkowe koszty dla Zamawiającego.

Odwołujący samodzielnie określił i wycenił odmienny zakres prac, niż chciał Zamawiający, co skutkowało niezgodnością jego oferty z SWZ. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, że wycena prac samodzielnie określonych przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym, będzie taka sama, jak w przypadku prac określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, co do przyczyn omawianych odstępstw. Program Norma Pro nie jest jedynym użytkowanym programem do kosztorysowania, a Zamawiający nie oczekiwał sporządzenia oferty w tym konkretnym programie. Zamawiający dołączył do SWZ przedmiar w ogólnodostępnym formacie umożliwiającym sporządzenie oferty przy użyciu różnych narzędzi (programów) informatycznych i tradycyjnych, wskazując podstawy wyceny KNR ze szczegółowym opisem co do zastosowanych materiałów i technologii. W niektórych pozycjach Odwołujący ręcznie wprowadził opis przedmiotu zamówienia nawet bardziej obszerny niż wymagał tego

Zamawiający. Odwołujący zmodyfikował bowiem ręcznie opisy następujących pozycji 55, 75, 79, 80, 81, 94, 100, 101, 136 - powyższe modyfikacje nie wynikały ani z podstawy wyceny ani z przedmiaru załączonego przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej. Wykonawca zmodyfikował także podstawy wyceny dodając zeszyty czy też dodatkowe kolumny - poz. 49, 81, 88, 116, 132, 134, 192, 193, 194.

Powyższe potwierdzało, że Odwołujący miał możliwość ręcznej modyfikacji pozycji kosztorysowych doprowadzając go do zgodnego z przedmiarem Zamawiającego. Argument, że błędne opisy wynikają jedynie z zasady działania programu kosztorysowego Norma Pro był zatem chybiony i nie może stanowić podstawy dla zarzutów Odwołującego.

Kosztorys ofertowy Odwołującego zawierał również błędy, które według Zamawiającego nie były możliwe do poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp - przede wszystkim pozycje nr 50, 79, 80, 121:

1. W poz. 50 nie ujęto w wycenie siatki „Rabitz” lub równoważnej co jednoznacznie wpływa na jakość i cenę wykonanych prac;
2. W poz. 79 kosztorysu ofertowego Odwołujący zmodyfikował opis pozycji przez dopisanie zdania „Papa asfaltowa na tekturze budowlanej izolacyjna odm. I/333”. Tym samym Odwołujący potwierdził, że ma zamiar zastosować materiał o gorszych parametrach niż materiał przewidziany do wbudowania zgodnie z dokumentacją techniczną (SST 004 - str. 18, cyt. 2.2. Materiały do izolacji przeciwwilgociowych. 2.2.1. Papa asfaltowa izolacyjna [izolacja z papy ułożona poziomo pod posadzkowa w poziomie posadzek.] Do wykonania izolacji w przedmiotowym obiekcie należało zastosować papę 1/400 na tekturze o gramaturze 400g/m²).
3. W poz. 80 kosztorysu ofertowego Odwołujący zmodyfikował opis pozycji przez dopisanie zdania „Papa asfaltowa na tekturze budowlanej podkładowa odm. P/333”. Tym samym Wykonawca potwierdził, że ma zamiar zastosować materiał o gorszych parametrach niż materiał przewidziany do wbudowania zgodnie z dokumentacją techniczną (SST 004 - str. 18). Zgodnie z dokumentacją techniczną na izolację przeciwwilgociową należy zastosować papę o gramaturze 400 czyli papę grubszą i o większym ciężarze. Zamawiający nie mógł uznać, że Odwołujący wykonałby zamówienie zgodnie z jego oczekiwaniami skoro na etapie składania oferty zaproponował zastosowanie materiału innego niż wskazany w szczegółowej specyfikacji technicznej o gorszych parametrach.
4. W poz. 121 Odwołujący zastosował krotność = 1,05 zamiast współczynnika 1,05 do robocizny i materiału. Zastosowanie krotności w tej pozycji powodowało przemnożenie wszystkich składników cenotwórczych, czyli robocizny, materiału i sprzętu przez 1,05. Zamawiający nie był w stanie przeliczyć tej pozycji poprawnie ponieważ występują w niej 3 rodzaje sprzętu (zgodnie z podstawą wyceny NNRNKB 202 2609-01) i dodatkowo na podstawie pozycji w kosztorysie uproszczonym nie wiadomo jaką stawkę roboczogodziny Odwołujący przyjął dla każdego z nich.

Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie przedmiotowej pozycji prowadziłyby do negocjacji i zmiany ceny jednostkowej pozycji, czego Zamawiającemu nie wolno było zrobić zgodnie z art. 233 ust. 1 zdanie drugie Pzp, a tym samym zmiany te prowadziłyby do nieuprawnionej zmiany treści oferty.

