Sygn. akt KIO 1905/22

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez wykonawcę INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Jerzego Giedroycia 8, 44-200 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Wodzisław Śląski, ul. Bogumińska 4,

44-330 Wodzisław Śląski

przy udziale wykonawcy Geosolid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Tadeusza Szafrana 5A/LU1, 30-363 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Jerzego Giedroycia 8, 44-200 Rybnik i i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Jerzego Giedroycia 8, 44-200 Rybnik tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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 1905/22

Uzasadnienie

Miasto Wodzisław Śląski, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zagospodarowanie terenu Ośrodka Rekreacyjnego „Balaton” w Wodzisławiu

Śląskim”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00128622.

W dniu 18 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, zwanego dalej „Przedsiębiorstwem Robót Drogowych”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzucenie oferty lecz jej wybór jako najkorzystniejszej mimo że, oferta złożona przez wykonawcę nie odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Zadania Inwestycyjnego, zwanej dalej „SWZ Zadania Inwestycyjnego”, bowiem Przedsiębiorstwo Robót Drogowych jak wynika z poniżej sprecyzowanych zakresów zaoferował świadczenie o innych parametrach i właściwościach, niż wynikające z SWZ, co mimo złożonych wyjaśnień (w następstwie wezwań Zamawiającego) nie zostało w sposób wystarczający konwalidowane;

2) art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzucenie oferty lecz jej wybór jako najkorzystniejszej mimo że, oferta złożona przez wykonawcę zawierała oczywiste błędy w obliczeniu ceny, które były konsekwencją przyjęcia wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych w wysokości 0 zł;

3) art. 223 ust. 2 pkt 1) i 3) ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie w odniesieniu do oczywistych braków i błędów oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych, które skutkować winny odrzuceniem oferty na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp;

4) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych, którego oferta została oceniona przez Zamawiającego najwyżej, do złożenia kompletnych i niebudzących wątpliwości oświadczeń i dokumentów potwierdzających, iż przyjęte wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych wycenione na 0 zł, są w istocie ujęte w innych pozycjach kosztorysowych, a tym samym wykazania niezaprzeczalnie, iż Wykonawca nalicza za nie wynagrodzenie w określonej wysokości;

5) art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych, którego oferta została oceniona przez Zamawiającego najwyżej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ Zadania Inwestycyjnego bez dokonania przez Zamawiającego pełnych czynności jej badania, a także nieprawidłową wykładnię, iż oferta oceniona przez Zamawiającego najwyżej jest ofertą najkorzystniejszą, gdy tymczasem winna ona podlegać odrzuceniu;

6) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez jego błędne niezastosowanie i nie podjęcie przez Zamawiającego próby zwrócenia się do wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych o wyjaśnienie w sposób wyczerpujący i kompletny przesłanek złożenia przyjęcia wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych w kwocie 0 zł, co w efekcie mogło prowadzić do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzucenie oferty podczas gdy złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych stanowi ewidentne naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości albowiem nie spełniała wymogów SWZ oraz zawierała sztuczne wyceny niektórych pozycji kosztorysu w kwocie 0 zł, które w sposób oczywisty manipulowały ceną oferty.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych, nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych jako niespełniającej wymogów SWZ;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu na okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia;

3) przesłuchanie świadka Dariusza Czekała (adres do doręczeń ul. Jerzego Giedroycia 8, 44-200 Rybnik) na okoliczność (i) niekompletności oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych (ii) wykazania, iż wyjaśnienia oferenta z dnia

11.07.2022 r. do Zamawiającego w przedmiocie przyjętych stawek 0 zł za niektóre czynności i operacje w ramach Zadania Inwestycyjnego są w istocie nieprecyzyjne i nieprawdziwe, a tym samym sporządzone na potrzeby chwili celem niedopuszczenia do odrzucenia oferty tegoż wykonawcy;

4) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa na rzecz Odwołującego
według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1) i 3) ustawy Pzp i w efekcie niezastosowania art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w złożonej ofercie dopuścił się szeregu naruszeń, które stanowiły podstawę do dyskwalifikacji tejże oferty i zastosowania sankcji na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp. Zgoła odmiennie natomiast zareagował Zamawiający, który w piśmie z dnia 7 lipca 2022 r. zainicjował całkowicie niezasadnie tryb z art. 223 ust. 1 i 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w efekcie czego odpowiedź Przedsiębiorstwa Robót Drogowych z dnia 11 lipca 2022 r. prowadziła w sposób oczywisty do zmiany oferty jaka została pierwotnie przezeń złożona w przetargu. Złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych oferta zawierała co najmniej dwa kardynalne naruszenia. Pierwsze polegające na oczywistej niezgodności złożonej oferty z zakresami robót określonymi w SWZ, drugie natomiast naruszenie w sposób jaskrawy (rzucający się w oczy) uwypukliło błędy w obliczeniu ceny ofertowej, które nie sposób zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską lub też inne omyłki o jakich mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2) i 3) ustawy Pzp. I tak jeśli chodzi o niezgodności złożonej oferty z zakresami robót określonymi w SWZ to obejmowały one (jak wynika z precyzyjnego wyliczenia Zamawiającego) szereg naruszeń. Skala i ilość tych rozbieżności jest tak znaczna, że całkowicie nielogicznym i niezrozumiałym jest przyjęcie bezrefleksyjnie wyjaśnień wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i tolerowanie przez Zamawiającego tych wyjaśnień jako w pełni wyczerpujących i akceptowalnych pod względem merytorycznym.

Odwołujący podniósł także, iż przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu poprawienie w ofercie innych niż oczywiste omyłki rachunkowe lub pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu

faktycznego. Pojęcie „istotnych zmian w treści oferty" jest nieostre i ma charakter ocenny, jednak również w tym przypadku orzecznictwo wypracowało reguły o uniwersalnym charakterze umożliwiające stosowanie przepisu. Przede wszystkim, istotna zmiana treści oferty powinna stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności. O tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty. O istotności innej omyłki nie decyduje to, czy zmiana wpływa na cenę lub czy

dotyczy essentialia negotii oferowanego świadczenia. Zmiana nieistotna w treści oferty to

zmiana niewielka w stosunku do całego przedmiotu oferowanego świadczenia - tak m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3772/21. W ocenie Odwołującego z pewnością za inną omyłkę, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty uznać nie można dokonanych przez Zamawiającego, a następnie zaakceptowanych przez oferenta Przedsiębiorstwo Robót Drogowych korekt w zakresie szeregu wskazanych pozycji.

Wyjaśnienie oferenta w tej materii jakoby powstałe różnice wynikały z

automatycznego

„zaciągnięcia" w programie służącym do kosztorysowania pozycji w efekcie wpisania kodu KNR, podczas gdy należało pozycje te zmodyfikować „ręcznie" albowiem zapytanie ofertowe nie było tożsame z pozycją KNR uznać należy co najmniej za niewystarczające i mijające się z prawdą. Co więcej zwrócić należy uwagę, iż przyjęte przez oferenta poszczególne pozycje kosztorysowe zupełnie nie korespondują zakresowo i merytorycznie z pozycjami przyjętymi przez Zamawiającego, co w sposób oczywisty prowadzi do wniosku, iż oferta jest niezgodna

z warunkami zamówienia publicznego i jako taka powinna podlegać odrzuceniu, a nie konwalidacji w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, czego dopuścił się całkowicie bezzasadne Zamawiający. Pozycje kosztorysowe jakich wykonania oczekiwał Zamawiający, a następnie jakie zaproponował oferent - Przedsiębiorstwo Robót Drogowych - nie są tożsame, a tym samym zachodzi oczywista niezgodność zobowiązania. Oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych nie spełnia bowiem (już zakresie powyższego) merytorycznych wymagań określonych w SWZ przez Zamawiającego, a zatem podlegać winna odrzuceniu i nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, co niestety Zamawiający stara się usilnie dokonać. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści.

Pamiętać bowiem należy, iż poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla

prawa

zamówień publicznych trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli, który nie może

posłużyć

jako instrument wykreowania nowego (innego) oświadczenia. W tym przypadku wykonawca

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych poza w zasadzie zatwierdzeniem poprawek Zamawiającego dokonanych (bezzasadnie co Odwołujący po raz kolejny manifestuje) w

