

WYROK

Warszawa, dnia 29 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Andrzej Niwicki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez METROTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Września

przy udziale uczestnika BIR-BUD Firma Ogólnobudowlana J.M. w Lubochni przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2882/24**

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Września prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Klubu Dziecięcego przy ul. Zielonogórskiej we Wrześni w ramach Programu rozwoju instytucji opieki nad dziećmi w wieku do lat 3 „MALUCH+” 2022-2029”, nr postępowania: ZP-271/34/WIK-RI/2024, dalej jako „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.05.2024 r., nr 2024/BZP 00327326/01.

Odwołujący METROTECH Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

1.1. poprawieniu przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy BIR-BUD Firma Ogólnobudowlana J.M. (dalej „BIR-BUD”) oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, pomimo tego, że nie zachodziły podstawy do przeprowadzenia korekty oferty wykonawcy BIR-BUD,

1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy BIR-BUD, pomimo tego, że oferta jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym z dokumentacją projektową;

2. zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

2.1. art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) i 3) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez poprawienie w ofercie wykonawcy BIR-BUD oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, pomimo tego, że nie zachodziły podstawy do przeprowadzenia korekty oferty wykonawcy BIR-BUD,

2.2. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BIR-BUD, pomimo tego, że oferta wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym z dokumentacją projektową;

3. z uwagi na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

3.1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty wykonawcy BIR-BUD jako najkorzystniejszej,

3.2. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy BIR-BUD jako niezgodnej z

warunkami zamówienia,

3.3.dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez wybór oferty Odwołującego,

4. Według badania ofert oferta Odwołującego jest drugą najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu, po ofercie wykonawcy BIR-BUD. Zaistniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy BIR-BUD. W tej sytuacji oferta najkorzystniejszą byłaby oferta Odwołującego.

[zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 pkt 1), 2) i 3) Pzp]

6.Odwołujący podnosi, że Zamawiający pismem z dnia 23.07.2024 r. dokonał korekty oferty wykonawcy BIR-BUD z rażącym naruszeniem z art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) i 3) Pzp.

7.Jak wynika z treści ww. przepisu:

„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”.

8.Instytucja poprawiania omyłek przewidziana w ww. przepisie służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, i ma eliminować sytuacje, gdy z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z jego warunkami. Przy czym badając, czy zachodzą przesłanki poprawienia omyłki, zamawiający zawsze musi brać pod uwagę charakter nieprawidłowości. Jak wynika z samego pojęcia omyłki, musi mieć ona charakter niezamierzony (tak m.in. A. Gawrońska-Baran [w:]E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 223).

9.Należy, że poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli (nowej treści oferty). Mimo, że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że zmiana nie może dotyczyć elementów merytorycznych (przykładowo nie może prowadzić do zmiany przedmiotu świadczenia zaoferowanego przez wykonawcę w złożonej ofercie).

10.11.Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 3034/23);„Po pierwsze, aby uznać, że błąd w ofercie stanowi omyłkę nadającą się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zamawiający musi łatwo błąd zauważyć. Po drugie, zamawiający musi dysponować wszystkimi danymi niezbędnymi do poprawienia omyłki. Po trzecie, dokonanie poprawy nie powodowało istotnej zmiany treści oferty. Poprawa omyłki nie wiązała się ze zmianą rankingu ofert, chociaż i taka zmiana nie świadczyłaby automatycznie o jej istotności. Zmianę uznaje się za istotną, gdy prowadzi do znacznego zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w zakresie merytorycznej treści oferty”.

KIO 3005/21:„Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości”.

12.Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, że poprawienie przez Zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (które zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp nie powinny powodować istotnych zmian w treści oferty), w rzeczywistości doprowadziło do merytorycznej zmiany treści oferty wykonawcy BIR-BUD. Zamawiający poprzez wprowadzenie korekt w opisie pozycji kosztorysowych sporządzonych przez wykonawcę BIR-BUD i dostosowania tych opisów do przedmiarów opublikowanych przez Zamawiającego, zmienił przedmiot oferty wykonawcy BIR-BUD.

13.Ponadto, o tym, że w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z poprawieniem omyłek w ofercie (ale de facto z niedozwoloną zmianą przez Zamawiającego przedmiotu oferty wykonawcy BIR-BUD) świadczy liczba dokonanych korekt. Zamawiający wprowadził zmiany w aż 80% (!) pozycjach kosztorysowych wykonawcy BIR-BUD.