Jedynie na marginesie odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że na etapie prowadzonego postępowania mógł on przedłożyć tożsamy kosztorys szczegółowy, którym dowiódłby, że oferta była zgodna z dokumentami zamówienia (czego jednak nie uczynił) wskazać należy, że w przedłożonym przez Odwołującego kosztorysie szczegółowym (przesłanym 1 lipca

2022 r. wraz z odpowiedzią na odrzucenie oferty) stwierdzono następujące błędy nie podlegające poprawie:

1. w poz. 50 w dalszym ciągu nie ujęto w wycenie siatki „Rabitz” lub równoważnej co jednoznacznie wpływało na jakość i cenę wykonanych prac;
2. poz. 119 należało ułożyć płytki z odzysku, Odwołujący w pozycji ujął 100% nowych płytek, czym narażał Zamawiającego na poniesienie dodatkowych kosztów;
3. poz. 120 należało ułożyć płytki z odzysku, Odwołujący w pozycji ujął nowe płytki, czym narażał Zamawiającego na poniesienie dodatkowych kosztów;
4. poz. 120 przyjęto normę dla zaprawy Sika Bond T-8 0,48 kg/m, zgodnie z kartą produktu zużycie zaprawy zastosowanej jako warstwa klejąca wynosi $1,5 \text{ kg/m}^2$ co w tym przypadku po przeliczeniu daje $0,15 \text{ kg/m}^2$. Powyższy błąd naraża Zamawiającego na dodatkowe koszty;
5. poz. 134 Odwołujący dopisał dodatkową kolumnę czym zwiększył nakłady, dodatkowo należy wspomnieć, że w dokumentacji technicznej nie zakładano układania krawężnika na łukach.

Nie każda nieprawidłowość w kosztorysie może być kwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez zamawiającego. Granicę wyznacza przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazując, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. Ponadto leżący po stronie Zamawiającego obowiązek poprawy drobnych błędów nie ma charakteru nieograniczonego.

W zakresie zarzutu dotyczącego poprawienia stawki VAT w ofercie wykonawcy Magmar Zamawiający wskazał, że w jego ocenie było to działanie prawidłowe i uzasadnione. W SWZ

Zamawiający wskazał, że roboty wykonywane będą w budynku zakwalifikowanym jako użytkowy, w związku z powyższym obowiązującą stawką podatku VAT jest stawka 23%.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający był obowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki miała być dokonana poprawa, wynikał z innych elementów składających się na ofertę. Inne omyłki muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Nie jest przy tym wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Zamawiający dokonał poprawy ceny ww. oferty w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Prawidłowa stawka podatku VAT, która miała zostać umieszczona ofercie wynikała bowiem bezpośrednio z treści SWZ.

Działanie Zamawiającego było zgodne z uchwałą Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. III CZP 53/11. W ocenie Sądu Najwyższego określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). W uzasadnieniu powyższej uchwały Sąd Najwyższy wskazał - „(...) O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść

do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałby obowiązek

poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty (...)"

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie

i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz dokumentacją techniczną,
2. ofert Odwołującego oraz wykonawcy Magmar,
3. korespondencji Zamawiającego z ww. wykonawcami,
4. Notatki służbowej z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 21 czerwca 2022 roku,
5. Załącznika nr 1 z dnia 15 czerwca 2022 roku na okoliczność ilości błędów oraz zakresu błędów w ofercie Odwołującego skutkującej odrzuceniem oferty,
6. wniosku Komisji przetargowej z 29 czerwca 2022 r. o odrzucenie oferty Odwołującego,
7. Informacji z 29 czerwca 2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzuty nr 1 i 2

Zgodnie z Rozdziałem II SWZ:

„12. Opis sposobu obliczenia ceny

3. Roboty wykonywane będą w budynku zakwalifikowanym jako użytkowy, w związku z powyższym obowiązującą stawką podatku VAT jest 23%”.

Wykonawca Magmar w swojej ofercie za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował cenę netto 1 110 909,73 zł, cenę brutto 1 199 782,51 zł i stawkę VAT w wysokości 8% (88 872,78 zł).

