

Sygn. akt KIO 1222/23

Sygn. akt: KIO 1222/23

WYROK

z dnia 17 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 16 maja 2023r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2023 r. przez odwołującego: Spochacz Sp. z o.o. Sp.k. 63-000 Środa Wielkopolska, Ruszkowo 7a w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto i Gmina Kórnik, 62-035 Kórnik, ul. Plac Niepodległości 1

przy udziale przystępującego: RAWO Infrastruktura sp. z o.o. 90-043 Łódź ul. Targowa 35 po stronie odwołującego

oraz

przy udziale przystępującego: M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. G. COMPLEX INSTAL 63-100 Śrem Ostrowo 14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie, ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty, po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto i Gmina Kórnik, 62-035 Kórnik, ul. Plac Niepodległości 1 i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (sł.: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Spochacz Sp. z o.o. Sp.k. 63-000 Środa Wielkopolska, Ruszkowo 7a, tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Miasto i Gmina Kórnik, 62-035 Kórnik, ul. Plac

Niepodległości 1 kwotę 14.550 zł 43 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych czterdzieści trzy groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztów dojazdu

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. 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:.....

Uzasadnienie

Określenie przedmiotu zamówienia i miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu: Nr postępowania: B-FP-271.7.2023. Przedmiot zamówienia: Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Szczodrzykowo i części miejscowości Runowo – kontynuacja. Numer ogłoszenia w Biuletyn Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00062397/02/P 2023-03-13.

Odwołanie

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy:

1. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej COMPLEX INSTAL M. G. z siedzibą w Śremie, dokonanej przez Zamawiającego,
2. Czynność poprawiania omyłek w ofercie wykonawcy wybranego COMPLEX INSTAL M. G.,
3. Zaniechanie przez Zamawiającego podjęcia czynności w postaci odrzucenia oferty COMPLEX INSTAL M. G..

Związłe przedstawienie zarzutów:

1. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP poprzez dokonanie poprawienia omyłek w ofercie wybranego wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G., w szczególności wbrew zapisowi zawartemu w dziale XIV punkt 5 SWZ zgodnie z którym „Zamawiający zastrzega, aby żadna cena z pozycji kosztorysu ofertowego nie została określona wartością 0,00 PLN. Brak wyceny asortymentu lub wartość 0,00 PLN skutkować będzie odrzuceniem oferty”,
2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G. jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
3. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G., którego oferta jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawierająca błąd w obliczeniu ceny, powinna być odrzucona.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G.,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- c) odrzucenia oferty wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G. na podstawie 226 ust. 1 pkt 5 i 10 jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, który nie powinien być przez Zamawiającego poprawiony,
- d) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu oraz kosztów ewentualnego zastępstwa prawnego według faktury przedłożonej na rozprawie.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

W dniu 19 kwietnia 2023 r. Zamawiający podjął czynność poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G., którą naruszył przepis art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP poprzez dokonanie poprawienia omyłek w ofercie wybranego wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G., w szczególności wbrew zapisowi zawartemu w dziale XIV punkt 5 SWZ zgodnie z którym „Zamawiający zastrzega, aby żadna cena z pozycji kosztorysu ofertowego nie została określona wartością 0,00 PLN. Brak wyceny asortymentu lub wartość 0,00 PLN skutkować będzie odrzuceniem oferty”.

O dokonaniu tej czynności Odwołujący powziął informację od Zamawiającego w dniu 28 kwietnia 2023 r. w odpowiedzi na jego wniosek z dnia 28 kwietnia 2023 r. Dokonanie tej czynności doprowadziło do poprawienia oferty COMPLEX INSTAL M. G., a w konsekwencji jej wyboru z naruszeniem przepisów ustawy PZP, a mianowicie art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP.

Dowód: skan zawiadomienia o poprawieniu omyłek w ofercie wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G. na okoliczność faktu dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłek,

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, na następujące okoliczności:

1. W SWZ w dziale XIV punkt 4, 5 i 6 zapisano, że:
 - a) punkt 4: elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej jednej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych,
 - b) punkt 5: Zamawiający zastrzega, aby żadna cena z pozycji kosztorysu ofertowego nie została określona wartością 0,00 PLN. Brak wyceny asortymentu lub wartość 0,00 PLN skutkować będzie odrzuceniem oferty,
 - c) punkt 6: Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w kosztorysach ofertowych. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysów ofertowych.

