Sygn. akt: KIO 3449/24

WYROK

Warszawa, 11 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zieleniewie pod numerem 71 (73-240

Zieleniewo) w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kalisz Pomorski z siedzibą w Kaliszu Pomorskim przy Al. prof. Leona Mroczkiewicza 1 (78-540 Kalisz Pomorski)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy M. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „CARO" Sortownia Żwiru M. Ł. z siedzibą w Dąbrowie przy ul. Granicznej 2 (62-069 Dąbrowa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zieleniewie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 927 zł 05 gr (cztery tysiące dziewięćset dwadzieścia siedem złotych pięć groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz noclegu;

2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zieleniewie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa Kalisz Pomorski z siedzibą w Kaliszu Pomorskim kwotę w wysokości 4 927 zł 05 gr (cztery tysiące dziewięćset dwadzieścia siedem złotych pięć groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz noclegu.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt: KIO 3449/24

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kalisz Pomorski zwany dalej „zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp", w trybie podstawowym wariancie bez negocjacji, pn.: Budowa drogi przeciwpożarowej nr 20 w leśnictwach Biały Zdrój - Grzybów Etap I o numerze: SA.270.2.4.2024_08_21, zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lipca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00422588.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

20 września 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Zieleniewie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie od czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty: PPUH Caro Sortownia Żwiru M. Ł. z siedziba w Dąbrowie pomimo tego, że oferta odwołującego zawiera oczywistą omyłkę rachunkową, która podlega poprawie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp, a której poprawa powoduje konsekwencje rachunkowe w postaci obniżenia oferowanej przez odwołującego ceny za wykonanie zamówienia publicznego poniżej wysokości ceny oferowanej przez M. Ł. .

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie poprawienia oczywistej

omyłki rachunkowej polegającej na doliczeniu do wynagrodzenia netto pozycji pomocniczych dla pozycji nr 2 [Usunięcie za pomocą spycharek warstwy ziemi urodzajnej (humusu) grubości 30 cm z rozplantowaniem poza pasem robót] tj. pozycji pomocniczej nr 2.1 [Usunięcie za pomocą spycharek warstwy ziemi urodzajnej (humusu) grubości do 15 cm] oraz pozycji pomocniczej nr 2.2 [Rozplantowanie usuniętego humusu poza pasem prowadzonych robót], co skutkowało zawyżeniem ceny netto o kwoty wynikające z ww. pozycji pomocniczych tj.: a) dla pozycji nr 2.1 kwoty 4.225,20 zł netto;

b) dla pozycji nr 2.2 kwoty 42.252,00 zł netto;

podczas, gdy kwota wynagrodzenia za pozycję nr 2 wynosząca 70 420,00 zł netto zawiera wynagrodzenie za przedmiotowe pozycje pomocnicze. W konsekwencji odwołujący zarzucił zamawiającemu, że w efekcie niezastosowania art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp na etapie oceny ofert cena zaproponowana przez odwołującego wynosiła 1 952 457,97 zł brutto (1 587 364,20zł

wraz podatkiem VAT), a powinna wynosić 1 895 291,01 zł brutto (1 540 887,00 zł wraz podatkiem VAT).

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez PPUH Caro Sortownia Żwiru M. Ł.;

- nakazanie zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej poprzez ustalenie zaoferowanego przez odwołującego wynagrodzenia netto za wykonanie zamówienia publicznego na kwotę 1 895 291,01 zł brutto (1 540 887,00 zł wraz podatkiem VAT) zamiast kwoty 1 952 457,97 zł brutto (1 587 364,20 zł wraz podatkiem VAT);

- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który miał zostać złożony na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie odwołującego gdyby zamawiający dokonał poprawy oczywistej omyłki rachunkowej wysokość zaoferowanego przez odwołującego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego wyniosłaby 1 895 291,01 zł brutto (1 540 887,00 zł wraz podatkiem VAT) zamiast 1 952 457,97 zł brutto (1 587 364,20zł wraz podatkiem VAT), a to mogłoby doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący przedstawił stanowisko odnoszące się do podniesionego zarzutu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Maciej Łuczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „CARO" Sortownia Żwiru M. Ł. z siedzibą w Dąbrowie.

8 października 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego 8 października 2024 r. przekazał pismo procesowe zawierające stanowisko popierające wniosek o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę M. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.U.H. „CARO" Sortownia Żwiru M. Ł. z siedzibą

w Dąbrowie (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 26 września 2024 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez odwołującego;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 17 września 2024 r.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 13 SWZ zamawiający określił postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny. Zgodnie z pkt 13.2 SWZ Wykonawca określi cenę na podstawie dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia (tj. Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, Przedmiaru robót, Projektu technicznego) i wszelkich innych postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Oferowana cena jest ceną kosztorysową i powinna wynikać z wykonanego i załączonego kosztorysu ofertowego sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1a do SWZ. Z powyższego wynikało, że zamawiający przyjął kosztorysowy model rozliczenia za realizację zamówienia, konsekwencją czego był obowiązek złożenia wraz z ofertą kosztorysu. Zamawiający udostępnił wzór kosztorysu jako załącznik nr 1a do SWZ i zobowiązał wykonawców do jego stosowania. Zgodnie z pkt 13.5 SWZ Wykonawca nie może wprowadzać żadnych zmian do wzoru kosztorysu ofertowego. Ewentualne błędy oraz braki ujawnione w OPZ (Opisie przedmiotu zamówienia) , czy wzorze kosztorysu Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert.