14.Trudno racjonalnie zakładać, że ww. wykonawca omyłkowo sporządził (oraz wycenił) tak znaczną część pozycji kosztorysowych. Analizując ofertę wykonawcy BIR-BUD (kosztorysy ofertowe dołączone do formularza ofertowego), w

pełni uzasadniony jest wniosek, że ww. wykonawca złożył ofertę na inny przedmiot zamówienia niż opisany (przewidziany) przez Zamawiającego.

15. Należy zwrócić uwagę na przykładowe korekty dokonane przez Zamawiającego, które dobitnie pokazują, że nie można mówić o jakichkolwiek omyłkach (niezamierzonych omyłkach) ze strony wykonawcy BIR-BUD, ale tylko i wyłącznie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia:

ZAKRES PRAC WYCENIONY PRZEZ WYKONAWCĘ BIR-BUD	KOREKTA ZAMAWIAJĄCEGO (DOSTOSOWANIE DO PRZEDMIOTU ZAMÓWENIA)	KOMENTARZ
(z.V) Izolacje przeciwwilgociowe ław fundamentowych z papy zgrzewalnej (poz. 11 kosztorysu nr 1 dot. robót budowlanych)	(z.V) Izolacje przeciwwilgociowe ław fundamentowych z folii budowlanej	na zmianę materiału z papy zgrzewalnej folię budowlaną
Podbudowa z kruszywa naturalnego – warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20 cm (poz. 6 kosztorysu nr 2 dot. zagospodarowania terenu)	Podbudowa z kruszywa naturalnego stabilizowanego cementem - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 25 cm	– zmiana materiału z podbudowy z kruszywa naturalnego na podbudowę z kruszywa naturalnego stabilizowanego cementem – zmiana grubości z 20 cm na 25 cm
Aparaty elektryczne o masie do 2.5 kg (poz. 39 kosztorysu nr 3 dot. instalacji elektrycznych)	S z y n a połączeń wyrównawczych	zmiana materiału (urządzenia)
Badanie linii kablowej - kabel sygnalizacyjny 10- żyłowy (poz. 6 kosztorysu nr 4 dot. instalacji niskoprądowych)	Badanie linii kablowej średniego napięcia, niskiego napięcia i sterowniczej, kabel sygnalizacyjny, 10-żyłowy	zmiana zakresu czynności
Rurociągi z PVC kanalizacyjne o śr. 32 mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych o połączeniach klejonych (poz. 212 kosztorysu nr 5 dot. instalacji sanitarnych)	Rurociągi z PP kanalizacyjne o średnicy 25mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych	– zmiana materiału rurociągu z PVC na PP – zmiana średnicy rurociągu z 32 mm na 25 mm
Rurociągi z PVC kanalizacyjne o śr. 40 mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych o połączeniach klejonych (poz. 214 kosztorysu nr 5 dot. instalacji sanitarnych)	Rurociągi z PP kanalizacyjne o średnicy 40mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych	zmiana materiału rurociągu z PVC na PP

16. Za działanie Zamawiającego sprzeczne z dyspozycją art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp należy uznać także modyfikację treści

oferty wykonawcy BIR-BUD, poprzez wpisanie poprawnej ilości w poz. 42 kosztorysu ofertowego nr 1 dot. robót budowlanych (zob. pkt 1.1) pisma Zamawiającego z dnia 23.07.2024 r.). Zgodnie

z przedmiarem opublikowanym przez Zamawiającego powinno być 1.737,60, natomiast wykonawca BIR-BUD w swoim kosztorysie podał wartość 289,60. Tak znaczna różnica wartości (6-krotne zaniżenie wartości przez wykonawcę BIR-BUD) nie może stanowić niezamierzonej omyłki. Po prostu ww. wykonawca celowo nie wycenił znacznego zakresu prac (co powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, a nie korektą ze strony Zamawiającego).

17.Należy również zauważyć, że Zamawiający przewidział w niniejszym Postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe (obmiarowe). Jak wynika z treści § 1 ust. 1-3 projektu umowy (załącznika nr 2 do SWZ):

1)Wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy zostanie obliczona na podstawie prac rzeczywiście wykonanych, w oparciu o ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, zgodnie z obmiarem w oparciu o kosztorys powykonawczy (wynagrodzenie kosztorysowe).