Wszystkie błędy ujawnione na rysunkach, w STWiORB oraz w kosztorysie ofertowym Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert określonym w niniejszej SWZ.

2. Dokonując poprawek w kosztorysie ofertowym Zamawiający naruszył postanowienia SWZ Dział XIV punkt 4, 5 i 6, z których złamanie zasady tylko punktu 5 jest oczywiste, nie podlegające ocenie i wywołuje skutek odrzucenia oferty.

W kosztorysie firmy Complex Instal M. G. w pozycji nr 163 Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej grubość 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej w kolumnie Cena wpisano wartość 0,00 zł, co zostało przez Zamawiającego zinterpretowane jako "pominięcie pola".

Czym innym jest jednak pominięcie pola, co oznacza nie wpisanie do tego pola żadnej treści/wartości, a czym innym jest wpisanie w to pole liczby 0,00 zł, która jest także wartością bezwzględną.

3. Uznanie przez Zamawiającego wpisania w kosztorysie ofertowym w pozycji nr 163 wartości 0,00 zł jako "pominięcie pola" i uzupełnienie o cenę 99,76 zł z pozycji nr 154 w wyniku domniemania, że jest to pozycja tożsama stanowi naruszenie zapisów punktu 4, 5 i 6:

a) Zamawiający dokonał niedozwolonej zmiany w kosztorysie ofertowym, zmiany tej nie można zakwalifikować jako czynności poprawiania innej omyłki, albowiem do pozycji nr 163 została przeniesiona z pozycji nr 154 wartość 99,76 zł jako suma elementów składowych ceny jednostkowej tzn. ilości nakładów RMS i cen nakładów RMS;

b) należy także stwierdzić brak tożsamości pozycji nr 163 i nr 154 na skutek przyjęcia nieporównywalnych podstaw wyceny. W poz. nr 154 jako podstawę wyceny przyjęto KNR 231 0511-03 i tylko tak sformułowana podstawa jest prawidłowa ze względu na zastosowanie rodzajów i ilości nakładów RMS z Katalogu Nakładów Rzeczowych KNR nr 2-31, tablica nr 0511, kolumna 03.

Tylko tak określona podstawa wyceny stanowi o jej prawidłowym wyborze.

W poz. nr 163 jako podstawę wyceny przyjęto bardzo ogólnie KNR 0002-31, Katalog Nakładów Rzeczowych o tak podanym numerze nie istnieje w bazach norm programów

kosztorysowych, nie podano również numeru tablicy i kolumny, a zatem istnieje brak odniesienia do konkretnych ilości nakładów RMS tak jak to ma miejsce w pozycji numer 154, nie można bowiem uznać, że cały Katalog Nakładów Rzeczowych KNR nr 2-31 Nawierzchnie na drogach i ulicach zawierający 15 Rozdziałów, z których każdy składa się z kilku podrozdziałów zawierających wiele tablic rodzajów robót z kolumnami szczegółowych parametrów stanowi podstawę wyceny tylko asortymentu Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej grubość 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej.

c) w kilku pozycjach opisanych w wyszczególnieniu w zawiadomieniu z dnia 19 kwietnia 2023 r. o poprawieniu omyłek w ofercie wykonawcy Complex Instal M. G. Zamawiający zmienił niezgodne z przedmiarem inwestorskim zapisy w kosztorysie ofertowym, które wprowadził Wykonawca, co stoi w sprzeczności z zapisami punktu 6 Działu XIV SWZ. Dowód: skan kosztorysu ofertowego wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G. na okoliczności wskazane wyżej w pkt 1, 2 i 3 uzasadnienia niniejszego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Zamawiający określił przedmiot zamówienia:

Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Szczodrzykowo i części miejscowości Runowo - kontynuacja Nr B-FP-271.7.2023, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2023/BZP 00062397/02/P 2023-03-13.

W odwołaniu wskazano czynności oraz zaniechania zamawiającego, którym zarzucono niezgodność z przepisami ustawy PZP:

1. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej COMPLEX INSTAL M. G. dalej przystępujący po stronie zamawiającego lub wykonawca wybrany,
2. czynność poprawiania omyłek w ofercie wykonawcy wybranego,
3. zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego po stronie zamawiającego.