W terminie składania ofert, który upłynął 19 sierpnia 2024 r. wpłynęły trzy oferty, w tym oferty złożone przez odwołującego i przystępującego.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony kosztorys ofertowy. Kosztorys ofertowy złożony przez odwołującego zawierał dwie dodatkowe pozycje w stosunku do wzoru tego kosztorysu określonego w załączniku nr 1a do SWZ. Odwołujący w stosunku do wzoru dokonał rozbicia pozycji nr 2 kosztorysu ofertowego. We wzorze kosztorysu (załącznik nr 1a do SWZ) pozycja nr 2 została określona jako Usunięcie za pomocą spycharek warstwy ziemi urodzajnej (humusu) grubości 30cm z rozplantowaniem poza pasem robót. W kosztorysie ofertowym złożonym przez odwołującego w ramach pozycji nr 2 zostały wyodrębnione dwie pozycje oznaczone nr 2.1 i 2.2. Pozycja nr 2.1 została opisana przez odwołującego jako Usunięcie za pomocą spycharek warstwy ziemi urodzajnej (humusu) grubości do 15 cm, natomiast pozycja nr 2.2 jako Rozplantowanie usuniętego humusu poza pasem prowadzonych robót.

Zamawiający 9 września 2024 r. opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postepowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez przystępującego. 13 września 2024 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu tej czynności, po czym 17 września 2024 r. powtórnie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, z identycznym skutkiem jak poprzednio. Tym samym jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego (otrzymała 100 pkt). Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu. Oferta tego wykonawcy uzyskała 99,28 pkt.

19 września 2024 r. odwołujący przesłał do zamawiającego pismo opatrzone nagłówkiem pn. PISMO OFERENTA sprzeciw od czynności Zamawiającego – wyboru najkorzystniejszej oferty, w którym zakwestionował czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazał, że w istocie to jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, po uprzednim poprawieniu omyłki w jego kosztorysie, jaka miała miejsce w obrębie pozycji nr 2 kosztorysu (poprawka dokonana w ten sposób spowodowałaby obniżenie ceny oferty odwołującego).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp – Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba wskazała, że jedną z czynności, którą musi dokonać zamawiający w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest badanie ofert. Jeśli podczas dokonywania tej czynności, zamawiający dojdzie do przekonania, że oferta zawiera błąd, ma obowiązek dokonania sprawdzenia czy nie zaistniała omyłka w rozumieniu przepisów określonych w art. 223 ust. 2 Pzp. Przedmiotem postępowania odwoławczego była kwestia wystąpienia lub niewystąpienia omyłki w ofercie odwołującego, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt. 2 Pzp tj. oczywistej omyłki rachunkowej. Aby można było mówić o wystąpieniu oczywistej omyłki rachunkowej, należy dokonać badania czy spełnione są przesłanki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt. 2 Pzp tj:

- w ofercie musi wystąpić niezgodność lub błąd;

- niezgodność lub błąd musi mieć charakter oczywisty;

- niezgodność lub błąd musi mieć charakter rachunkowy.

Kwestia niezgodności czy błędu w ofercie jest sytuacją niewymagającą omówienia. Ogólnie rzecz biorąc, zamawiający powinien zauważyć, że w złożonej ofercie jest błąd. Omyłka ma charakter oczywisty w sytuacji, w której zamawiający po zidentyfikowaniu błędu wie dlaczego ten błąd powstał i bez konsultacji z wykonawcą wie jak go poprawić. Omyłka o charakterze rachunkowym, musi być to omyłka, która jest wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Omyłka rachunkowa polega najczęściej na uzyskaniu błędnego wyniku wyliczeń na podstawie przyjętego przez zamawiającego wzoru. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony na podstawie reguł rządzących tym działaniem, wynikających ze sposobu obliczenia ceny oferty, zgodnie z którymi możliwe jest

stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Oczywistą omyłkę rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. W praktyce oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji. Reasumując, za oczywistą omyłkę rachunkową należy uznać błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie doszło do oczywistej omyłki rachunkowej w kosztorysie ofertowym sporządzonym przez odwołującego, ponieważ odwołujący dokonał poprawnego arytmetycznie zsumowania wszystkich pozycji zawartych w złożonym przez siebie kosztorysie. Odwołujący podał cenę jednostkową netto dla każdej pozycji kosztorysu, po czym przemnożył ją przez ilość jednostek miary danej pozycji, obliczając tym samym wartość każdej z pozycji kosztorysu. Następnie zsumował wszystkie pozycje kosztorysu otrzymując cenę oferty w wymiarze netto, którą powiększył o kwotę podatku VAT, otrzymując cenę całkowitą oferty brutto. Podczas wszystkich ww. działań