trybie
223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie podejmuje się polemiki celem uzasadnienia i udowodnienia, że w istocie popełnił oczywistą omyłkę rozumianą jako złożenie oświadczenie niezgodnego z jego wolą. Wreszcie całkowicie niezrozumiałym jest dlaczego Zamawiający akceptuje wyjaśnienie oferenta w odniesieniu do poniższej pozycji na bazie odwołania się do art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. oczywistych omyłek pisarskich podczas gdy zastosowanie procedury z tej jednostki redakcyjnej przez Zamawiającego może mieć miejsce w sytuacji gdy istota omyłki pisarskiej jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Nie jest bowiem zadaniem Zamawiającego doszukiwanie się ukrytych znaczeń składanych przez wykonawców oświadczeń woli i wiedzy. W ten sposób dochodzi bowiem do wypaczenia samej instytucji zamówienia publicznego. Zamawiający w ramach niniejszego przetargu zdaje się wykraczać poza przyznane ustawowo uprawnienia. Gdy tymczasem samo uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji z wykonawcą, w tym do dokonania zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia treści złożonej oferty ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści, jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych dokonywać tak istotnych zmian w treści złożonej oferty, jak dodanie treści, która nie została w niej wyartykułowana. Kolejnym jaskrawym przykładem zmiany oferty w wyniku wyjaśnień jest precyzowanie na wezwanie Zamawiającego zakresów w ramach niżej wymienionych prac, gdzie wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych wskazuje, iż różnice wynikają z niezamierzonej niedokładności. Przez nieuwagę w trakcie opracowania kosztorysu wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych pominięto lub wpisało „krotność" wobec powyższego odpowiednio w poz. 1, 2, 4 należy pomnożyć x16 cenę jednostkową i wartość, a w pozycji 3 podzielić przez 16 cenę jednostkową i wartość. Wyżej wymienione zmiany w istocie powoduję, iż dochodzi do następczej zmiany złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych oferty, w efekcie czego oferowane jest świadczenie o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej pierwotnie oferty.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1) i 3) ustawy Pzp i w efekcie niezastosowania art. 226 ust. 1 pkt 10) oraz pkt 5) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in.:, że

w zakresie nieprawidłowości koncentrujących się wokół błędów w obliczeniu ceny ofertowej wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych jako element składowy całości złożonej oferty wyceniło na 0 zł niżej szereg wykonywanych czynności. Z treści SWZ wynikało, że ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, a tym samym zaoferowanej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych ceny jednostkowej 0 zł, za szereg czynności jak wyżej nie można uznać za ekwiwalentny (rynkowy) koszt ich wytworzenia/wykonania.

Wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć jako narzędzie do określenia co jest przedmiotem świadczenia ze strony wykonawcy na rzecz Zamawiającego. Stanowi ono wyłącznie wyjaśnienie pierwotnie wskazanych oświadczeń wykonawcy w ofercie. Jednakże takie wyjaśnienia nie mogę prowadzić do oferowania nowego

wyposażenia, które pierwotnie nie zostało wskazane w ofercie wykonawcy. I tak w zakresie, Budynek C - elektryczna wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych wskazuje gdzie zostały wycenione faktycznie pozycje wycenione pierwotnie na 0 zł, np. (jak wskazuje wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych) „pozycja 1 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 24 kosztorysu w wysokości 80 zł". Wobec tego powstaje wątpliwość w jaki sposób 80 szt złączek z pozycji 25 może być połączone z 50 szt. puszek z pozycji 25/ w jaki sposób zwiększenie liczby puszek bez zwiększenia liczby złączek zostanie rozliczone obmiarem powykonawczym.

W świetle dokonanych naruszeń nie sposób nie odnieść wrażenia, że dochodzi (całkowicie bezprawnie) do negocjacji z wykonawcą jakim jest Przedsiębiorstwo Robót Drogowych. Uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji z wykonawcą, w tym do dokonania zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia treści złożonej oferty ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści, jakie zawiera złożona oferta. Oczywistym jest, iż złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych oferta jest niezgodna z SWZ. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraził w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjął, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych jako niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlegać winna odrzuceniu i nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany do przestrzegania reguł wynikających z SWZ, a odstąpienie od wymagania jasno i jednoznacznie opisanego w SWZ na etapie oceny ofert preferuje wykonawcę, którego ofertę zamawiający wybrał. Zamawiający co prawda wzywał oferenta do wyjaśnień w zakresie pobudek i przesłanek jakie legły u podstaw wyceny pozycji jak wyżej na 0 zł, przy czym wezwanie to ominęło jedną kluczową pozycję, którą również opiewała na 0 zł, jaka widniała w treści kosztorysu ofertowego Branża - Budynek A - roboty budowlane, gdzie w pozycji nr 6 zatytułowanej „przygotowanie podłoża pod osprzęt instalacyjny krotność = 0, oferent Przedsiębiorstwo Robót Drogowych również i w tym przypadku przewidziała nierynkową cenę za tę czynność w wysokości 0 zł, a więc jest ewidentnie niższa, niż koszty wytworzenia lub koszty własne.

Odnośnie zarzutu złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Odwołujący podniósł m.in., że w świetle tego przepisu Zamawiający dokonując badania i oceny ofert ma obowiązek ustalić, czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „ZKNU". Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNKU, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jako jeden z przykładów czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie przepisów ustawy Pzp z pewnością uznaje się manipulowanie ceną oferty. Jako czyn nieuczciwej konkurencji może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. "Optymalizacja" ta z reguły dokonywana jest w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcom lub otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy. Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego).