Odwołujący w związku ze wskazanymi czynnościami i zaniechaniami zamawiającego, sformułował następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP przez dokonanie poprawiania omyłek w ofercie wybranego wykonawcy, wbrew zapisowi zawartemu w dziale XIV pkt 5 SWZ, w którym zamawiający postanowił „Zamawiający zastrzega, aby żadna cena z pozycji

kosztorysu ofertowego nie została określona wartością 0,00 PLN. Brak wyceny asortymentu lub wartość 0,00 PLN skutkować będzie odrzuceniem oferty”,

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy COMPLEX INSTAL M. G. jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
3. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego, którego oferta jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawierająca błąd w obliczeniu ceny, powinna być odrzucona.

Odwołujący co do wniosków (żądań) co do rozstrzygnięcia odwołania podniósł o:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- c) odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powołaniem się na art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy PZP jako oferty

niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, który nie powinien być przez zamawiającego poprawiony,

d) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu oraz kosztów ewentualnego zastępstwa prawnego według faktury przedłożonej na rozprawie.

Izba na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników, dopuściła uczestników do postępowania odwoławczego, nie stwierdzając uchybień formalnych w przystąpieniu, jak i nie stwierdzając braku interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również wobec nie zgłoszonych opozycji przez strony co do przystąpienia, zgodnie z art.525 ustawy PZP.

Izba również na posiedzeniu nie stwierdziła uchybień po stronie składającego odwołanie wskazujących na podstawę do odrzucenia odwołania w myśl art.528 PZP, kierując sprawę do rozpoznania na rozprawie zgodnie z art.530 PZP.

W toku postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji prowadzonej przez zamawiającego, przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, jak i złożonych wyjaśnień przez strony na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny w sprawie.

Odwołujący jako zasadniczą podstawę sporu przywołał postanowienia SWZ (specyfikacji warunków zamówienia), zgodnie z którymi zamawiający ustanowił obowiązek wypełnienia

kosztorysów we wszystkich jego pozycjach, pod rygorem odrzucenia oferty. Czyli każda pozycja kosztorysu miała być potraktowana indywidualnie w zakresie wyceny. Stąd według oceny odwołującego zamawiający nie miał prawa uzupełnić nie wypełnionych pozycji kosztorysowych, a tym bardziej ich uzupełniania przez wstawianie kwot, wbrew temu co twierdzi zamawiający na zasadzie podobieństw, czy wręcz jak twierdzi zamawiający tożsamości pozycji kosztorysowych. Natomiast zamawiający dokonał uzupełnienia nie wypełnionych pozycji kosztowych uważając, że inne pozycje kosztorysowe są identyczne w odniesieniu do pozycji niewypełnionych i przez proste przeniesienie ich wartości można je uzupełnić, konsekwentnie do art.223 ust.1 i ust.2 ustawy PZP. Według zamawiającego pomimo zapisu w SWZ o odrzuceniu oferty w przypadku nie wypełnienia pozycji kosztorysowej, czy też wpisaniu 0,0 to jednak zamawiający zdecydował się poprawić pominięcia wyceny w pozycjach kosztorysowych. W toku badania ofert zamawiający stwierdził, że złożony kosztorys ofertowy ma pozycję 163, gdzie wpisano 0,0. Jednak po analizie zamawiający stwierdził, że te pozycje są tożsame z pozycją 154, a odnosi się do „nawierzchni z kostki brukowej betonowej grubość 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej”.

Z ustaleń Izby, jak i z wyjaśnień stron wynika, że na otwarciu ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie i żadna z kwot złożonych ofert nie mieści się w przeznaczonym na zadanie budżecie, ponieważ przekraczają budżet zamawiającego.

Zamawiający podał na otwarciu ofert kwotę 3.188.274 zł 35 gr., którą przeznacza na realizację zamówienia, przy czym oferta wybrana wyceniona jest na kwotę 4.836.106 zł 78 groszy. Z kolei odwołujący ofertę wycenił na kwotę 4.928.612 złotych. Tak więc obydwie oferty przekraczają znacznie budżet przeznaczony przez zamawiającego. Niemniej jednak kwoty ofert odwołującego i wykonawcy wybranego są zbliżone wartościowo. Zamawiający mimo, że złożone oferty przekraczają budżet przeznaczony na zadanie, zdecydował się na wybór oferty przystępującego.

Jak wynika z ustaleń Izby, zamawiający dokonał oprócz uzupełnienia/wypełnienia niewycenionych pozycji kosztorysu, także poprawienia omyłek rachunkowych i pisarskich (pismo z dnia 19 kwietnia 2023r. w aktach sprawy). Pomyłki pisarskie i rachunkowe polegały na tym, że wykonawca wybrany podawał kwoty z trzema miejscami po przecinku, pomimo obowiązującego systemu dwóch miejsc po przecinku. Tak więc we wszystkich pozycjach zamawiający doprowadził zgodnie z zasadami matematycznymi, kwoty do dwóch miejsc po przecinku. Izba przyznaje w tym miejscu, że postanowienia SWZ w tym zakresie nie zawierały wytycznych. Tak więc Izba powyższe poprawki wykonane przez zamawiającego w ofercie wykonawcy wybranego, to jest doprowadzenie do dwóch miejsc po przecinku

podanych kwot, uznaje jako dopuszczalne poprawki omyłek rachunkowych, czego zresztą też odwołujący nie podnosił w zarzutach odwołania, traktując je jako dopuszczalne. Również w kilku pozycjach kosztorysu wykonawcy wybranego, zamawiający poprawił obmiar pozycji kosztorysowych, ponieważ był niezgodny z przedmiarem inwestora. Odwołujący również tego zachowania zamawiającego nie uznał za niedopuszczalną korektę wyceny, a skutkowało to także korektą kwot.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie wraz z popierającym jego przystępującym/wykonawcą wybranym, uznali przeprowadzone korekty za dopuszczalne w świetle obowiązującego Prawa zamówień publicznych. Według ich oceny sytuacji formalnej i prawnej sprawy, jest kilka tożsamyh pozycji kosztorysowych oprócz 163, 154 również pozycja 170. Według twierdzeń przystępującego na rozprawie, zamawiający doprowadził do sztucznego podziału, który podzielił pozycję na 3 części. Ponadto według przystępującego pkt XIV ppkt 4,5,6 SWZ, o obowiązku wyceny każdej pozycji i rygorze odrzucenia oferty nie wykluczają stosowania art. 223 ust.2 pkt. 3 ustawy PZP. Ponadto pełnomocnik przystępującego oświadczył, że jego mocodawca w pozycji 163 wycenił wszystkie 3 pozycje. Była to cena jednostkowa i w związku z nie wpisaniem tej ceny w pozycję, w 163 wpisał ją do tej pozycji i dokonał przemnożenia przez ilość z obmiaru i jest to kwota łącznie 15.000. zł. w stosunku do wartości oferty na poziomie 4.800.000 złotych. Jak wyjaśniał przystępujący omyłka, która powstała w ofercie wynika z faktu, że kosztorys był w PDF i przy wypełnianiu na program na edytowalną formę, nie zaciągnęła się konkretna pozycja z KNR. Opis został ściągnięty, ale cena jednostkowa się nie ściągnęła. Według oceny przystępującego takie sytuacje w orzecznictwie Izby były kwalifikowane do art.223 ustawy PZP. Stanowisko przystępującego kwituje się do twierdzenia, że postanowienie SWZ o odrzuceniu oferty w przypadku braku wyceny pozycji kosztorysowej lub jej wycena na poziomie 0,0 zł. jest

postanowieniem martwym to jest nie obowiązującym wobec regulacji art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP i postanowienie, że zamawiający odrzuci ofertę jak nie będzie pozycja wyceniona, powinno być badane w kontekście powyższego artykułu ustawy PZP.

Z kolei odwołujący powołując się na postanowienia pkt XIV pkt 4,5,6 SWZ przywołał również w czasie posiedzenia/rozprawy orzecznictwo Izby, gdzie były rygory zastrzeżone odrzucenia oferty jak zostanie pominięta pozycja w kosztorysie i Izba wówczas stosowała się do tego reżimu zamawiającego ujętego w postanowieniach SWZ i aprobowala stanowisko co do odrzucenia takich ofert. Ponadto inżynier/kosztorysant odwołującego wyjaśnił, że chociaż pozycje są tożsame w opisie to w podstawach nakładów KNR są różnice i sytuacja, która zaistniała w ofercie wykonawcy wybranego świadczy o tym, że w dwie pozycje zostały podane w sposób niedokładny, niepełny i nie dają się porównać z pozycją pierwszą, która została wyceniona. W związku z powyższym uważa, że jest brak tożsamości w zakresie