arytmetycznych odwołujący nie popełnił błędu ani omyłki. W związku z tym nie było możliwe stwierdzenie wystąpienia błędu (omyłki), bowiem odwołujący zsumował wszystkie określone w złożonym kosztorysie pozycje. Wynik zsumowania spornych pozycji wraz z pozostałymi pozycjami kosztorysu był zgodny z sumaryczną kwotą wynagrodzenia wskazaną przez odwołującego zarówno w kosztorysie jak i formularzu ofertowym. Tym samym zaistniała okoliczność nie była błędem lub nie można było jej potraktować jako niezgodności, nie miała charakteru oczywistości oraz nie miała charakteru rachunkowego.

W ocenie składu orzekającego zamawiający nie miał żadnych podstaw do dokonania jakiegokolwiek działania matematycznego w celu poprawienia pozycji kosztorysu. Odwołujący w ramach pkt nr 2 kosztorysu ofertowego wycenił trzy pozycje. Co istotne, wskazane pozycje miały różne opisy tzn.:

- poz. 2 – usunięcie za pomocą spycharek warstwy ziemi urodzajnej (humus) grubości 30 cm z rozplantowaniem poza pasem robót;

- poz. 2.1 – usunięcie za pomocą spycharek warstwy ziemi urodzajnej (humus) grubości do 15 cm;

- poz. 2.2 – rozplantowanie usuniętego humusu poza pasem prowadzonych robót.

W przedmiotowej postępowaniu nie wystąpiła omyłką polegająca np. na skopiowaniu pozycji. Jak wskazano powyżej o wystąpieniu oczywistej omyłki rachunkowej można mówić jedynie wówczas, gdy jej poprawienie możliwe jest tylko w jeden sposób, natomiast w przedmiotowej sprawie nie doszło do takiej sytuacji. Według odwołującego jedynym słusznym sposobem poprawienia tej pozycji (jako omyłki rachunkowej) było nieuwzględnienie przy sumowaniu wartości wszystkich pozycji kosztorysowych (a zatem określaniu sumarycznej ceny oferty) pozycji nr 2.1 i 2.2. W ocenie składu orzekającego, nawet przyjmując, że doszło do omyłki, to należało wskazać, że były co najmniej trzy możliwości dokonania poprawy błędu odwołującego jako omyłki rachunkowej:

- pierwszy polegający na uwzględnieniu przy sumowaniu wartości wszystkich pozycji kosztorysu jedynie poz. nr 2 (tj. z pominięciem poz. nr 2.1 i 2.2);

- drugi polegający na uwzględnieniu przy sumowaniu wartości wszystkich pozycji kosztorysu pozycji nr 2 i 2.1 (tj. z pominięciem pozycji nr 2.2);

- trzeci polegający na uwzględnieniu przy sumowaniu wartości wszystkich pozycji kosztorysu pozycji nr 2 i 2.2 (tj. z pominięciem pozycji nr 2.1).

Na marginesie Izba zwróciła uwagę, na podnoszony przez zamawiającego argument związany z bardzo swobodnym, woluntarystycznym, a wręcz koniunkturalnym charakterem poczynań odwołującego. Nie można bowiem było wykluczyć, że odwołujący wprowadził sporne pozycje kosztorysowe próbując uzyskać ich tytułem wynagrodzenia od zamawiającego. Jednak w sytuacji niewybrania jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, odwołujący mógł przedstawić argumenty odnośnie tych pozycji (tj. 2.1 i 2.2) powołując się na zaistnienie

w omyłki, usiłując w ten sposób otworzyć sobie drogę do kwestionowania wyboru dokonanego przez zamawiającego. W celu oddania intencji odwołującego co do ukształtowania przez niego kosztorysu ofertowego w zakresie pozycji 2, 2.1. i 2.2 zamawiający w zasadzie musiałby z niego usunąć (wykreślić) pozycję 2.1 i 2.2 albo zmienić ich wartość na 0 zł, które to zmiany nie kwalifikowały się jednak do poprawienia jako oczywista omyłka rachunkowa. Tak daleko idąca ingerencja w treść kosztorysu ofertowego przez zamawiającego byłaby zdecydowanie nieuprawniona na gruncie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a), b) i d) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu

pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz noclegu. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty w wysokości 4 927,05 zł obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (3 600,00 zł) dojazd pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę (966,14 zł) oraz nocleg (360,91 zł) – na podstawie spisu kosztów złożonego na rozprawie.

Przewodniczący: …….