2)Wartość ofertowa wskazana przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym wynosi zł brutto (słownie: złotych /100) i określona jest na podstawie kosztorysu ofertowego (wypełnionego przedmiaru stanowiącego załącznik do SWZ) stanowiącego zestawienie planowanych prac i przewidzianych kosztów.

3)Po zakończeniu robót zostanie wykonany obmiar robót. Jeżeli wyniki wykonanego obmiaru będą odbiegały od przedmiaru przyjętego w postępowaniu, wartość robót określonych w ust. 1 zostanie zmieniona w oparciu o ilość robót otrzymanych w wyniku ich obmiaru oraz jednostkowych cen robót podanych w kosztorysie ofertowym. W przypadku zaistnienia takich okoliczności ustala się, że roboty zostaną rozliczone w oparciu o ceny jednostkowe podane w kosztorysie ofertowym (załącznik do oferty przetargowej). Do ceny otrzymanej przez przemnożenie scalonych jednostkowych cen robót przez faktycznie wykonane ich ilości zostanie naliczony podatek VAT.

18.W związku z tym, dla wyliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy niezbędne jest, aby kosztorysy ofertowe wykonawcy były zgodne z przedmiotem zamówienia określonym przez Zamawiającego. Natomiast w przypadku wykonawcy BIR-BUD przedmiot wyceny odbiegał od przedmiotu zamówienia tj. wykonawca wycenił inny zakres prac, aniżeli prace przewidziane przez Zamawiającego).

19.W związku z powyższym nie ulega żadnym wątpliwościom, że Zamawiający nie był uprawniony do poprawiania omyłek w ofercie wykonawcy BIR-BUD (w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) i 3) Pzp). Rolą Zamawiającego nie jest ratowanie ofert wykonawców, ale dokładna oraz rzetelna weryfikacja otrzymanych ofert (z uwzględnieniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców). Zatem w omawianym przypadku Zamawiający nie powinien stosować art. 223 ust. 2 pkt 1), 2) i 3) Pzp, ale odrzucić ofertę wykonawcy BIR-BUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp – jako ofertę niezgodną z warunkami zamówienia (o czym szczegółowo poniżej w pkt II niniejszego odwołania).

20.Z daleko idącej ostrożności należy także zwrócić uwagę na pkt. XII.7. SWZ, zgodnie z którym:

„W przypadku braku jakiegokolwiek pozycji w kosztorysie ofertowym Zamawiający może wezwać Wykonawcę do złożenia pisemnych wyjaśnień w celu ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz jej charakteru i rodzaju jak i zarówno dla samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian. Ponadto Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawi inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia tj. uzupełni kosztorys ofertowy o brakującą pozycję i przyjmie, iż cena jednostkowa tej pozycji wynosi 0 zł (przyjmując, że cena została uwzględniona w innych pozycjach kosztorysu ofertowego) powiadamiając o tym niezwłocznie Wykonawcę”.

21.Wskazane postanowienie Specyfikacji dotyczy jednak całkowicie odmiennej sytuacji, niż omawiany przypadek. Dotyczy bowiem sytuacji, w której wykonawca w ogóle nie uzupełnił pozycji kosztorysowej, a nie dokonał zmiany opisu pozycji (czyli tak jak wykonawca BIR-BUD - wycenił inny zakres prac, niż przewidział Zamawiający).

[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp]

22.Na wstępie należy wyjaśnić, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dokonując analizy wskazanego przepisu przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 Pzp, należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia oraz wymagań proceduralnych.

23. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego zaistniały przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy BIR-BUD (a nie korekty ofert na podstawie art. 223 ust. 2 Pzp), co szczegółowo zostało wyjaśnione poniżej.

24. Zakres niezgodności oferty wykonawcy BIR-BUD z warunkami zamówienia wynika jednoznacznie z treści pisma Zamawiającego z dnia 23.07.2024 r., w którym to Zamawiający bezpodstawnie dokonał korekty oferty ww. wykonawcy. Tam, gdzie Zamawiający poprawił omyłki pisarskie, omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, faktycznie zachodziła niezgodność treści oferty wykonawcy BIR-BUD z SWZ (w tym dokumentacją projektową).

25. Na potrzeby niniejszego odwołania poniżej zostały przedstawione przykłady, które jednoznacznie przesądzają o niezgodności oferty ww. wykonawcy z warunkami zamówienia (co świadczy o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp):

DOKUMENTACJA ZAMÓWENIA	OFERTA WYKONAWCY (KOSZTORYSY ZŁOŻONE WRAZ Z OFERTA)	KOMENTARZ
Poz. 11 kosztorysu nr 1 dot. robót budowlanych: (z.V) Izolacje przeciwwilgociowe ław fundamentowych z folii budowlanej	Poz. 11 kosztorysu nr 1 dot. robót budowlanych: Izolacje przeciwwilgociowe ław fundamentowych z papy zgrzewalnej	niezgodność materiału (papa zgrzewalna zamiast folii budowlanej)
Poz. 101 kosztorysu nr 2 dot. zagospodarowania terenu: Podbudowa z kruszywa naturalnego stabilizowanego	Poz. 6 kosztorysu nr 2 dot. zagospodarowania terenu: Podbudowa z kruszywa naturalnego – warstwa dolna	– niezgodność materiału (p o d b u d o w a z kruszywa naturalnego zamiast podbudowy z kruszywa naturalnego
cementem - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 25 cm	o grubości po zagęszczeniu 20 cm	stabilizowanego cementem) – niezgodność grubości (20 cm zamiast 25 cm)
Poz. 152 kosztorysu nr 3 dot. instalacji elektrycznych: Szyna połączeń wyrównawczych	Poz. 39 kosztorysu nr 3 dot. instalacji elektrycznych: Aparaty elektryczne o masie do 2.5 kg	niezgodność materiału (urządzenia)
Poz. 167 kosztorysu nr 4 dot. instalacji niskoprądowych: Badanie linii kablowej średniego napięcia, niskiego napięcia i sterowniczej, kabel sygnalizacyjny, 10żyłowy	Poz. 6 kosztorysu nr 4 dot. instalacji niskoprądowych: Badanie linii kablowej - kabel sygnalizacyjny 10- żyłowy	niezgodność zakresu czynności
Poz. 400 kosztorysu nr 5 dot. instalacji sanitarnych: Rurociągi z PP kanalizacyjne o średnicy 25mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych	Poz. 212 kosztorysu nr 5 dot. instalacji sanitarnych: Rurociągi z PVC kanalizacyjne o śr. 32 mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych o połączeniach klejonych	– niezgodność materiału (rurociąg z PVC zamiast z PP) – niezgodność średnicy rurociągu (32 mm zamiast 25 mm)

Poz. 402 kosztorysu nr 5 dot. instalacji sanitarnych: Rurociągi z PP kanalizacyjne o średnicy 40mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych	Poz. 214 kosztorysu nr 5 dot. instalacji sanitarnych: Rurociągi z PVC kanalizacyjne o śr. 40 mm na ścianach w budynkach niemieszkalnych o połączeniach klejonych	niezgodność materiału (rurociągu z PVC zamiast z PP)
---	--	--

26.Co więcej, o niezgodności treści oferty wykonawcy BIR-BUD z warunkami zamówienia świadczy również podanie przez ww. wykonawcę w poz. 42 kosztorysu ofertowego nr 1 dot. robót budowlanych 289,60 ilości zamiast 1.737,60 (wymaganej przez Zamawiającego). Oznacza to, że ww. wykonawcy wycenił 6-krotnie mniejszy zakres prac niż przewidział Zamawiający.

27.Zasadność odrzucenia oferty wykonawcy BIR-BUD znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie KIO. W tym przypadku należy zwrócić uwagę m.in. na uchwałę KIO z dnia 18.09.2014 r. (KIO/KD 79/14), w której Izba wskazała, że:

„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5) – przyp. aut.], zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 PrZamPubl.”.

28.Zbliżone stanowisko została przedstawione również w wyroku KIO 1690/11), zgodnie z którym: „Podanie w ofercie lub kartach katalogowych urządzeń nieposiadających wymaganych cech lub parametrów kwalifikuje się jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5) – przyp. aut.]”.

29.W podobny sposób wyroku z dnia 20.02.2024 r. (KIO 348/24): „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w dokumentach zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego”.

30.Wobec tego oferta wykonawcy BIR-BUD powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosi o oddalenie odwołania w całości;

Ponadto o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: 1. Formularz ofertowy
Wykonawcy 2. Zawiadomienie o poprawieniu omyłek 3. Wyrażenie zgody na poprawę omyłek
4. Punktacja ofert 5. Oświadczenie projektanta

- na wykazanie faktu, że nie doszło do naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu oraz na wykazanie faktu, że złożone odwołanie jest bezzasadne.