wyceny poszczególnych pozycji. Ponadto w ofercie wykonawcy wybranego jest wycena na poziomie 0,0zł., a taka wycena nie odpowiada rzeczywistości, czyli w efekcie nie doszło do pominięcia pozycji. Odnosząc się do udzielonej odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, brak jakiegokolwiek nowej argumentacji, w stosunku do dotychczasowej. Natomiast każdy oferent zgodnie z SWZ miał obowiązek wycenić wszystkie pozycje przewidziane w kosztorysie ofertowym i tylko one będą mogły być podstawą do kosztorysu powykonawczego. Każdy kosztorysant powinien sprawdzić kosztorys czy nie pominięto w nim jakiejś pozycji. Bowiem nie są one tożsame to jest pozycje 163,154 i 170, bo to są kolejne przepompownie, gdzie mogą być inne warunki wodne, nachylenia terenu i trzeba użyć innego sprzętu czy też innych w ogóle nakładów. Tak więc nie ma podstaw, żeby automatycznie przenosić z pozycji 154 wycenę do pozycji 163. Według odwołującego jest to wręcz niedopuszczalne, a zamawiający tak zdecydował i napisał brak wyceny albo 0,0 w jakiegokolwiek pozycji to ofertę odrzucamy. Taka sytuacja jaką stworzył zamawiający świadczy o nierównym traktowaniu, naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Zaistniała sytuację należy oceniać nie tylko w kontekście omyłki ale również staranności do jakiej zamawiający zobligował tym szczególnym przepisem w SWZ. Uważam, że nie mamy do czynienia z inną omyłką, tylko mamy do czynienia z błędem, który eliminuje ofertę i nie mamy do czynienia z 97 zł, a z ponad 15 tys. zł. Zamawiający w sposób przemyślany podjął decyzję co do takiego zapisu, który obliuguje wszystkich równo do takiej samej staranności i braku tolerancji wobec nie przestrzegania tego przepisu.

Z taką argumentacją oceny sytuacji nie zgadza się zamawiający i przystępujący, który wniósł o oddalenie odwołania. Jego celem jest wybór najkorzystniejszej oferty. W związku z tym ma warunki do sanowania oferty mając na uwadze uregulowania ustawy. My uważamy, że pozycje są tożsame i zamawiający wręcz miał obowiązek dokonać poprawienia oferty. Zwraca też uwagę tak jak przystępujący, żeby wzięto pod uwagę wysokość kwoty, o którą nastąpiła zmiana w wysokości wynagrodzenia w skutek wypełnienia pozycji 163. Przystępujący popierając stanowisko zamawiającego, zwracał uwagę na cel i charakter przepisu art. 223, gdzie celem tego przepisu jest nie odrzucanie korzystnych ofert, które mogą ulec poprawieniu w ramach przewidzianych w tym przepisie tj., celem nie odrzucania ofert z powodów błahych. Przywołuje ponownie kwotę, która nie została wyceniona tj., 99,76 zł. Uważam przeciwnie do Odwołującego, że asortyment został wyceniony i Zamawiający słusznie przeniósł kwotę z pozycji 154 do 163. Wobec zaistniałej sytuacji uważam, że pkt. 4 i 5 rozdziału XIV nie ma zastosowania. Tym bardziej, że nie nastąpiło całkowite pominięcie KNR tylko nastąpił jego nie pełny numer ale on wskazuje na konieczność użycia wyceny z KNR. Uważam, że ustawa dopuszcza możliwość popełniania błędów, a ze strony zamawiającego obowiązek poprawiania tych błędów. Też zwracam uwagę, że nie był to kosztorys szczegółowy tylko uproszczony, a kosztorys szczegółowy zostanie dopiero

dostarczony przed zawarciem umowy. Przystępujący w ostatnim słowie stwierdza, że pomimo zawartego zapisu w SWZ Zamawiający ma obowiązek stosowania art. 223 ustawy PZP i dokonania poprawienia omyłki.

Izba zważyła co następuje

Powyżej cytowano obszernie fragmenty wypowiedzi zarówno odwołującego jak i zamawiającego i przystępującego w czasie posiedzenia i rozprawy. Izba rozważając argumentację stron jak i uczestnika w kontekście ustalonego stanu faktycznego sprawy, uznała za nieuprawnione dokonanie korekty/poprawy oferty wykonawcy wybranego z powołaniem się na treść art.223 ust.2 pkt 3 ustawy PZP. Zaistniała sytuację w sprawie Izba zakwalifikowała jako spełniającą normę art.226 ust.1 pkt 5 i pkt 10 ustawy PZP, czyli do niezgodności z warunkami zamówienia i jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. O powyższym zdecydowała nieznaczna różnica w wycenie obydwu ofert to jest odwołującego i wykonawcy wybranego (Zamawiający podał na otwarciu ofert kwotę 3.188.274 zł 35 gr., którą przeznacza na realizację zamówienia, przy czym oferta wybrana wyceniona jest na kwotę 4.836.106 zł 78 groszy. Z kolei odwołujący ofertę wycenił na kwotę 4.928.612 złotych. – protokół z rozprawy). Jak również o powyższej kwalifikacji zadecydowała okoliczność, że do obydwu ofert zamawiający zmuszony jest powiększyć pierwotny budżet jaki zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Do rozważenia powstało zagadnienie prawne czy dobrowolne postanowienie zamawiającego w SWZ o odrzuceniu oferty w sytuacji braku wyceny pozycji przewidzianej w kosztorysie lub jej wyceny na poziomie 0,0 jest dla niego wiążące i może mieć znaczenie prawne w kontekście obligatoryjnych postanowień art.223 ust.2 pkt 3 Pzp. Rozważając świadomie podjęte regulacje przez zamawiającego w SWZ, w ocenie Izby brak wyceny, czy też wycena poszczególnej pozycji kosztorysu na poziomie 0,0 należy kwalifikować do sytuacji opisanej w art.226 ust.1 pkt 5 (niezgodność z warunkami zamówienia), a również do art.226 ust.1 pkt 10 (błędy w obliczeniu ceny lub kosztu) ustawy PZP, które też mają charakter obligatoryjny, jak dyspozycja art.226 ust.2 pkt 3 ustawy PZP. Poza tym na rozprawie nie została zakwestionowana/zaprzeczona przez zamawiającego jak i przystępującego argumentacja odwołującego, że brak podstaw do twierdzenia o tym, że brakujące wyceny pozycji są tożsame (Bowiem nie są one tożsame to jest pozycje 163,154 i 170, bo to są kolejne przepompownie, gdzie mogą być inne warunki wodne, nachylenia terenu i trzeba użyć innego sprzętu czy też innych w ogóle nakładów -vide protokół z rozprawy). Czyli w ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw do tożsamesgo traktowania wszystkich trzech pozycji kosztorysu i uzupełnienia brakujących wycen pozycji jako tożsamych, pomimo że ich opis był tożsamy („Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej

grubość 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej”). W tym stanie rzeczy Izba uznała, że argumentacja o bezwzględnej

nadrzędności postanowień art.223 ust.2 pkt 3 ustawy PZP (Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty) nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, wobec postanowień działu XIV pkt 5 SWZ (Zamawiający zastrzega, aby żadna cena z pozycji kosztorysu ofertowego nie została określona wartością 0,00 PLN. Brak wyceny asortymentu lub wartość 0,00 PLN skutkować będzie odrzuceniem oferty). Ponadto mają tu zastosowanie, chociaż nie przywołane w zarzutach odwołania zasady równego traktowania wykonawców wobec prawa, jak i zasady uczciwej konkurencji (art.16 pkt 1 ustawy PZP) w okolicznościach zwłaszcza gdy oferty co do wartości są porównywalne, a co ma miejsce w niniejszej sprawie i jeden z wykonawców kosztorys wypełnił bez zarzutów, a drugi nie dokonał należytej staranności w tym zakresie (art.355 k.c. w związku z art.8 ust.1 ustawy PZP).

Reasumując odwołanie zasługuje na uwzględnienie, w myśl art.554 ust.1 pkt 1) ustawy PZP, ponieważ stwierdzone naruszenie przepisów przywołanych w zarzutach odwołania może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 14.550 zł 43 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych czterdzieści trzy groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący: