

WYROK

z 30 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 30 września 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MISZ-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Kościelcu oraz J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MISZBUD J. M. z siedzibą w Kole w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Kłodawa z siedzibą w Kłodawie przy udziale J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU GREGORY J. P. z siedzibą w Łęczycy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MISZ-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Kościelcu oraz J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MISZBUD J. M. z siedzibą w Kole i 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.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2480/22

Gmina Kłodawa z siedzibą w Kłodawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej Nr 2 im. Białych Górników w Kłodawie”, numer:

RZP.271.8.2022, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 sierpnia 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00308874/01.

20 września 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MISZ-BUD Sp. z o. o. z siedzibą w Kościelcu oraz J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U MISZBUD J. M. z siedzibą w Kole (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zarzucili mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania J. P.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU GREGORY J. P. z siedzibą w Łęczycy (dalej: Przystępujący) do złożenia wyjaśnień

w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za rusztowania ramowe przyścienne RR - 1/33 wys. do 10 m (poz. 27 d.1.4 przedmiaru) oraz demontaż i ponowny montaż z elewacji lamp, tablic, logo, uchwytów itp. (poz. 38 d.1.6 przedmiaru),

2. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia;

3. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie przez Zamawiającego z Przystępującym niedozwolonych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz zmianę treści oferty PHU Gregory po upływie terminu składania ofert,

4. art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Przystępującego, która to oferta nie była ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

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

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia będzie miało charakter kosztorysowy. Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu sporządzonego na podstawie przedmiaru (załącznik nr 6 do SWZ), w którym oczekiwał wskazania m. in.:

1. w pkt 27 d.1.4 - kosztu rusztowania ramowego przyściennego RR -1/30 wys. do 10 m. o powierzchni 2139.890 m²
2. w pkt 38 d.1.6 - kosztu demontażu i ponownego montażu z elewacji lamp, tablic, logo, uchwytów itp. w ilości 6 kompletów.

Przystępujący wskazał w złożonym wraz z formularzem ofertowym kosztorysie, dla ww. pozycji kwotę zero złotych. W postępowaniu złożono cztery oferty. Oferta Przystępującego była blisko 16% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert.

Cena za 0 zł za wymienione w pkt 27 d.1.4 i 38 d.1.6 kosztorysu elementy zamówienia jako samodzielna podstawa rozliczenia była istotnym elementem składowym. Cena za 0 zł za rusztowania ramowe przyściennie RR - 1/30 wys. do 10 m. o powierzchni 2139.890 m² oraz demontaż i ponowny montaż z elewacji lamp, tablic, logo, uchwytów itp. w ilości 6 kompletów w ofercie Przystępującego budziła wątpliwości i powinna podlegać weryfikacji na etapie badania i oceny ofert.

Robota budowlana polegająca na termomodernizacji wymaga instalacji odpowiedniej ilości rusztowań. Jest to ważny element zamówienia, bez którego jego należyta realizacja w ogóle nie jest możliwa. Na koszt tej pracy nie składa się wyłącznie koszt zakupu samych rusztowań, ale także ich amortyzacja, transport, przechowywanie, montaż, demontaż. Nie jest więc zatem możliwe, aby spełnić wymogi Zamawiającego dotyczące rusztowań za kwotę 0 zł. Cena zaoferowana na takim poziomie powinna przynajmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i zostać wyjaśniona.

Odwołujący wskazał, że średnia cena z cennika SEKOCENBUD za ww. prace wynosi 30,92 zł/m² netto (notowanie na dzień 22 sierpnia 2022 r.), zatem cena brutto w postępowaniu powinna wynieść 81 383,44 zł brutto.

Oferta Przystępującego to cena 917 002,06 zł brutto. Oferta Odwołującego - 995 160,48 zł brutto. Zatem różnica ofert Odwołującego i PHU Gregory wynosiła 78 158,42 zł. Koszt wykonania prac określonych w pozycji 27 d.1.4 na podstawie stawek SEKOCENBUD to 81 383,44 zł. Gdyby Przystępujący obliczył koszt rusztowań na poziomie wynikającym z cennika SEKOCENBUD (81 383,44 zł) a nie na poziomie „0” zł, to jego oferta byłaby droższa od oferty Odwołującego i plasowałaby się na drugiej pozycji w rankingu.

Podobnie sytuacja wyglądała z demontażem i ponownym montażem z elewacji lamp, tablic, logo, uchwytów itp. Są to prace, które wymagają nakładu pracy ludzkiej i nie mogą być wycenione na poziomie zero zł, a przynajmniej taka wycena nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia w tym zakresie.

W zakresie niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia Odwołujący podniósł że Zamawiający wskazał w Rozdziale XVIII ust. 5 SWZ, że cena oferty jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Zgodnie z Rozdziałem XII ust. 12 pkt 3 SWZ wraz z ofertą należało złożyć kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej z podaniem wartości przyjętych narzutów do kosztorysu i stawki roboczogodziny. Postanowienia Rozdziału XVIII ust. 5 pkt 3 SWZ, przewidywały, że wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego.

Odwolujący podniósł, że mimo powyższych warunków kosztorys złożony przez Przystępującego zawierał kilka istotnych, merytorycznych odstępstw od przedmiaru stanowiącego załącznik do SWZ. Odwołujący przytoczył i szczegółowo opisał te odstępstwa oraz podkreślił, że dowodziły one niezgodności oferty ze specyfikacją, co z kolei powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego.

Odwolujący podkreślił m.in., że jeżeli przyjąć za prawidłowe działanie Zamawiającego polegające na poprawie oferty Przystępującego w ten sposób, że w pozycji nr 14 d.1.2 dodaje

się sformułowanie „Wysokość cokołu 50 cm + 20 cm zagłębiony w ziemi, to oznaczałoby, że umowa jaka miała być zawarta byłaby niemożliwa do rozliczenia choćby w przypadku, gdyby pojawiły się dodatkowe prace polegające na „Dociepleniu ścian - cokołu z gazobetonu płytami styropianowymi- HYDROPIAN gr. 6 cm - przy użyciu gotowych zapraw klejących wraz z przygotowaniem podłoża i ręczne wykonanie wyprawy elewacyjnej z gotowej suchej mieszanki silikonowej- kolor do ustalenia z Inwestorem. Wysokość cokołu 50 cm + 20 cm zagłębiony w ziemi”. Przystępujący wskazał bowiem różne ceny za ten sam zakres prac, wskazany w pkt 6 d.1.1. (214.445 zł) oraz 14 d.1.2. (251 028 zł). Tymczasem Zamawiający w Rozdziale XVIII pkt 5 ppkt 4) SWZ zawarł postanowienie, zgodnie z którym „(...) Koszty należne wykonawcy zostaną wyliczone za pomocą kosztorysów zamiennych przy użyciu cen jednostkowych pobranych z kosztorysów ofertowych”. W takiej sytuacji, nie byłoby możliwe do rozstrzygnięcia którą z ww. kwot za wykonanie „Docieplenia ścian (...)” Zamawiający miałby przyjąć za właściwą do rozliczenia.

Ponadto, jako szczególnie istotne Odwołujący wskazał, że w punkcie 59 d.1.9 kosztorysu Przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie skrzynki pobiercz.kontrolnej PVC, co było

w sposób oczywisty niezgodne z przedmiarem, a tym samym z warunkami zamówienia. Oferta wykonawcy BUD-WAT Sp. z o. o. została odrzucona z tej przyczyny, że ww. wykonawca wprowadził zmiany w kosztorysie, które były niedopuszczalne, a więc jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. W pozycji 59 d.1.9 kosztorysu wykonawca BUD-WAT sp. z o. o. zaoferował „montaż skrzynek i rozdzielnic skrzynkowych o powierzchni do 0,15 m² - skrzynka pobierz. - kontrolna PVC”.

W ocenie Odwołującego powyższe odstępstwo miało analogiczny charakter jak to w ofercie Przystępującego. Tym samym również powinno skutkować odrzuceniem oferty z postępowania.

W toku badania i oceny złożonych ofert Zamawiający pismem z 8 września 2022 r. wystosował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodności przedłożonego przez ww. Wykonawcę kosztorysu z przedmiarem stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ. Zamawiający sformułował wezwanie tak, że wprost zasugerował Przystępującemu w jaki sposób powinien wytłumaczyć zaistniałe rozbieżności między jego ofertą a przedmiarem. Zamawiający nie prosił bowiem o wyjaśnienie rozbieżności, lecz o potwierdzenie, czy przez postanowienia niezgodne z przedmiarem, miał rozumieć, że mimo wszystko były one zgodne z przedmiarem.

W odpowiedzi Przystępujący potwierdził, że Zamawiający w prawidłowy sposób zrozumiał niezgodne z przedmiarem pozycje kosztorysu.

Zamawiający w sposób jednoznaczny i kategoryczny sformułował wymóg, zgodnie z którym „Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego”. Odwołujący podkreślił, że odstępstwa od prawidłowych punktów przedmiaru w kosztorysie Przystępującego wzięły się m. in. z zastosowania odmiennej metody kalkulacji cen - wprost zamiast przez analogię w zakresie jednej z pozycji.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wskazał, że wybór oferty Przystępującego, która to oferta nie była ofertą najkorzystniejszą był bezpodstawny, przez co doszło

do nierównego traktowania wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

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

Przepisy Pzp nie zabraniają, aby składowe elementy ceny całkowitej zostały wycenione na zero złotych. W sytuacji, gdy Zamawiający nie określił takiego zakazu wprost w treści SWZ, wykonawcy byli uprawnieni do takiego działania. Przyjmuje się bowiem w takiej sytuacji,

że zaoferowanie wykonania jakiegoś elementu zamówienia za wartość zero złotych nie przesądza o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej części zamówienia, ale że albo nie przewiduje w tym przypadku powstania kosztów, albo skalkulował koszt danej pozycji

w innej pozycji.

W związku z powyższym, kosztorys ofertowy załączony do oferty Przystępującego, stanowiący treść oferty, odpowiadał wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SWZ, uwzględniał wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót, przedstawiał ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji wymienionych w druku kosztorysu ofertowego. Wykonawca samodzielnie nie wprowadził do niego żadnych zmian. Tym samym sposób obliczenia ceny oferty należało uznać za prawidłowy, a treść oferty za zgodną z warunkami zamówienia. Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby uznać, że oferta Przystępującego spełniała przesłanki odrzucenia z postępowania.

Kwestionowane przez Odwołującego elementy składowe kosztorysu nie miały ponadto charakteru istotnej części składowej. Zamawiający w tej sytuacji nie miał obowiązku wzywania Przystępującego do wyjaśnień.

Oferta Przystępującego nie była w ocenie Zamawiającego niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dostrzegł wątpliwości, co do rozumienia sformułowań zawartych w ofercie, w związku z czym pismem z 8 września 2022 r. wezwał na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, co do złożonego kosztorysu ofertowego.

Odnosząc się do rzekomej zbieżności stanów faktycznych w przypadku oferty Przystępującego i BUD - WAT Sp. z o.o., Zamawiający podniósł, że były to rodzajowo dwa różne stany faktyczne. Wykonawca BUD - WAT sp. z o.o. zaoferował bowiem „montaż skrzynek i rozdzielnic skrzynekowych o powierzchni do 0,15 m² - skrzynka pobiercz. - kontrolna PVC”. Zamawiający w przedmiarze wymagał: „Montaż obudów tablic rozdzielczych

o powierzchni do 0.15 m² - skrzynka pobiercz.- kontrolna PVC” (poz. 59 d.1.9 przedmiaru). Wskazywało to na zmianę kosztorysu przez BUD - WAT Sp. o. o. Nie było bowiem, jak w przypadku treści pozycji kosztorysowych oferty Przystępującego, charakteru „uciętych” elementów zdania, ale stanowiło wyraźną modyfikację merytoryczną zakresu robót.

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, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, 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. oferty Przystępującego ze szczególnym uwzględnieniem kosztorysu ofertowego,
3. korespondencji Zamawiającego z Przystępującym.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

W rozdziale XVIII pkt 5 SWZ Zamawiający wskazał:

„5. Cena oferty jest wynagrodzeniem kosztorysowym, w związku z czym:

- 1) cenę oferty należy podać w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej z podaniem wartości przyjętych narzutów do kosztorysu i stawki roboczogodziny;
- 2) cena powinna być ustalona w oparciu o przedmiar robót przekazany przez zamawiającego;

- 3) wykonawca określi ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji wymienionych w druku kosztorysu ofertowego. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to ich koszty powinny być uwzględnione przez wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego;
- 4) zamawiający zapłaci wykonawcy za faktycznie wykonane roboty, zgodnie z przedstawionym przez wykonawcę obmiarem i sporządzonym na jego podstawie kosztorysem powykonawczym, zatwierdzonym przez Inspektora nadzoru. Kosztorys powykonawczy jest integralną częścią końcowego protokołu odbioru robót. Różnica pomiędzy przedmiarem a obmiarem robót nie będzie wymagała aneksowania umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia. Koszty należne wykonawcy zostaną wyliczone za pomocą kosztorysów zamiennych przy użyciu cen jednostkowych pobranych z kosztorysów ofertowych;
- 5) w przypadku, gdy wystąpią roboty, na które w kosztorysie ofertowym nie określono cen jednostkowych - brakujące ceny jednostkowe policzy się metodą kalkulacji szczegółowej w oparciu o wartości przyjętych narzutów do kosztorysu i stawki roboczogodziny, które zostały podane w kosztorysie ofertowym wykonawcy;
- 6) w przypadku, gdy w kosztorysach opracowanych przez wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej dla danej pozycji kosztorysowej nie można przyjąć cen materiałów i sprzętu, to brakujące ceny zostaną przyjęte z zeszytów SEKOCENBUD (jako średnie) za okres ich wbudowania.

Odwolujący nie kwestionował realności ceny całkowitej oferty Przystępującego. Zarzut sprowadzał się do twierdzenia, że Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do wyjaśnienia dwóch pozycji kosztorysu ofertowego wycenionych na kwotę zero złotych. Pozycje te to:

1. Rusztowania ramowe przyścienne RR - 1/30 wys. do 10 m. (w ilości 2 139,89 m²),
2. Demontaż i ponowny montaż z elewacji lamp, tablic, logo, uchwytów itp. (sześć kompletów).

W treści SWZ Zamawiający nie zawarł żadnych regulacji wskazujących - choćby pośrednio - na zakaz wyceny pozycji kosztorysowych na kwotę zero złotych.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z przytoczonego przepisu jasno wynika, że - co do zasady - to Zamawiający decyduje o tym, co budzi jego wątpliwości. Tym samym wątpliwości po stronie wykonawcy - rzeczywiste,

czy też wynikające z potrzeby podyktowanej taktyką procesową nie mają znaczenia z punktu widzenia oceny tego, czy Zamawiający powinien skorzystać z uprawnień przysługujących mu na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp. Na gruncie tego postępowania Izba uznała, że Zamawiający nie musiał skorzystać z dyspozycji tego przepisu wobec Przystępującego. Sytuacja taka miałaby miejsce, gdyby na przykład Przystępujący wycenił część pozycji kosztorysu na wartości ujemne.

Rację miał Odwołujący twierdząc, że rusztowania miały istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby fakt ten jednak był jednym z powodów oddalenia zarzutu. Nie ma wątpliwości, biorąc pod uwagę przedmiot i zakres zamówienia, że niemożliwa jest jego realizacja bez rusztowań. Co za tym idzie nie ma ryzyka, że Przystępujący wycenił koszt rusztowań na zero złotych, by uzyskać z tego tytułu jakieś szczególne, godzące

w zasady uczciwej konkurencji korzyści. Przystępujący mógł więc ująć faktyczny koszt rusztowań i ich montażu w innych pozycjach kosztorysu, ponieważ Zamawiający tego nie

zabronił. Przystępujący, dążąc do złożenia najkorzystniejszej cenowo oferty w postępowaniu miał również prawo wziąć ten koszt „na siebie”. Co za tym idzie Zamawiający nie musiał uznać, że koszt rusztowań równy zero złotych jest okolicznością niezbędną do wyjaśnienia, w szczególności, że mimo dwóch „zerowych” cen jednostkowych cena całkowita oferty Przystępującego nie odbiegała znacząco od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Wartość tej oferty była również zbliżona do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut nr 1.

Zarzut nr 2

Zgodnie z przytoczonym wyżej Rozdziałem XVIII pkt 5 ppkt 1 SWZ Zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe z wybranym wykonawcą. W związku z tym wykonawcy mieli obowiązek wraz z ofertą złożyć kosztorys ofertowy zgodny z przedmiarem stanowiącym załącznik do SWZ.

W Rozdziale XVIII pkt ppkt 3 SWZ Zamawiający wskazał też, że „wykonawca określi ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji wymienionych w druku kosztorysu ofertowego (...)”. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego”.

8 września 2022 roku Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie: „Gmina Kłodawa działając jako Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) wzywa do udzielenia wyjaśnień w terminie do dnia 13 września 2022 r., co do złożonego kosztorysu ofertowego poprzez wyjaśnienie czy:

- poz. 1 d.1.1 kosztorysu ofertowego „Odbicie tynków wewn. z zaprawy cementowo-wapiennej na ścianach, filarach, pilastrach o pow. odbicia do 5 m2 - przyjęto 5 %” należy rozumieć jako „Odbicie tynków zewnętrznych z zaprawy cementowo-wapiennej na ścianach, filarach, pilastrach o powierzchni odbicia do 5 m2 - przyjęto 5 %” (poz. 1 d.1.1 przedmiaru);
- poz. 14 d.1.2 kosztorysu ofertowego „Docieplenie ścian- cokołu z gazobetonu płytami styropianowymi - HYDROPIAN gr. 6 cm - przy użyciu gotowych zapraw klejących wraz z przygotowaniem podłoża i ręczne wykonanie wyprawy elewacyjnej z gotowej suchej mieszanki silikonowej - kolor do ustalenia z Inw” należy rozumieć jako „Docieplenie ścian- cokołu z gazobetonu płytami styropianowymi- HYDROPIAN gr. 6 cm - przy użyciu gotowych zapraw klejących wraz z przygotowaniem podłoża i ręczne wykonanie wyprawy elewacyjnej z gotowej suchej mieszanki silikonowej - kolor do ustalenia z Inwestorem. Wysokość cokołu 50 cm + 20 cm zagłębiony w ziemi” (poz. 14 d.1.2 przedmiaru);
- poz. 45 d.1.7 kosztorysu ofertowego „Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grub. 6 cm na podsypce piaskowej” należy rozumieć jako „Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grubości 6 cm na podsypce piaskowej - przełożenie istniejącego chodnika” (poz. 45 d.1.7 przedmiaru);
- poz. 59 d.1.9 kosztorysu ofertowego „Montaż obudów tablic rozdzielczych o powierzchni do 0.15 m2” należy rozumieć jako „Montaż obudów tablic rozdzielczych o powierzchni do 0.15 m2 - skrzynka pobierz.- kontrolna PVC” (poz. 59 d.1.9 przedmiaru)”.

W odpowiedzi z 13 września 2022 roku Przystępujący wskazał: „Ja niżej podpisany J. P. (...) wyjaśniam, że w kosztorysie poz. 1 d.1.1 i poz. 14 d.1.2 i poz. 45 d.1.7 oraz poz. 59 d.1.9 są to pomyłki pisemne wynikające z podstawowego opisu pozycji KNR oraz potwierdzam, że opis powinien być zgodny jak w piśmie z dnia 08.09.2022 r.”.

Odwołujący z powyższego wywodził, że na skutek działań Zamawiającego doszło do niezgodnej z przepisami Pzp zmiany treści oferty Przystępującego, ponadto do złamania zakazu zmiany pozycji kosztorysowych przez wykonawców. Izba wskazuje jednak, że mimo zastrzeżenia dokonane w SWZ przez Zamawiającego przepisy Pzp dopuszczają dokonywanie zmian w treści oferty na podstawie 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.

Art. 223 ust. 3 Pzp stanowi, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający

wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje

się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Zamawiający nie nadał czynności wyjaśnienia kosztorysu Przystępującego ram prawnych właściwych dla poprawy innej omyłki w myśl art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie ulega jednak wątpliwości, że dokonana przez Zamawiającego czynność faktycznie mieściła się w ramach poprawy innej omyłki w ofercie Przystępującego.

Podkreślenia wymaga przy tym, że sprzeczności opisów pozycji kosztorysowych były w ocenie Izby przejawem niechlujstwa Przystępującego w toku przygotowywania oferty, ale nie należało ich jednak traktować jako woli realizacji przedmiotu zamówienia w sposób odmienny niż oczekiwał tego Zamawiający. Tym samym działanie Zamawiającego było w pełni dopuszczalne. O ile Zamawiający zabronił zmian pozycji kosztorysowych, to w ocenie Izby zakaz ten należało traktować jako zakaz zmian prowadzących do zamiany rozwiązań oczekiwanych przez Zamawiającego na inne rozwiązania, nieujęte w SWZ. Zakaz ten należało więc rozumieć jako zakaz złożenia oświadczenia woli niezgodnego z treścią specyfikacji wraz z załącznikami. W ocenie Izby Przystępujący nie złamał tego zakazu, ponieważ brak jest podstaw do uznania, że jego rzeczywistą intencją było zaoferowanie Zamawiającemu zaoferowanie świadczenia niezgodnego z jego oczekiwaniem. Jako przykład należy wskazać, że jedną z pierwotnych, zakwestionowanych pozycji

kosztorysowych Przystępującego była pozycja dotycząca skucia tynków wewnętrznych zamiast zewnętrznych, podczas gdy przedmiot zamówienia nie obejmował w ogóle robót wewnątrz modernizowanego budynku. Istotne jest również, że Zamawiający nie miał możliwości wyłączenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, zatem nawet gdyby jego intencją było wprowadzenie zakazu jakichkolwiek, choćby symbolicznych odstępstw nazw pozycji kosztorysowych od odpowiednich pozycji przedmiaru, to zakaz ten nie byłby skuteczny. Ustawodawca dopuścił bowiem istnienie drobnych, nieistotnych odstępstw treści ofert od warunków zamówienia, czego wyrazem jest właśnie

art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wobec powyższego, niezależnie czy było to działanie intencjonalne - Zamawiający dokonał faktycznej poprawy oferty Przystępującego w zakresie innych omyłek, nie powodując przy tym istotnych zmian treści jego oferty, na co Przystępujący wyraził zgodę.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego dotycząca odrzucenia z postępowania oferty innego wykonawcy, która to oferta w ocenie Odwołującego była dotknięta analogiczną wadą jak ta Przystępującego. Wskazać należy, że wykonawca, którego oferta została odrzucona miał możliwość odwołania się od decyzji Zamawiającego, ale tego nie zrobił. Biorąc pod uwagę zakres zarzutów odwołania oraz podmioty biorące udział

w postępowaniu odwoławczym nie jest rolą Izby ocena zasadności odrzucenia oferty tego wykonawcy czy też jej faktyczne podstawy.

W konsekwencji zarzut nr 2 został oddalony.

Nie potwierdził się również zarzut nr 3 - w ocenie Izby działania Zamawiającego, których dotyczył zarzut nr 2 nie stanowiły przejawu negocjacji treści oferty z Przystępującym. Co za tym idzie - oddaleniu podlegał również zarzut wynikowy wobec powyższych, tj. zarzut nr 4.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....