Uzasadnienie:

Zamawiający nie zgadza się z wyrażonymi przez Odwołującego zarzutami i podtrzymuje swoje stanowisko w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez BIR-BUD Firma Ogólnobudowlana J.M. Lubochnia os. Sosnowe 175, 62-200 Gniezno. Zdaniem Zamawiającego wniesione odwołanie jest bezzasadne w całości i winno zostać oddalone.

Zamawiający działając zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprawił w ofercie Wykonawcy BIR-BUD Firma Ogólnobudowlana J.M. oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o czym poinformował Wykonawcę pismem z dnia 23.07.2024 r.

Na wstępie należy wskazać, że powyższe omyłki mieszczą się w zakresie dopuszczalności ich poprawy i nie zmieniają oświadczenia woli Wykonawcy. Wykonawca składając ofertę oświadcza, że zapoznał się ze specyfikacją warunków zamówienia i nie wnosi żadnych zastrzeżeń oraz że uzyskał niezbędne informacje do przygotowania oferty. Powyższe oświadczenie zawiera formularz ofertowy, na którym Wykonawca składa swoją ofertę.

Dowód: Formularz ofertowy Wykonawcy

Zarzut Odwołującego dotyczący poprawienia przez Zamawiającego ilości w poz. 42 kosztorysu ofertowego nr 1 dotyczącego robót budowlanych oraz domniemywanie, że powyższa omyłka jest celowo zamierzona przez Wykonawcę

jest bezzasadny. Ponadto zarzuty te nie zostały poparte dowodami, w tym nie mają żadnego odzwierciedlenia w piśmie odwoławczym. Aby móc mówić bowiem o świadomym działaniu Wykonawcy (działania tzw. z premedytacją) muszą być na to dowody, których Odwołujący nie przedstawił. Poprawa ilości w kosztorysie ofertowym Wykonawcy zgodnie z przedmiarem mieści się w dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Bez znaczenia pozostaje fakt, że poprawienie omyłek doprowadziło do zmiany wynagrodzenia wykonawcy (poprawa oczywistej omyłki rachunkowej), okoliczność, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy. Wskazać należy, że ustawa Pzp ani żaden inny akt prawny nie precyzuje co należy uznać za „oczywistą omyłkę rachunkową” – jednakże przyjęło się w orzecznictwie i doktrynie, że słowo „oczywiste” jest tożsame z „niebudzącym wątpliwości”. Zatem jeżeli dana omyłka będzie wymagała złożonych wyjaśnień, czy też nie będzie dostrzegalna na pierwszy rzut oka, nie będzie oczywiście miała cech oczywistości i nie będzie mogła być poprawiona. Wskazać należy, że w tym konkretnym przypadku poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych przez Zamawiającego było prawidłowe, a zatem zarzut Odwołującego w tym zakresie jest bezzasadny.

W wyroku KIO z dnia 27.03.2023 r. (sygn. akt: KIO 691/23) Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo skorygował pozycje kosztorysu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. „Część w/w zmian dotyczy nieprawidłowego określenia jednostek miary, obmiaru czy drobnych błędów związanych z pominięciem znaku „minus”. Zdaniem Izby błędy te są typowymi błędami popełnianymi w kosztorysach ofertowych”.

Ponadto należy wskazać, że poprawa powyższej omyłki w żaden sposób nie wpłynęła na ranking ofert. Oferta Wykonawcy BIR-BUD pomimo wzrostu ceny nadal była najkorzystniejszą. W wyniku poprawy ww. omyłki wartość oferty wzrosła o 8.940,82 zł brutto co w stosunku do całej oferty, która finalnie opiewa na kwotę 2.007.890,81 zł brutto stanowi zaledwie 0,45%.

Dowód: - Punktacja ofert

W odniesieniu do poprawy opisu pozycji, gdzie brakuje pojedynczych wyrazów lub krótkich fraz poprawa ma charakter czysto formalny i techniczny. „Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Mimo że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało pewną zmianą w treści oferty to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym, i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.” (komentarz do ustawy Pzp). Wskazać należy, że w ofercie Odwołującego również poprawiono omyłki, o czym świadczy wystosowane w dniu 16.07.2024 r. zawiadomienie o poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich. W tym przypadku został poprawiony opis pozycji w podobny sposób jak to miało miejsce u Wykonawcy BIR-BUD tj. uzupełnienie niekompletnego opisu pozycji. Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał poprawy omyłek w świetle art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp wskazuje na to że Odwołujący kwestionuje również poprawienie omyłek we własnej ofercie. W zaistniałym przypadku Zamawiający uzupełnił opis o pojedyncze wyrazy lub zwroty, które nie stanowią istotnej zmiany treści oferty.