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych z pewnością o czym szczegółowo wyżej jako części składowe oferty wyceniając w kwocie 0 zł, a następnie w wyniku rewizji (stanowiącej odpowiedź na wezwanie Zamawiającego) nieco podnosząc do kwot jednostkowych w przedziałach 50 - 100 zł złożyło ofertę poniżej jakichkolwiek racjonalnych kosztów i tym samym popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, jaki powoływany jest w art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU, utrudniając innym oferentom (w tym i Odwołującemu) dostęp do rynku

Informację o wniesieniu odwołania Zamawiający przekazał w dniu 19 lipca 2022 r. drogą mailową poprzez platformę zakupową, na której prowadzone jest postępowanie wraz z przesłaniem kopii odwołania.

W dniu 21 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Geosolid Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „wykonawcą Geosolid", zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 4 sierpnia 2022 r. (pismem z dnia 3 sierpnia 2022 r.) Zamawiający złożył

odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Geosolid do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu

posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania, tj.:

1. załącznik nr 4) - losowe oferty czujek (4 szt.),
2. załącznik nr 5) - losowe oferty ekspanderów (4 szt.),
3. załącznik nr 6) - losowe oferty manipulatorów (4 szt.),
4. załącznik nr 7) - losowe oferty sygnalizatora zewnętrznego (1 szt.),
5. załącznik nr 8) - losowe oferty kontaktron (2 szt.).

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przesłuchanie świadka jako nieprzydatnego do wykazania danego faktu, gdyż zawnioskowany świadek, jak podniósł Odwołujący w trakcie rozprawy, ma wiedzę o sposobie sporządzania kosztorysów przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych jednak nie uczestniczył w sporządzeniu

tego konkretnego kosztorysu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny - tożsamy dla wszystkich podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ „SPOSÓB OBLICZENIA CENY" podał:

1) „Wykonawca w formularzu ofertowym poda cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, wartość podatku VAT oraz wartość netto. Stawka podatku VAT jest określana zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

2) Ceny muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia - poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).

3) Cenę podaną w ofercie należy wyliczyć metodą kalkulacji szczegółowej, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13.07.2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. nr 80, poz. 867) przy zachowaniu następujących założeń (dotyczy robót budowlanych):

a) zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny oferty musi być zgodny z zakresami robót określonymi w kosztorysie ślepym (przedmiarze robót)- załącznik,

b) ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją,

c) nie dopuszcza się pominięcia jak i dopisania którejkolwiek pozycji

kosztorysowej przedmiaru robót,

d) dopuszcza się zmiany poszczególnych, przedstawionych w przedmiarze robót podstaw wyceny bądź norm nakładów rzeczowych mających na celu kompleksowe wykonanie opisanego w nagłówku pozycji zakresu zgodnie z dokumentacją i wiedzą techniczną.

4) Do oferty należy dołączyć wersję uproszczoną kosztorysu. Rozliczenie wykonanych robót nastąpi szczegółowym kosztorysem powykonawczym.

5) Cena powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z dokumentacją, wiedzą techniczną i opisem co do zakresu robót. Ilości oraz jednostki robót przedstawione w poszczególnych pozycjach przedmiarów stanowiących załącznik do specyfikacji stanowią materiał pomocniczy z uwagi na cenę ryczałtową oferty.

6) Ewentualne upusty oferowane przez wykonawcę, muszą być zawarte w cenach jednostkowych. Cena jednostkowa po zastosowaniu upustu nie może być niższa, niż koszty wytworzenia lub koszty własne.

Zamawiający ujawnił w złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych kosztorysach rozbieżności pomiędzy opisami pozycji występujących w przedmiarze robót a kosztorysem ofertowym.

Zamawiający, pismem z dnia 7 lipca 2022 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz, działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poinformował, iż poprawił w ofercie tego wykonawcy inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający podniósł, że przedstawione pozycje w tabeli w rubryce „uwagi" zawierają informację o poprawieniu przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy opisami pozycji występujących w przedmiarze robót a kosztorysem ofertowym Wykonawcy. Różnice te zostały potraktowane jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i dotyczyły one pozycji zawartych w tabelach wezwania, tj.:

- „Roboty elektryczne - etap 1" - poz. 2, 4, 5, 6, 7, 8;
- „Sanitarna - etap 1" - po. 1,2;
- „Budynek A roboty budowlane - poz. 1;

- „Budynek A wentylacja” - poz. 2, 3, 4;
- „Zagospodarowanie - etap 2” - poz. 1, 2.

Wobec powyższego wezwał wykonawcę do wyrażania zgody na ich poprawienie.