20 czerwca 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp skierował do wykonawcy Magmar zawiadomienie o poprawie omyłki w którym wskazał m. in.: „Zamawiający poprawia w treści oferty Wykonawcy kwotę brutto oferty na 1 366 418,97 zł. Dodatkowe informacje:

Omyłka polega na doliczeniu do ceny netto nieprawidłowej stawki podatku VAT. W swojej ofercie do ceny netto doliczyła Pani VAT w wysokości 8%. Zgodnie z zapisami specyfikacji warunków zamówienia - Rozdział II, Podrozdział 12 - opis sposobu obliczenia ceny, pkt 3, w przedmiotowym postępowaniu roboty wykonywane będą w budynku zakwalifikowanym jako użytkowy, w związku z powyższym obowiązującą stawką podatku VAT jest 23%. Stosując powyższe zapisy Zamawiający dokonał poprawy ceny brutto Pani oferty poprzez doliczenie do ceny netto prawidłowej stawki podatku VAT tj. 23%”.

W tym samym dniu wykonawca Magmar wyraził zgodę na poprawę omyłki opisanej w piśmie Zamawiającego.

W ocenie Izby powyższa czynność Zamawiającego była prawidłowa. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Co istotne, by omyłka mogła być poprawiona wynik poprawy musi być jednoznaczny i z góry możliwy do przewidzenia. W przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości, że realizacja przedmiotu zamówienia nie byłaby możliwa przy zastosowaniu stawki VAT wynoszącej 8%. Prawidłowa była stawka 23% i taka stawka została wskazana przez Zamawiającego w SWZ jako obowiązująca przy kalkulacji cen ofert. Wskazanie przez Magmar stawki 8% musiało być uznane za inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 Pzp, ponieważ wykonawca nie mógłby zrealizować przedmiotu zamówienia z zastosowaniem tej stawki. Tym samym nie było prawdopodobne, by wykonawca celowo złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo uznał, że stawka 8% była wyłącznie wynikiem omyłki wykonawcy.

Wynik poprawy był jednoznaczny i możliwy do przewidzenia - omyłki nie dało się usunąć inaczej niż przez powiększenie ceny netto o stawkę 23% zamiast 8% VAT.

Z powyższych względów poprawa omyłki w treści oferty wykonawcy Magmar była prawidłowa i dopuszczalna. Wskazać przy tym należy na wydaną na gruncie poprzedniej ustawy Pzp Uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., III CZP 52/11, w której sąd wskazał:

„O porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, ujętych chronologicznie, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pr.z.p., ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją, wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności”.

Tym samym w ocenie Sądu Najwyższego nie ma możliwości poprawy błędnej stawki VAT w ofercie wykonawcy w przypadku, gdy właściwa nie została określona w treści specyfikacji.

Zarzuty nr 3, 4 i 5

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia zarzutów w SWZ zawarte zostały następujące postanowienia:

„Dokumenty składane razem z ofertą.

6. Do oferty wykonawca załącza również:

3) Kosztorys ofertowy

Kosztorys ofertowy uproszczony sporządzony ściśle według przedmiaru robót Zamawiającego. Kosztorys musi zawierać składniki cenotwórcze tj.: stawkę roboczogodziny, zysk, koszty pośrednie i koszty zakupu.

12. Opis sposobu obliczenia ceny

2. Cenę ofertową zwaną w umowie wynagrodzeniem należy wyliczyć w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 8 do SWZ z uwzględnieniem dokumentacji technicznej.

5. Opisu robót nie można modyfikować.

6. Kosztorys ofertowy należy sporządzić ściśle według przedmiaru robót Zamawiającego.

7. Kolejność robót, ich numeracja i ilość robót oraz opis pozycji musi być zachowana jak w przedmiarze robót”.

29 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy Magmar, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy Odwołującego został sporządzony w sposób niezgodny z wymogami SWZ. Zawierał on pozycje, których zmieniony opis w stosunku do udostępnionego przez Zamawiającego przedmiaru robót wprowadził istotne zmiany, co do sposobu wykonania robót i zastosowanych materiałów. Zamawiający zawarł tabelaryczne zestawienie niezgodnych z przedmiarem 74 pozycji kosztorysowych,

a ponadto wskazał:

„Obowiązkiem wykonawcy było dopilnowanie, aby opis pozycji kosztorysu ofertowego był dostosowany do opisu przedstawionego w przedmiarze sporządzonego przez Zamawiającego, bowiem miało to służyć na etapie oceny ofert do weryfikacji złożonych kosztorysów i ich porównania z warunkami postawionymi w SWZ, zaś na etapie realizacji umowy przez wybranego wykonawcę do jej rozliczenia. Oprócz wymienionych wyżej, przykładowych i oczywistych błędów w ofercie wykonawcy - Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „A. P. i Spółka” Sp. z o.o., istnieje wiele błędów polegających na zmianie podstawy wyceny KNR, zmianie opisów, niepełnym opisie pozycji przedmiarowych w stosunku do przedmiarów Zamawiającego. Liczba tego typu błędów w ofercie tego wykonawcy jest bardzo duża. Co więcej, liczne zmiany i pominięcia w pozycjach przedmiarowych uszczegółowienia opisów technologii i materiałów, których Zamawiający oczekiwał i zawarł

w swoich przedmiarach, może prowadzić do wniosku, iż wykonawca celowo dokonał takich nieuprawnionych zmian, aby zastosować inne, tańsze rozwiązania, niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, mogące spowodować niższą jakość przedmiotu zamówienia bądź dodatkowe koszty dla Zamawiającego.

Wykonawca samodzielnie określił i wycenił odmienny zakres prac, niż chciał Zamawiający, co skutkuje niezgodnością jego oferty z SWZ. Zamawiający nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że wycena prac samodzielnie określonych przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, będzie taka sama, jak w przypadku prac określonych przez Zamawiającego”.

Po odrzuceniu jego oferty, pismem 1 lipca 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Odwołujący nie zgodził się z odrzuceniem jego oferty, złożył ponadto poprawiony kosztorys. Ze względu na fakt, że Zamawiający nie zareagował na to pismo, w szczególności nie unieważnił decyzji o odrzuceniu oferty

Odwołującego Izba uznała pismo z 1 lipca 2022 r. za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że cztery pozycje kosztorysowe z 74 wymienionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie kwalifikowały

się do poprawy. Były to pozycje 50, 79, 80 i 121, które nie dość, że nie odpowiadały treści odpowiednich pozycji z przedmiaru Zamawiającego, to dotyczyły materiałów/rozwiązań gorszych niż we właściwej Szczegółowej Specyfikacji Technicznej. Łączna wartość pierwszych trzech pozycji była na tle wartości całej oferty marginalna - kilkaset złotych w ofercie przekraczającej ceną milion złotych. Pozycja 121 opiewała na kwotę przekraczającą 40 000 zł, zatem również nie stanowiła ona istotnego kosztu realizacji przedmiotu zamówienia. Okoliczności te nie miały jednak zdaniem Izby żadnego znaczenia. Zamawiający wytknął Odwołującemu błędy w 74 na 218 pozycji kosztorysu. W tej sytuacji nie można mówić

o zaistnieniu omyłki - omyłką może być popełnienie określonego błędu mimo zachowania należytej staranności. Oczywistym jest, że tego typu błędy się zdarzają i z tego względu możliwa jest ich poprawa na podstawie i w granicach art. 223 ust. 2 Pzp. Ilość błędów popełnionych przy sporządzaniu kosztorysu przez Odwołującego świadczy jednak dobitnie o niezachowaniu należytej staranności przy sporządzaniu oferty. Podkreślenia wymaga, że to wykonawca przygotowuje ofertę i to on jest obowiązany do zachowania odpowiednio wysokiego poziomu staranności, szczególnie w tych dokumentach, które składają się na treść oferty w wąskim rozumieniu tego pojęcia. Dokumenty takie co do zasady nie podlegają uzupełnieniu, zmianie czy poprawie (z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 Pzp). W przedmiotowym postępowaniu kosztorys stanowił podstawę kalkulacji ceny ofertowej, ponadto Zamawiający w przytoczonych wyżej postanowieniach SWZ podkreślił wagę zgodności opisów robót w kosztorysie ofertowych i przedmiarze. Odwołujący powinien zatem mieć świadomość, że wszelkie odstępstwa od wzorcowego przedmiaru mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla losów jego oferty w postępowaniu. Z tego powodu ilość błędów w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie mogła być potraktowana jako skutek omyłki, ale niezachowania należytej staranności. Zamawiający nie mógł więc poprawić kosztorysu Odwołującego, ponieważ oznaczałoby to faktyczne działanie na korzyść tego wykonawcy przez uchronienie go przed negatywnymi skutkami jego niedbalstwa.

Izba nie uwzględniła przy tym argumentu Odwołującego, który twierdził, że rozbieżności między jego kosztorysem, a przedmiarem Zamawiającego stanowiły efekt sposobu działania programu, którym posłużył się Odwołujący. Odwołujący nie podjął choćby próby udowodnienia tej okoliczności. Ponadto - nawet jeśli była to rzeczywista przyczyna błędów w kosztorysie ofertowym - wina za wszystkie niezgodności nadal leży po stronie Odwołującego. Wykonawcy samodzielnie decydują o tym jakim oprogramowaniem się posługiwać, ze wszelkimi tego skutkami. Odwołujący nie może więc skutecznie bronić się twierdzeniem, że błędy są efektem specyfiki działania danego programu kosztorysowego - program to tylko narzędzie, a za wyniki jego działania odpowiada wykonawca.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....