Poprawione przez Zamawiającego inne omyłki nie powodowały istotnych zmian w treści oferty. Okoliczność, że zmiana ma dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ważne jest bowiem to, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie, czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości jakie daje ustawa Pzp. Wykonawca składając ofertę bazuje na przedmiarze robót, który stanowi załącznik do SWZ. Odmienne nazwa pozycji nie dyskwalifikuje automatycznie Wykonawcy z postępowania. Jak wskazuje orzecznictwo KIO poprawieniu mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych – zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W wyroku KIO z dnia 17 marca 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 246/09/[b] „(...) w niniejszej sprawie bezsporne między stronami jest, iż Odwołujący się w uproszczonym kosztorysie ofertowym dotyczącym linii napowietrznej popełnił omyłki. Popołnione błędy można podzielić na dwie grupy. Pierwsza z nich odnosi się do sytuacji, w której Odwołujący się zaoferował montaż przewodów izolowanych o przekroju 4 x 50 mm², podczas gdy Zamawiający wymagał przewodu 2 x 35 mm² (poz. 15, 46, 76, 107, 131). Druga grupa obejmuje poz. 13, 19, 44, 49, 50, 51, 79, 80, 81, 129, w których opis przedmiotu kalkulacji

jest inny, niż wynika to z przedmiaru robót. (...) Krajowa Izba Odwoławczastości na stanowisku, że zmiana cechy przewodu nie stanowi istotnej zmiany treści oferty, nie ulega bowiem wątpliwości, że przedmiotowa zmiana nie jest znacząca. (...) Błędne stwierdzenie niemożliwości poprawienia omyłek stało się przyczyną odrzucenia oferty. Przedmiotowa czynność, będąca konsekwencją nieprawidłowych ustaleń, obarczona jest błędem, co przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego się jest bowiem ofertą ważną, niepodlegającą odrzuceniu a ocenie. (...) Odrzucenie bowiem prawidłowej oferty stanowi przejaw złamania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców". W wyroku KIO z dnia 27 marca 2023 r. sygn. akt: KIO 691/23 „Izba uznała, że Zamawiający również prawidłowo skorygował w/w pozycje kosztorysu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Część w/w zmian dotyczy nieprawidłowego określenia jednostek miary, obmiaru czy drobnych błędów związanych pominięciem znaku „minus”. Zdaniem Izby błędy te są typowymi błędami popełnianymi w kosztorysach ofertowych”.

Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie wskazuje, kiedy należy uznać, że dokonana poprawa omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 wprowadza do oferty istotną zmianę. Ocena taka, czy poprawa innej omyłki przez Zamawiającego powoduje, czy też nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Jeżeli oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta - można rozważyć nieistotność omyłki.

Zamawiający dokonując poprawy innych omyłek zawiadamia o tym fakcie Wykonawcę wyznaczając termin na wyrażenie zgody na ich poprawienie lub zakwestionowanie. W przypadku, gdy Wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionuje ich poprawę oferta zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. W niniejszym przypadku Wykonawca BIR-BUD pismem z dnia 24.07.2024 r. wyraził zgodę na poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących zmian w treści oferty w sposób wskazany w zawiadomieniu z dn. 23.07.2024 r.

W tak przedstawionym stanie faktycznym zarzuty wskazane w odwołaniu nie znajdują potwierdzenia w niniejszej sprawie, zatem w ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i winno być oddalone w całości.

Stanowisko przystępującego.

Analiza przedstawionych przez odwołującego zarzutów wskazuje, że odwołujący w całości pominął treść SWZ, jak i projektu umowy, w tym w szczególności udostępnionych przez Zamawiającego kosztorysów.