Nadto wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji zawartych w tabelach wezwania i co do, których w rubryce „uwagi” wpisano „wyjaśnić różnicę”, tj.:

- „droga - etap 1” - poz. 1, 2;
- „Roboty elektryczne - etap 1” - poz. 1;
- „Budynek A roboty elektryczne - poz. 1;
- „Budynek A wentylacja” - poz. 1, 5 i 6;
    - „(w przedmiarze - Budowla C - wiata ogniskowa) u oferenta Budynek A - roboty budowlane” - poz. 1.
- „Budynek C - roboty budowlane” - poz. 1;
- „Zieleń - etap 2” - poz. 1, 2, 3, 4.

Ponadto Zamawiający, pismem tym, poprosił o wyjaśnienie: dlaczego Wykonawca w pozycjach przedstawionych poniżej w tabeli dokonał wyceny 0,00 zł. W przypadku odpowiedzi, iż pozycje te zostały wycenione w innym miejscu, prosimy o wyjaśnienie w której pozycji Wykonawca ujął wykonanie zakresu zamówienia wycenionego na 0,00 zł oraz w jakiej wysokości. Informacja ta - jak dalej wskazał - jest niezbędna do rozliczenia kosztorysem powykonawczym. Zamawiający pozycje te wskazał w tabelach zawartych w wezwaniu, tj.:

- „Budynek A roboty elektryczne (W przedmiarze: instalacje elektryczne wewnętrzne i niskoprądowe) - poz. 1;
- „Budynek C - elektryczna - powinno być „D” - poz. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 i 11.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 11 lipca 2022 r., wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych oświadczył, iż wyraża zgodę na dokonane przez Zamawiającego poprawienie omyłek w treści oferty, które zakwalifikowane zostały jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodujące jednak istotnych zmian w treści oferty (art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 266 Pzp).

Ponadto w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia wskazanych szczegółowo elementów złożonej oferty wyjaśnił:

„I. Poniższe różnice wynikają stąd, iż podczas sporządzania kosztorysu ofertowego program służący do kosztorysowania automatycznie, po wpisaniu kodu KNR, zamieszcza opis danej pozycji. Jeżeli zatem w dokumentach zamówienia opis danej pozycji KNR został w pewnym zakresie zmieniony, wówczas koniecznym jest dokonanie analogicznej, „ręcznej” zmiany przez Wykonawcę podczas sporządzania kosztorysu. Oświadczamy zatem, iż wskazane przez Zamawiającego różnice wynikają z niezamierzonego przez Wykonawcę zaniechania w dostosowaniu opisu pozycji kosztorysowej do opisu zawartego w przedmiarze.

Jak przyjmuje się w literaturze, wszelkie wyjaśnienia treści oferty powinny zmierzać do ustalenia rzeczywistej treści zobowiązania Wykonawcy zawartego w ofercie, przy zastosowaniu zasad wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 ust. 1 ustawy

23.04.1964 r. - Kodeks cywilny (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.) Przepis ten stanowi,

że oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym kontekście oświadczamy, że niezmieniony opis poszczególnych pozycji KNR jest tożsamy z zakresem robót oczekiwanym przez Zamawiającego. Świadczy o tym między innymi fakt, iż „Rozwiniecie” pozycji uproszczonej do szczegółowej wskazuje na zastosowanie właściwych nakładów robocizny i materiałów”.

Przechodząc do wskazanych przez Zamawiającego różnic oświadczył jak brzmi opis

danej pozycji i jak powinien brzmieć; dotyczyły one następujących pozycji:

- „droga - etap 1” - poz. 1, 2;
- „Roboty elektryczne - etap 1” - poz. 1, 3;
- „Budynek A wentylacja” - poz. 1, 5 i 6;
    - „(w przedmiarze - Budowla C - wiata ogniskowa) u oferenta Budynek A - roboty

budowlane” - poz. 1.

- „Budynek C - roboty budowlane” - poz. 1;

Odnośnie poz. 1 „Budynek A roboty elektryczne (W przedmiarze: instalacje elektryczne wewnętrzne i niskoprądowe)” wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych wyjaśnił, że „Różnica wynika z tego, że opis został przypadkowo skopiowany z innej pozycji w tym samym kosztorysie. Wynikło to z „obrabiania” przedmiaru w programie kosztorysowym i niezamierzonym użyciu w tym momencie funkcji „kopiuj-wklej” w programie do kosztorysowania. Rozwiniecie pozycji uproszczonej (poz.2.3.6: KNR-AL-01 01104-06) do szczegółowej wskazuje na zastosowanie właściwych nakładów robocizny i materiałów. Tak więc opis w tej pozycji powinien brzmieć: „Montaż karty funkcyjnej centrali alarmowej - Centrala sygnalizacji włamania 64 wejść, 32 strefy, pamięć 5887 zdarzeń z funkcją wydruku obsługa do 192+8+1 użytkowników”. Natomiast odnośnie pozycji 1, 2, 3 i 4 „Zieleń - etap 2” podał, że „powyższe różnice wynikają z niezamierzonej niedokładności. Przez nieuwagę w trakcie opracowania kosztorysu pominięto lub wpisano „krotność”. Wobec powyższego odpowiednio w poz. 1,2,4 należy pomnożyć x16 cenę jednostkową i wartość, a w pozycji 3 podzielić przez 16 cenę jednostkową i wartość”.

Odnośnie wskazanych w kosztorysie różnic kwotowych wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych podał, „iż na skutek umieszczenia pewnych pozycji zawartych w przedmiarze pod innymi pozycjami, w pewnych miejscach kosztorysu pojawiła się cena 0,00 zł. Nie oznacza to jednak, że za te elementy oferty Wykonawca nie nalicza wynagrodzenia, lecz oznacza to, że wynagrodzenie zostało już ujęte w innej pozycji kosztorysu. W tym wypadku, mając na uwadze konieczność stosowania art. 65 ust. 1 k.c., przyjąć należy, iż różnice pomiędzy przedmiarem a ofertą są pozorne i w rzeczywistości nie występują.”.

Wykonawca dalej podał, że:

- „Budynek A roboty elektryczne (W przedmiarze: instalacje elektryczne wewnętrzne i niskoprądowe)” - poz. 1:

Pozycja została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 75 w wysokości 100 zł.

- „Budynek C - elektryczna - powinno być „D” - poz. 1, 2, 3, 4, 5, 6:

Pozycja 1 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 24 w wysokości 80 zł.

Pozycja 2 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 33 w wysokości 60 zł.

Pozycja 3 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 38 w wysokości 100 zł.

Pozycja 4 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 47 w wysokości 50 zł.

Pozycja 5 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 47 w wysokości 50zł.

Pozycja 6 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 47 w wysokości 100 zł.

Pozycja 7 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 47 w wysokości 50zł.

Pozycja 8 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 48 w wysokości 100 zł.

Pozycja 9 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 48 w wysokości 100 zł.

Pozycja 10 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 48 w wysokości 100 zł.

Pozycja 11 została wyceniona w innym miejscu tzn. w poz. 48 w wysokości 50 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 11 lipca 2022 r. wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty wskazując, że „w związku z otrzymanymi wyjaśnieniami treści złożonej oferty, prosi o informację czy podane kwoty pozycji (wcześniej wycenionych na kwotę 0,00) są cenami jednostkowymi czy za wartość pozycji. Prosi potwierdzić, iż pozycje w których ujęto wyceny 0,00 zł, należy pomniejszyć o tą wartość i tym samym zmienić też cenę jednostkową danej pozycji.”.

Wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych, pismem z dnia 11 lipca 2022 r., oświadczył, że „są to wartości pozycji, które przyjęto wcześniej jako 0,00 zł, należy o tą wartość pomniejszyć pozycje podane w wyjaśnieniu i jednocześnie zmienić cenę jednostkową”.

W dniu 12 lipca 2022 r. Zamawiający przekazał wykonawcy informację o poprawieniu innej omyłki i omyłki rachunkowej, wskazując że „w związku z udzielonymi wyjaśnieniami dotyczącymi treści złożonej oferty, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3, w efekcie tej poprawy omyłki rachunkowe na podstawie art.

223 ust. 2 pkt. 2, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Zakres dokonanych poprawek stanowi załącznik do pisma tj.: 1- kosztorys ofertowy -

Budynek C - elektryczna, 2 - kosztorys ofertowy - roboty elektryczne - etap 1, 3 - kosztorys

ofertowy Zieleń - etap 2. W konsekwencji poprawy wartość brutto oferty ulega zmianie: Jest: 14.171.398,69 netto + 3.201.071,58 VAT = 17.372.470,27 brutto Powinno być: 14.125.565,31 netto 3.248.890,02 VAT 17.374.445,33 brutto".

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych oświadczył w dniu 12 lipca 2022 r. „wyrażamy zgodę na poprawienie omyłki".

Zawiadomienie o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych jako najkorzystniejszej Zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w dniu 13 lipca 2022 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi:
„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty,

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona".

Przepis te umożliwia Zamawiającemu pozostawienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców, których oferty obarczone są nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, o ile nie prowadzą one do istotnych zmian w treści oferty i nie zmieniają oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o to zamówienie.