II.Kosztorysy ofertowe – treść dokumentu, charakter prawny, cel

(6)-(20)Zamawiający w rozdz. XII ust. 5 SWZ wskazał, że:

Cenę za wykonanie poszczególnych rodzajów robót należy przedstawić w kosztorysie ofertowym dołączonym do oferty wg załączonego przedmiaru - arkuszy kalkulacyjnych (sporządzony w programie kosztorysowym Wykonawcy, arkusza kalkulacyjnym), a ogólną wartość netto należy przenieść do tabeli „Formularza oferty” stanowiącego załącznik do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

(7)Z powyższym koresponduje § 7 ust. 1 projektu umowy:

Wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy zostanie obliczona na podstawie prac rzeczywiście wykonanych, w oparciu o ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym, zgodnie z obmiarem w oparciu o kosztorys powykonawczy (wynagrodzenie kosztorysowe).

Tym samym zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał od wykonawców podania cen jednostkowych do każdej pozycji udostępnionego kosztorysu. Celem niniejszego dokumentu jest więc ustalenie cen jednostkowych, a nie zaproponowanie przez wykonawcę technologii wykonania zamówienia, jego zakresu czy wskazanie konkretnych materiałów. Zamawiający nie wymagał tego typu informacji w żadnej klauzuli SWZ.

Co istotne, zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia cen jednostkowych według dwóch wariantów, po pierwsze poprzez wypełnienie (ręczne) udostępnionego przez zamawiającego arkusza kalkulacyjnego, po drugie poprzez przedstawienie kosztorysu sporządzonego w programie kosztorysowym Wykonawcy (vide rozdz. XII ust. 5 SWZ). Jest to informacja kluczowa dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przystępujący bowiem dokonał złożenia kosztorysów, które zostało sporządzonego w programie kosztorysowym.

Na pierwszej stronie każdego kosztorysu widnieje informacja: „Dokument został opracowany przy pomocy programu NORMA PRO”. Natomiast na każdej kolejnej stronie jest również informacja o wersji oraz użytkownika, tj.: „Norma PRC Wersja 4.52 Nr seryjny: 8035 Użytkownik: AMW SINEVIA Sp. z o.o. KZB Gniezno”.

Tak więc w tym zakresie bezsprzecznie Przystępujący przedłożył kosztorysy sporządzone na podstawie posiadanego programu do kosztorysowania – dodać należy zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Nadto, kosztorysy zostały sporządzone według podanych przez Zamawiającego informacji w kosztorysach, a więc na podstawie numerów KNR lub KNNR. Odwołujący w całości pomija fakt, że złożone przez Przystępującego kosztorysy zawierają dokładnie identyczne numery KNR lub KNNR, które wskazał zamawiający w udostępnionych przez siebie plikach excel.

Każda pozycja zawiera zarówno numer KNR (KNNR), jak i opis. Taki sposób przedstawienia każdej pozycji jest istotny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, bowiem wykluczają się one wzajemnie lub też są ze sobą sprzeczne.

Zamawiający z jednej strony – w tym samym dokumencie – zastosował dwa różne sposoby określenia opisu pozycji jednostkowych. Odwołał się bowiem do katalogów norm (i opisów tam zawartych) poprzez podanie numerów KNR (KNNR), a także zastosował drugi sposób poprzez dokonanie własnego opisu dla każdej pozycji jednostkowej.

Tym samym, dokonanie przez Przystępującego wyceny na podstawie rozdz. XII ust. 5 SWZ poprzez sporządzenie kosztorysów w programie kosztorysowym Wykonawcy i zawierającym dokładnie takie same numery KNR jakie udostępnił zamawiający jest działaniem prawidłowym.

Warto również wskazać, że zgodnie z treścią SWZ składane przez wykonawców kosztorysy mają służyć do wyceny każdej pozycji na podstawie których zamawiający będzie ustalał wynagrodzenie (według obmiaru w stosunku do wykonanego zakresu robót) – vide § 7 ust. 1 projektu umowy. Natomiast, kosztorysy te nie służą (i nawet nie mają na celu) określeniu zakresu robót jakie wykonawca planuje wykonać. Zakres robót bowiem został określony w dokumentacji projektowej i jest niezmienny. Wykonawca mógł jedynie zaakceptować tak określony zakres robót poprzez złożenie oferty oraz następującego oświadczenia:

„Oświadczamy, że postanowienia określone w projekcie umowy zostały przez nas zaakceptowane bez zastrzeżeń i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na określonych w projekcie umowy warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”.

(21) Potwierdzeniem, powyższego jest treść projektu umowy, gdzie zamawiający w sposób jednoznaczny przesądził jakie dokumenty określają zakres robót.

(22) Powyższe postanowienie umowne nie odwołuje się do kosztorysów składanych przez wykonawców.