Uzasadnienie dla wprowadzenia tego przepisu, który zachował aktualność na tle obowiązującej ustawy, przedstawiono w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wskazując „Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami." Intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu tego przepisu, którego odpowiednikiem jest w obecnie obowiązującej ustawie art. 223 ust. 1 i 2, było dopuszczenie poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, jeśli nie spowoduje to zniekształcenia woli

wykonawcy w istotnym zakresie, po zaakceptowaniu przez wykonawcę dokonywanych przez Zamawiającego poprawek dotyczących niezgodności treści jego oferty z treścią SWZ

W tym stanie faktycznym Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ „SPOSÓB OBLICZENIA CENY" podał „dopuszcza się zmiany poszczególnych, przedstawionych w przedmiarze robót podstaw wyceny bądź norm nakładów rzeczowych mających na celu kompleksowe wykonanie opisanego w nagłówku pozycji zakresu zgodnie z dokumentacją i wiedzą techniczną". Dopuścił więc możliwość dokonania określonych zmian w przedkładanych przez wykonawców wraz z ofertą kosztorysach ofertowych. W konsekwencji powyższego, działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający dokonał poprawek w treści kosztorysów złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych. Tak więc jako inne omyłki, uwzględniając treść ustawy i wskazane w SWZ okoliczności, prawidłowo zakwalifikował rozbieżności pomiędzy opisami pozycji występujących w przedmiarze robót a kosztorysem ofertowym a które dotyczyły następujących pozycji (pozycji zawartych w tabelach wezwania), tj.: „Roboty elektryczne - etap 1" - poz. 2, 4, 5, 6, 7, 8; „Sanitarna - etap 1" - po. 1,2; „Budynek A roboty budowlane - poz. 1; „Budynek A wentylacja" - poz. 2, 3, 4 oraz „Zagospodarowanie - etap 2" - poz. 1, 2. Wskazane pozycje dotyczyły opisów podstaw wyceny bądź też norm nakładów rzeczowych a więc zmian, których dopuszczalność przewidział w SWZ. Różnice te - jak wyjaśnił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych - wynikają stąd, iż podczas sporządzania kosztorysu ofertowego program służący do kosztorysowania automatycznie, po wpisaniu kodu KNR, zamieszcza opis danej pozycji. Jeżeli zatem w dokumentach zamówienia opis danej pozycji KNR został w pewnym zakresie zmieniony, wówczas koniecznym było dokonanie analogicznej, „ręcznej" zmiany przez Wykonawcę podczas sporządzania kosztorysu. Ujawnione różnice wynikały zatem z niezamierzonego przez Wykonawcę zaniechania w dostosowaniu opisu pozycji kosztorysowej do opisu zawartego w przedmiarze. Przedmiar robót przygotowany przez Zamawiającego zawierał bowiem zmiany w opisach pozycji przypisanych do danej podstawy wyceny (KNR) a ponadto opublikowany był w nieedytowalnym formacie PDF, konsekwencją czego była konieczność przypisania każdej pozycji z przedmiaru robot do programu kosztorysowania i związane z tym błędy.

Pozostała część z pozycji w kosztorysie ofertowym wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane do tego wykonawcy, została wyjaśniona zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp a w konsekwencji pozycje te zostały poprawione w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2) i 3) ustawy Pzp. W odniesieniu do pozostałych różnic (dotyczących opisu danej pozycji w zakresie wskazanym w wezwaniu) i wyjaśnianych we wskazanym trybie ustalono, że powstały one na skutek przypadkowego skopiowania z innej pozycji w tym samym kosztorysie jako wynik „obrabiania przedmiaru w programie kosztorysowym i niezamierzonym użyciu funkcji „kopiuj-wklej" w programie do kosztorysowania, natomiast w odniesieniu do pozycji 1, 2, 3 i 4 „Zieleń - etap 2" poprzez „nieuwagę w trakcie opracowania kosztorysu" „pominięto lub wpisano „krotność". Wezwanie posłużyło więc ustaleniu w jaki sposób zawarte w kosztorysie różnice czy też błędy mogą zostać poprawione. Bezspornym jest bowiem, że przygotowany przez Zamawiającego przedmiar robót zawierał 1497 pozycji. Bezspornym jest także, że wszyscy wykonawcy przyjęli prawidłowe podstawy wyceny. Nie ustrzegli się jednak rozbieżności pomiędzy opisami pozycji występujących w przedmiarze robót a kosztorysie ofertowym. I tak: w kosztorysie wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych rozbieżności ujawniono w 43 pozycjach, w kosztorysie Odwołującego w 77 pozycjach a w kosztorysie wykonawcy Geosolid w 2 pozycjach. Zamawiający w taki sam sposób oceniał kosztorysy wszystkich wykonawców, dokonując poprawienia i wyjaśnienia pozycji, których dotyczyły ujawnione rozbieżności. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do kwestionowania prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie w odniesieniu do wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych, jak i do pozostałych wykonawców. Wszystkie czynności Zamawiającego zostały wykonane prawidłowo z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp.

Kolejna grupa zarzutów dotyczyła pozycji kosztorysowych, w których wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych dla określonych pozycji „cena" i „wartość" określił na „0,00" zł. W niniejszym postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane, wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy a podane w kosztorysach ceny jednostkowe mają podstawowe znaczenie, gdyż stanowią treść zobowiązania wykonawcy. Nie można jednak z tego wywodzić zakazu możliwości zakwalifikowania pominięcia w poszczególnych pozycjach kosztorysu ceny jednostkowej oraz wartości, jako omyłki, ani też braku możliwości zaoferowania ceny jednostkowej w poszczególnych pozycjach w wysokości 0,00 zł. Taka praktyka ma miejsce w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których przedmiotem są roboty budowlane. Pominięcia te - jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, np. KIO/UZP 1324/09 - następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej ocenie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. W tym stanie faktycznym w 12 pozycjach kosztorysu ofertowego w

kolumnie „cena” i „wartość” wpisano „0,00”. A ponieważ „poprawienie innych omyłek może nastąpić w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 223 ustawy Pzp, a tym samym wezwanie to może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione” (tak np. Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021) zastosowanie procedury wyjaśnień w odniesieniu do pozycji, dla których w kosztorysie ofertowym podano „0,00” zł, było jak najbardziej prawidłowe. W tym stanie faktycznym Zamawiający zwrócił się bowiem do wykonawcy z zapytaniem dotyczącym wyceny wskazanych pozycji kosztorysowych. Pozycje te - jak wyjaśnił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych - a właściwie dotyczące ich różnice wynikały stąd, iż „na skutek umieszczenia pewnych pozycji zawartych w przedmiarze pod innymi pozycjami, w pewnych miejscach kosztorysu pojawiła się cena 0,00 zł. Nie oznacza to jednak, że za te elementy oferty Wykonawca nie nalicza wynagrodzenia, lecz oznacza to, że wynagrodzenie zostało już ujęte w innej pozycji kosztorysu”. Wykonawca spornych pozycji kosztorysu (wycenionych na „0,00” zł) nie pominął. Skoro więc pozycje te zostały ujęte w ofercie wykonawcy (złożonym przez niego kosztorysie), to wykonawca zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem dokonanym przez Zamawiającego i wyceną spornych pozycji w innych wskazanych pozycjach kosztorysu. Wykonawca podał bowiem na jakie kwoty i w jakich pozycjach zostały one wycenione. Z ich analizy wynika, że ceny i wartości te mają bardzo niski udział w cenie oferty, która przed poprawieniem wskazanych pozycji kosztorysowych wynosiła 17 372 470, 27 zł brutto a po ich poprawieniu 17 374 445,53 zł brutto (różnica wynosi zatem 1 975,06 zł brutto). Poprawki te nie spowodowały więc istotnej zmiany ceny oferty, a dane do ich wprowadzenia wynikały z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Pominięcie wartości jednostkowych wskazanych pozycji i następnie ich poprawienie w sposób zgodny z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp pozbawione jest wpływu na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych nie odpowiada merytorycznym wymaganiom zawartym w SWZ. W wyniku poprawy tego rodzaju różnic i błędów każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Istotne jest jednak aby taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy. W tym stanie faktycznym wprowadzone poprawki nie ingerują w zakres zobowiązania wykonawcy i oddają sens treści złożonej oferty, nie zmieniając przy tym złożonego oświadczenia wykonawcy. Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych bowiem oświadczył, że „niezmieniony opis poszczególnych pozycji KNR jest tożsamy z zakresem robót oczekiwanym przez Zamawiającego. Świadczy o tym między innymi fakt, iż „Rozwiniecie” pozycji uproszczonej do szczegółowej wskazuje na zastosowanie właściwych nakładów robocizny i materiałów”. Dlatego też błędy powstałe w kosztorysach złożonych przez tego wykonawcę nie powodują istotnych zmian w treści oferty.”. Tym samym stwierdzić należy, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia publicznego było złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób więc uznać, że wykonawca ten celowo pominął pewien zakres świadczenia, nie obejmując go treścią oferty. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg norm przepisanych z uwagi na to, że zgodnie z § 5 pkt 2 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 31 grudnia 2020 r., poz. 2437) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Tymczasem Zamawiający takich dokumentów nie złożył.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.

U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....