(23) Reasumując, zamawiający w SWZ (oraz projekcie umowy) w sposób jednoznaczny i bezsporny zawarł informację na temat charakteru prawnego oraz celu składanych przez wykonawcę kosztorysów. Nadto, umożliwił wykonawcom sporządzenie tego dokumentu w dwóch wariantach (za pomocą programu do kosztorysowania lub poprzez wypełnienie udostępnionego excela).

III. Niezgodność numerów KNR z opisem oraz wykładnia oświadczenia woli

(24) Przystępujący powyżej przedstawił dwa różne sposoby określenia (opisu) pozycji jednostkowych przez zamawiającego w przedmiarach. Z jednej strony zamawiający odwołał się do norm (czyli numerów KNR, KNNR) z drugiej strony dokonał indywidualnego opisu.

(25) Sprzeczność ta nie może stanowić okoliczności uzasadniającej odrzucenie oferty Przystępującego zwłaszcza, że dokument ten służy wyłącznie do określenia cen jednostkowych a nie zakresu robót jaki planuje wykonać wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Niesporne jest w sprawie, iż zamawiający dokonał poprawienia szeregu omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych, które w jego i przystępującego ocenie nie spowodowały istotnych zmian treści oferty, a konkretnie kosztorysu stanowiącego integralną część oferty. Wg oszacowania odwołującego liczba poprawek stanowiła około 80% pozycji kosztorysowych; twierdzenie to nie zostało zakwestionowane. W samym odwołaniu wskazano na kilkanaście przykładów

poprawienia kosztorysu ofertowego, które w ocenie odwołującego stanowiły szczególnie wyraźne elementy, które nie mogły podlegać poprawieniu w trybie art. 223 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp.

Istota sporu polega na ustaleniu, czy dokonane przez zamawiającego zmiany w treści oferty stanowiły zmiany istotne.

Należy przy tym przypomnieć, że omyłki, zgodnie z przywołanym przepisem, dotyczą niezgodności z dokumentami zamówienia. Istotną w tym względzie okoliczność podniósł przystępujący do postępowania odwoławczego wskazując, że przedmiar robót (kosztorys inwestorski), zgodnie z którym należało przedstawić kosztorys ofertowy, nie był w swej treści jednoznaczny i w rzeczywistości zawierał dla każdej pozycji kosztorysowej dwa różniące się opisy; w kolumnie drugiej opis wskazywał na konkretną pozycję katalogu nakładów rzeczowych (KNR), natomiast w kolumnie trzeciej opis słowny pozycji sporządzony przez zamawiającego. Kolejne kolumny wskazujące ilość i jednostki miary były jednoznaczne.

Jak wynika z dokumentacji postępowania przystępujący wykonawca sporządził kosztorys ofertowy w oparciu o wskazane pozycje KNR, co w efekcie doprowadziło do rozbieżności z pozycjami autorskimi zamawiającego opisanymi w kolumnie trzeciej. Zrozumiałe jest, że zamawiający rzeczywiście oczekiwał oferty uwzględniającej opisy słowne pozycji, jednakże nie można pominąć faktu, że tenże zamawiający w dokumencie kosztorysowym wskazał wprost i konkretnie elementy opisane w KNR. Trudno w takim stanie rzeczy przypisać wykonawcy popełnienie błędu i obciążać go negatywnymi skutkami w postępowaniu, z powodu użycia do sporządzenia oferty opisów z KNR wskazanych przez zamawiającego.

Jednocześnie nie powinno ostatecznie budzić wątpliwości, że tak sporządzona oferta nie spełniała jednak oczekiwań zamawiającego, który dokonał szeregu poprawek w ofercie i uzyskał na to zgodę wykonawcy. Uzasadnione jest przy tym stwierdzenie, że powstałe różnice, o ile przypisać im status omyłek, są w znaczącej części skutkiem sporządzenia niejednoznacznej dokumentacji kosztorysowej przez zamawiającego.

Ponadto dokonane zmiany nie spowodowały istotnej zmiany ceny ofertowej powodując marginalne jej podwyższenie, co nie spowodowało zmiany pozycji wykonawcy w rankingu ofert,.

Uzasadnione jest w konkluzji stwierdzenie, że zamawiający dokonany czynnościami w stosunku do oferty wykonawcy, wybranej następnie jako najkorzystniejsza, nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego się wykonawcę.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: