Sygn. akt: KIO 2057/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Adamietz sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Powiat Strzelecki, ul. Jordanowska 2, 47-100 Strzelce Opolskie,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: **Częstobud sp. z o.o., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa,**

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 1360 zł 38 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta sześćdziesiąt złotych trzydzieści osiem groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem pełnomocnika zamawiającego na rozprawę,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 960 zł 38 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset sześćdziesiąt złotych trzydzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 2057/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Strzelecki, ul. Jordanowska 2, 47-100 Strzelce Opolskie, prowadziw trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa hali sportowej w Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich" oraz „Remont kompleksu sportowego ORLIK 2012 przy Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich", numer: OR.272.3.2024.KSZCH/IG. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.02.2024 r., nr 2024/BZP 00210699/01.

W dniu 12.06.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Adamietz sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Częstobud, pomimo że jej pierwotna treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż z działu 4.6, pozycji 432 przedłożonego kosztorysu ofertowego (zadanie nr 1) wynika, że Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie wykonania zabudowy czerpni wolnostojących, co jest wprost sprzeczne m.in. z postanowieniami Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych („STWiORB"), jak i przygotowanym przez Zamawiającego przedmiarem robót (warunkami zamówienia/ dokumentacją postępowania),

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Częstobud do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, co faktycznie doprowadziło do przeprowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą,

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dokonanie poprawy innej omyłki w treści oferty Częstobud, co polegało na rekonstrukcji oświadczenia woli tego wykonawcy (dopasowując ofertę do treści warunków zamówienia) w ujętej w dziale 4.6, pozycji 432 Kosztorysu ofertowego, co spowodowało niedopuszczalną zmianę w treści oferty na skutek uprzednio przeprowadzonych negocjacji treści oferty,

4)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Częstobud, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości pozycji cenowej ujętej w dziale 4.3 poz. 202 Kosztorysu ofertowego (zadanie nr 1) – wykonanie posadzki sportowej w sali, co w rezultacie pozwoliło temu

wykonawcy obniżyć wartość globalną swojej oferty i uzyskać zamówienie, czego nie można jednak uznać za uczciwą konkurencję,

5)w konsekwencji powyższego - art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„3. Zamawiający przewidział, że wynagrodzenie ostateczne zostanie ustalone na podstawie obmiaru faktycznie wykonanych robót wg. cen przyjętych w kosztorysie ofertowym.

4. Wraz z dokumentacją Postępowania, Zamawiający opublikował przedmiar robót, na podstawie którego wykonawcy mieli wycenić prace, które będą wykonywane w ramach zamówienia będącego przedmiotem Postępowania.

5. Częstobud wraz z ofertą przedłożył kosztorys ofertowy dla Zadania 1, w którym w dziale 4.6, pozycji 432, dokonano zmiany w samym kosztorysie poprzez wykreślenie zakresu zamówienia polegającego na zabudowie czerpni wolnostojących (zob. poniżej).

Przedmiar robót udostępniony przez Zamawiającego:

Kosztorys ofertowy Częstobud:

6. Pismem z dnia 23 kwietnia 2024 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp celem złożenia wyjaśnień przyczyn wystąpienia niezgodności opisu w pozycji 432 z treścią przygotowanego przez niego kosztorysu (tzw. „kosztorysu ślepego").

7. W odpowiedzi, pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r., Częstobud wskazał, że stanowi to przeoczenie Wykonawcy i w tej pozycji (432) przewidziano również wykonanie m.in. zabudowy czerpni wolnostojących.

8. W dniu 17 maja 2024 r., Zamawiający opublikował na platformie zakupowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, którą okazała się być oferta złożona przez Częstobud.

9. Od powyższej czynności Zamawiającego Adamietz pismem z dnia 22 maja 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając m.in., że Zamawiający dokonał wyboru oferty sprzecznej z warunkami zamówienia (nie obejmującej dostawy i montażu gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową czerpni wolnostojących, central wentylacyjnych z powietrzną pompą ciepła nagrzewnicą wtórną).

10. W dniu 6 czerwca 2024 r. Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

11. Jednocześnie 6 czerwca 2024 r. Zamawiający skierował do Częstobud pismo w przedmiocie zawiadomienia o poprawieniu omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

12. Na skutek powyższej „korekty", oferta Częstobud została doprowadzona do zgodności z warunkami niniejszego zamówienia. Do kosztorysu ofertowego Wykonawcy przez Zamawiającego dodany został bowiem element w postaci zabudowy czerpni wolnostojących.

13. W dniu 7 czerwca 2024 r. Zamawiający opublikował informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej – ponownie oferty Częstobud. (…)

II.1. Oferta Częstobud jest niezgodna z warunkami zamówienia

(…) 21. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w tej sprawie można stwierdzić poprzez proste porównanie wymagań Zamawiającego i zaprezentowanych przez wykonawcę Częstobud założeń. Porównanie to prowadzi do prostych wniosków, iż oferta Częstobud jest niezgodna z treścią warunków zamówienia (nie obejmuje przedmiotu zamówienia).

22. Nie budzi bowiem wątpliwości, że zgodnie z przedmiarem robót przygotowanym przez Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli objąć swoją ofertą i wycenić m.in. zabudowę czerpni wolnostojących. (…)

23. Jednocześnie w dokumentacji Postępowania Zamawiający wielokrotnie podkreślał, żew ramach wentylacji mechanicznej wymaga on wykonania dostawy i montażu gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową czerpni wolnostojących, central wentylacyjnych z powietrzną pompą ciepła i nagrzewnicą wtórną – 3x3000 m3. Poza prostym i wprost wskazaniem na ten element w udostępnionym wykonawcom przedmiarze, Zamawiający nawiązywał do niego także w dokumentacji technicznej. Przykładowo – w projekcie technicznym T.2 Branża wod.-kan. i wentylacyjna wskazano na jedynym z rysunków technicznych na czerpnie terenowe (wolnostojące – są to pojęcia branżowo tożsame), uwzględniające ich zabudowę: (…)

24. Wśród specjalistów branżowych rzeczą oczywistą jest, że samo już tylko określenie „czerpnie terenowe", jako obiekty wchodzące pod powierzchnię ziemi, wymaga odpowiedniego zabudowania. Wskazał na to również sam Zamawiający w kosztorysie (wyróżniając w opisie wprost ten element). Co warte podkreślenia Zamawiający poza dostarczeniem czerpni wymagał dokonania ich zabudowy. Elementu tego nie przewidział Częstobud, mimo iż jednocześnie przewidział zabudowę central wentylacyjnych z powietrzną pompą ciepła i nagrzewnicą wtórną. Tak

złożonej oferty nie sposób postrzegać jako zgodnej z warunkami zamówienia. (…)
26. Warto przy tym nadmienić, że działanie Częstobud, polegające na „usunięciu" z kosztorysu ofertowego fragmentu, który znajdował się w przedmiarze, prawdopodobnie nie nastąpiło na skutek błędu/niedopatrzenia, czy też „przez przypadek". Stanowi to najpewniej przejaw celowego działania. Praktyką rynkową wśród podmiotów branżowych jest oferowanie samej dostawy czerpni, co nie jest połączone z ich zabudową (montażem). Poniżej Odwołujący przedstawia fragment oferty (całość zostanie przedłożona na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą), dotyczący dostawę czerpni, w której literalnie wyłączono czynności towarzyszące ich posadowieniu: (…)
28. Nie bez znaczenia jest również fakt, że Zamawiający w SWZ wskazał na brak możliwości zmiany treści dokumentów, które przekazał wykonawcom chcącym wziąć udział w przetargu:
29. W konsekwencji należy stwierdzić, że oferta Częstbud powinna podlegać odrzuceniu, ponieważ nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego opisanym w treści dokumentacji Postępowania.
33. Co warte przy tym podkreślenia, w związku z tym, że z samej oferty w żaden sposób nie wynika, że Częstobud zaoferował zabudowę czerpni (przecież właśnie wykreślił ten element z przygotowanego przez Zamawiającego kosztorysu), możliwe są w takiej sytuacji dwa rozwiązania – 1) wykonawca ten potwierdzi, że ujął ten element w ofercie albo 2) wskaże, że pominął go. Wzywanie do wyjaśnień przez Zamawiającego, czy zabudowa czerpni została ujęta w ofercie, wskazuje w takiej sytuacji na prowadzenie negocjacji. To bowiem w gestii tego wykonawcy tak naprawdę leży potwierdzenie czy też zaprzeczenie, a zatem ostateczne określenie treści oferty. To z kolei oznacza, że nie może mieć miejsca poprawa omyłki. (…)
43. W ocenie Odwołującego, wezwanie z dnia 23 kwietnia 2024 r., które do Wykonawcy skierował Zamawiający jedynie pozornie zmierzało do wyjaśnienia treści oferty, a jego rzeczywistym celem było skorygowanie oferty Wykonawcy w drodze zabronionych Pzp negocjacji. Zamawiający w ten sposób chciał sobie zapewnić, iż na etapie realizacji Wykonawca nie odmówi wykonania tego zakresu prac. Co warte podkreślenie – już sama analiza złożonych wyjaśnień, która odbyła się celem uzyskania potwierdzenia uprzednio postawionej tezy (np. iż oferta Częstobud jest zgodna z dokumentacją Postępowania), stanowi przejaw niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą. (…)
49. W toku niniejszej sprawy, Częstobud złożył ofertę, w której samodzielnie wykreślił ze wzoru dokumentu przygotowanego przez Zamawiającego „zabudowę czerpni wolnostojących". W ocenie Odwołującego – trudno mówić tutaj o przypadku.
50. Co więcej – nie może uchodzić uwadze, że w rzeczywistości doszło do zabronionego zrekonstruowania oświadczenia woli Częstobud na skutek poprawy „innej omyłki". Zgodnie ze zobowiązaniem złożonym wraz z ofertą, Wykonawca oświadczył, że wykona dostawę i montaż gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową central wentylacyjnych z powietrzną pompą ciepła i nagrzewnicą wtórną 3x3000m3.
51. Sam Zamawiający zmienił oświadczenie (i ofertę) Częstobud, rozszerzając zobowiązanie Wykonawcy, tj. uwzględniając, że wykonana zostanie: dostawa i montaż gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową czerpni wolnostojących, central wentylacyjnych z powietrzną pompą ciepła i nagrzewnicą wtórną 3x3000m3.
52. I wreszcie – co najbardziej znamienne – Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia pozycji 432 (dział 4.6) Kosztorysu, gdyż sam nie wiedział, czy Częstobud faktycznie wycenił tam m.in. zabudowę czerpni wolnostojących – a tym samym – czy dokonanie „poprawienia innej omyłki" jest w ogóle dopuszczalne. W tym celu musiał zwrócić się do Wykonawcy z pytaniem, co dostarczyło mu niezbędnych instrukcji w przedmiocie sposobu dokonania poprawienia „innej omyłki".
53. Gdyby Zamawiający był pewny, że element ten zostanie wykonany, nie zwracałby się do Wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienia, a następnie nie poprawiłaby tego zakresu oferty. Zamawiający wiedząc jednak, że na etapie realizacji zamówienia wykreślenie tego elementu przez wykonawcę może powodować spór (wykonawca miałby niewątpliwie prawo powiedzieć – „wkreśliłem to, zatem moja oferta tego elementu nie obejmuje"), postąpił inaczej. (…)
57. Poprawienie „innej" omyłki z art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp jawi się w niniejszej sprawie nie tylko jako niedopuszczalne z uwagi na uprzednio przeprowadzone negocjacje, ale i z powodu niespełnienia ustawowych przesłanek, które jako takie warunkują taką możliwość.

II.2. Złożenie oferty przez Częstbud stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

58. Częstobud wycenił jedną z pozycji kosztorysu - w dziale 4.3 poz. 202 Kosztorysu ofertowego (zadanie nr 1) – wykonanie posadzki sportowej w Sali na kwotę 468.00 zł (cena jednostkowa). W ocenie Odwołującego, wykonanie przedmiotowych prac za podaną przez Wykonawcę kwotę, jest niemożliwe. Co przy tym ważne, Częstobud stosując tzw. „dumping cenowy" w odniesieniu do wskazanej pozycji kosztorysu, zagwarantował sobie złożenie oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, co nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.
(…) 65. Nie da się więc nie dostrzec, że wartości ceny jednostkowej wskazanej przez Częstobud (pozycja 202) jest rażąco zaniżona, a jej wartość nie pokrywa kosztów zakupu materiałów niezbędnych do zrealizowania prac objętych tą

pozycją oraz robocizny (o czym więcej w dalszej części). Tak znacząca, widoczna i wysoka różnica w proporcjach wartości tej pozycji nie może być bowiem uznana jedynie za element kalkulacji. Tym samym, istnieją wyraźne podstawy do tego by przyjąć, że oferta Częstobud złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i powinna była zostać odrzucona. Zamawiający uchybił jednak temu, czym naruszył przepisy ustawy Pzp. (…)

68. Odwołujący podkreśla, że pozycja 202 Kosztorysu ofertowego, obejmuje m.in. wykonanie nawierzchni o wysokim stopniu zaawansowania technologicznego – w tym m.in. zastosowanie drewna o odpowiedniej twardości oraz elastyczności. W STWiORB, ustalono wygórowane wymagania dla wykonania nawierzchni, wchodzącej w skład posadzki sportowej: (…)

69. Należy podkreślić, że wyprodukowanie nawierzchni posadzki sportowej, zgodnie z wymaganiami narzuconymi przez Zamawiającego (wskazanymi powyżej), może zagwarantować tylko i wyłącznie jeden podmiot prowadzący działalność gospodarczą w Polsce. Zadać należy w tym miejscu retoryczne, acz trafne pytanie – skoro Odwołujący uzyskał ofertę od swojego kontrahenta, obejmującą dostawę nawierzchni od jedynego tego typu producenta w Polsce za cenę 293 zł/m2, to w jaki (rzekomo) sposób, Częstobud udało się uzyskać ofertę istotnie niższą, co mogło doprowadzić do tak rażącego obniżenia całej pozycji 202 kosztorysu? Z najlepszej wiedzy Odwołującego wynika, że ani kontrahent Adamietz ani producent nawierzchni, która spełniałaby wymagania Zamawiającego, nie są partnerami biznesowymi Częstobud oraz nie nawiązano żadnej relacji, która prowadziłaby do przykładowo – udzielenie jakiegokolwiek rabatu.

70. W konsekwencji - z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, można stwierdzić, że mamy w niniejszej sprawie do czynienia - albo z tzw. dumpingiem cenowy tj. tak drastycznym obniżeniem ceny za dany element, oferując cenę, za którą niemożliwe jest jego rzetelne wykonanie, co stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji – ewentualnie – do zaoferowania nawierzchni niespełniającej wymagań narzuconych STWiORB (tańszej, mniej innowacyjnej).

71. Na marginesie należy jedynie podkreślić sposób wynagrodzenia, który w niniejszym Postępowaniu przewidział Zamawiający. Zgodnie z dokumentacją Postępowania, jest to tzw. wynagrodzenie kosztorysowe, co oznacza m.in., że wszystkie ceny jednostkowe w tym Postępowaniu mają charakter istotny. (…)

73. Częstobud oferując w pozycji całej pozycji 202 kosztorysu cenę jednostkową na poziomie 468.00 zł de facto zobowiązał się do wykonania specjalistycznych prac związanych z wykonaniem posadzki sportowej za kwotę 522 433.08 zł, co w sposób obiektywny jawi się jako niemożliwe. Gdyby Częstobud zaoferował cenę w pozycji 202 na poziomie rynkowym (zbliżonym do Adamietz), doprowadziłoby to do sklasyfikowania oferty Częstobud na 2 pozycji listy rankingowej ofert. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji przez Wykonawcę ma realny wpływ na przebieg niniejszego Postępowania. (…)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3)odrzucenia oferty Częstobud,

4)uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Pismem z dnia 14.06.2024 r. wykonawca Częstobud sp. z o.o., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 01.07.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 03.07.2024 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację wraz z dowodami.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie dwóch zadań pn.: „Budowa hali sportowej w Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich" oraz „Remont kompleksu sportowego ORLIK 2012 przy Centrum Kształcenia Zawodowego i Ustawicznego w Strzelcach Opolskich". Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 1.

W przedmiarze robót Zamawiający wskazał m.in.:

202 d.3. 4	kalkulacja indywidualna		wykonanie posadzki sportowej w sali 1116,31	m2 m2	 1116,31	
					RAZEM	1116,31
4.6			Wentylacja mechaniczna			
432 d.4. 6	kal. indywidualna		Dostawa i montaż gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową czerpni wolnostojących, central wentylacyjnych z powietrzną pompa ciepła i nagrzewnicą wtórną - 3x3000 m3 1	kpl. kpl.	 1,00	
					RAZEM	1,00

Przystępujący złożył ofertę, w której w kosztorysie ofertowym wskazał:

202 d.3.4	kalkulacja indywidualna	wykonanie posadzki sportowej w sali	m2	1 116,31	468,00	522 433,08
432 d.4.6	kal. indywidualna	Dostawa i montaż gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową central wentylacyjnych z powietrzną pompa ciepła i nagrzewnicą wtórną - 3x3000 m3	kpl.	1,00	801 602,59	801 602,59

Pismem z dnia 23.04.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień co do przyczyn wystąpienia niezgodności opisu w pozycji 432 w zadaniu nr 1 w stosunku do przedmiaru.

W odpowiedzi z dnia 25.04.2024 r. Przystępujący wskazał m.in., że: *„brak frazy „czerpni wolnostojących" w opisie pozycji nr 432 kosztorysu ofertowego dla zadania nr 1 (…) wynika jedynie z przeoczenia, a nie braku złożenia oferty na zakres zgodny z przedmiotem zamówienia. Przeczenie jest oczywiste z punktu widzenia tego co jest przedmiotem robót w zakresie poz. 432 kosztorysu, skoro bowiem Wykonawca ma obowiązek wykonać roboty w zakresie instalacji gruntowego wymiennika ciepła to jednoznaczne jest to z tym, że muszą być również wykonane czerpnie terenowe zasysające powietrze do instalacji. Czerpnie są bowiem integralną częścią całej instalacji, nie jest możliwe wykonanie gruntowego wymiennika ciepła bez czerpni terenowych. (…) Oświadczam, że kwota naszej oferty zawiera koszty związane z dostawą i montażem gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową czerpni wolnostojących, bowiem jest to integralna część wymiennika, zgodnie z przedmiarami robót oraz dokumentacją projektową – branża wentylacja, nr projektu STR-I-21-14, rys. W-5.*"

Pismem z dnia 17.05.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

W dniu 22.05.2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie na wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej powołując się na opis poz. 432 w jego kosztorysie ofertowym.

Pismem z dnia 05.06.2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Postępowanie odwoławcze zostało przez Izbę umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp (postanowienie z dnia 13.06.2024 r. o sygn. akt 1814/24).

Pismem z dnia 05.06.2024 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawiadomił Przystępującego o poprawieniu w jego ofercie innych omyłek, w tym omyłki w poz. 432 w następujący sposób: „Dostawa i montaż gruntowego wymiennika ciepła wraz z zabudową czerpni wolnostojących, central wentylacyjnych z powietrzną pompa ciepła i nagrzewnicą wtórną — 3x3000 m3".

W tym samym dniu Przystępujący wyraził zgodę na dokonanie poprawek.

Pismem z dnia 07.06.2024 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

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

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 dotyczącego poz. 432 w kosztorysie Przystępującego, należy zauważyć, że aby zamawiający mógł zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie wykonawcy:
- musi mieć miejsce omyłka,
- omyłka musi polegać na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia,
- omyłka nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

W niniejszej sprawie w poz. 432 kosztorysu ofertowego Przystępujący pominąłw opisie tej pozycji dwa słowa: „czerpni wolnostojących" (przy czym nie pominął słowa: „z zabudową"). Konieczne jest zatem w pierwszej kolejności ustalenie, czy pominięcie ww. słów mogło stanowić omyłkę. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na dowody dołączone przez Przystępującego do jego pisma procesowego z dnia 03.07.2024 r. w postaci ofert handlowych i dwóch opinii technicznych, z których wynika, że dostawa i montaż gruntowego wymiennika ciepła stanowi kompleksową usługę wraz z zabudową czerpni wolnostojących i innych elementów, gdyż jak wskazano w jednej z tych opinii: „*W każdej instalacji gruntowego wymiennika ciepła muszą być zabudowane czerpnie powietrza, bez których nie ma możliwości działania poprawnego centrali wentylacyjnej, gdyż każda centrala wentylacyjna nawiewno-wywiewną składa się z czerpni, wyrzutni nawiewu oraz wywiewu powietrza stanowiące integralną część instalacji gruntowego wymiennika ciepła*". Skoro zatem zabudowa czerpni wolnostojących jest częścią kompleksowej instalacji opisanej w poz. 432 przedmiaru, to stanowi to potwierdzenie, że brak ww. czerpni w opisie pozycji był jedynie wynikiem omyłki Przystępującego. Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym, że złożone przez Przystępującego dowody nie dotyczą istoty sprawy. Dowody te potwierdzają bowiem, że w ofercie Przystępującego doszło do omyłki.

Dokonując dalszej oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy należy stwierdzić, że ww. omyłka polegająca na pominięciu dwóch słów: „czerpni wolnostojących" niewątpliwie stanowiła niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, w tym wypadku – z przedmiarem. Jednocześnie jednak biorąc pod uwagę, że poz. 432 stanowi jedną z 671 pozycji w kosztorysie i jej poprawienie nie wpływa na wycenę oferty, należy stwierdzić, że omyłka ta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Tym samym ziściły się przesłanki pozwalające uznać, że Zamawiający zasadnie zastosował w niniejszej sprawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła przy tym stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym w niniejszym postępowaniu doszło do negocjacji między Zamawiającym i Przystępującym. Izba nie kwestionuje rangi zdania drugiego w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przewidującego zakaz prowadzenia negocjacji, niemniej jednak nie można w każdych okolicznościach traktować wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień jako negocjacji. W niniejszej sprawie Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, żeby upewnić się co do przyczyn pomięcia w opisie poz. 432 słów: „czerpni wolnostojących" i otrzymał odpowiedź, że stanowi to jedynie przeoczenie, gdyż roboty w zakresie instalacji gruntowego wymiennika ciepła muszą być wykonane z czerpniami terenowymi zasysającymi powietrze do instalacji. Jednocześnie Przystępujący podtrzymał wycenę tej pozycji. Okoliczności sprawy nie wskazują zatem na to, aby doszło do niedozwolonych negocjacji. Natomiast otrzymane wyjaśnienia, w świetle opisu ww. pozycji w przedmiarze, niezmienionej wyceny tej pozycji i skali zamówienia opisanego we wszystkich pozycjach przedmiaru, pomogły Zamawiającemu dojść do słusznego wniosku, że w ofercie Przystępującego doszło do „innej omyłki" podlegającej poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe potwierdza także uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 04.09.2008 r. (Dz.U. Nr 171, poz. 1058), w której po raz pierwszy wprowadzono możliwość poprawiania tzw. „innych omyłek". W uzasadnieniu do znowelizowanego wówczas w tym zakresie art. 87 ust. 2 (którego treść co do zasady pokrywa się z treścią obecnego art. 223 ust. 2 ustawy Pzp) wskazano: „(…) *Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. (…) Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. (…)*".

W świetle zatem treści art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ww. uzasadnienia ustawodawcy dla wprowadzenia możliwości poprawiania „innych omyłek" oraz okoliczności niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że omyłka, której dopuścił się Przystępujący w poz. 432 kosztorysu ofertowego jest typowym przykładem „innej" omyłki podlegającej poprawieniu. Dlatego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie zachodzi też podstawa odrzucenia oferty Przystępującegow oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Przede wszystkim z przepisu tego wynika, że wskazany w nim błąd musi dotyczyć ceny, a nie opisu

oferowanego przedmiotu zamówienia (w tym wypadku – poz. 432 kosztorysu ofertowego). Ponadto jak wskazano w wyroku z dnia 24.01.2022 r. o sygn. akt KIO 34/22: „*W pierwszej kolejności należy w tym miejscu przypomnieć, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Cena ta została jednak w takim przypadku ustalona prawidłowo, tj. nie zawiera omyłek rachunkowych, w związku z czym zamawiający nie może w nią ingerować. Z tych powodów ustawodawca przesądził, że taką ofertę należy odrzucić*". W cytowanym wyroku podkreślono, że cechą błędu w obliczeniu ceny jest niemożność jego poprawienia. Tymczasem, jak wskazano już wyżej, opis pozycji 432 w kosztorysie Przystępującego był jak najbardziej możliwy do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem nie mamy w tej sprawie do czynienia ani z błędem w cenie, ani z błędem (omyłką), którego nie dałoby się poprawić. Dlatego nie doszło do naruszenia również art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 dotyczącego poz. 202 w kosztorysie Przystępującego, przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał zaniżenia ceny w tej pozycji. Po pierwsze, złożone przez Odwołującego dowody w postaci trzech ofert handlowych zawierających ceny materiałów potrzebnych do wykonania posadzki sportowej w sali mogą wskazywać jedynie, że takie ceny zostały zaproponowane Odwołującemu, natomiast nie wykluczają tego, że inni wykonawcy ze względu na właściwą im szczególnie korzystną sytuację, mogą mieć dostęp do innych cen na rynku. Zatem oferty handlowe złożone Odwołującemu nie mogą automatycznie dowodzić zaniżenia ceny w poz. 202 przez Przystępującego.

Po drugie, nawet jeśli dowody przekazane przez Przystępującego w postaci złożonych jemu ofert handlowych dotyczą wyrobów niespełniających wszystkich wymagań ze str. 45 i 46 STWiORB (co Odwołujący wskazywał na rozprawie), w dalszym ciągu nie potwierdza to zaniżenia ceny w poz. 202 i braku możliwości wykonania przez Przystępującego posadzki w sali za podaną cenę 468 zł/m^2. Należy zauważyć, że Przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny poz. 202, a tylko takie wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego mogłyby być podstawą oceny, czy cena w tej pozycji została prawidłowo skalkulowana czy nie. Oczywiście wezwanie takie mogłoby być do Przystępującego skierowane jedynie w przypadku podejrzenia, że całkowita cena jego oferty lub ceny istotnych części składowych ceny całkowitej są rażąco niskie. Jeśli jednak w danym stanie faktycznym nie zachodzi podstawa do zastosowania art. 224 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp i co za tym idzie – do badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, nie oznacza to, że w każdym przypadku ewentualnego zaniżenia ceny w jakiejś pozycji niejako „w zamian" można odrzucić tę ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Po trzecie zatem, należy zauważyć, że aby w ogóle można było odrzucić ofertę z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest wykazanie naruszenia przepisów uznk, do której art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odsyła. Odwołujący powołał się na art. 3 ust. 1 uznk, zgodnie z którym przesłankami czynu nieuczciwej konkurencji są: działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrożenie lub naruszenie przez to działanie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami Odwołujący wskazał zaniżenie ceny w poz. 202 kosztorysu Przystępującego, jednakże jak wskazano już wyżej, nie zostało ono wykazane i bez wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, nie będzie mogło być wykazane. Raz jeszcze bowiem należy podkreślić, że w przypadku gdy istotą problemu jest ewentualne zaniżenie ceny, sposobem na „obejście" wymogów wynikających z przepisów dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym wymogu wezwania wykonawcy do wyjaśnień, nie może być stosowanie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nie można ponadto przyjąć, nawet w hipotetycznym przypadku rzeczywistego zaniżenia ceny w poz. 202 kosztorysu Przystępującego, że doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu Odwołującego. Pomijając już nawet to, że zarzut dotyczy zaledwie jednej spośród 671 pozycji w kosztorysie, przede wszystkim w okolicznościach niniejszej sprawy brak podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący kalkulując wartość tej pozycji na określoną kwotę działał w celu zagrożenia lub naruszenia czyichś interesów. Ponadto nie można każdorazowo utożsamiać zdobycia przez danego wykonawcę pierwszej pozycji w rankingu ofert z jego działaniem polegającym na zagrażaniu lub naruszaniu interesów pozostałych wykonawców, których oferty znalazły się na dalszych pozycjach w tym rankingu, bo wówczas prawie każdy przypadek wyboru jako najkorzystniejszej oferty np. niezgodnej z warunkami zamówienia, z rażąco niską ceną lub z błędem w obliczeniu ceny musiałby być automatycznie kwalifikowany jako stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji. Tymczasem ustawodawca w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp rozdzielił różne przesłanki, w tym te określone w pkt 5, 7, 8 i 10 tego przepisu, co oznacza, że choć w szczególnych stanach faktycznych mogą one zachodzić łącznie, to jednak co do

zasady stanowią odrębne podstawy odrzucenia oferty. Zatem sam fakt zaniżenia ceny w ofercie uznanej za najkorzystniejszą (nawet gdyby w niniejszej sprawie do tego doszło) nie świadczy automatycznie o działaniu zagrażającym lub naruszającym interesy innych wykonawców, których oferty nie zostały wybrane. Sytuacja taka, jeśli dotyczy ceny całkowitej lub jej istotnych części składowych wpływających na tę cenę całkowitą, świadczy bowiem o ziszczeniu się przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Natomiast w celu zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp trzeba dodatkowo wykazać działanie zagrażające lub naruszające interesy innych wykonawców wykraczające poza zwykłe konkurowanie ceną na rynku.

Podobny przypadek odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji bez wykazania, że faktycznie doszło do zaniżenia ceny oferty, Izba rozpatrywała w zachowującym aktualność mimo wejścia w życie nowej ustawy Pzp w 2021 r. wyroku z dnia 06.03.20217 r. o sygn. akt KIO 297/17, w którym stwierdzono: „*Swoją argumentację o złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający oparł na okolicznościach związanych z zaniżoną ceną oferty Odwołującego. Z uwagi na nieuwzględnienie argumentacji Zamawiającego co do możliwości wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, Izba nie znalazła również podstaw do uznania, że złożenie tej oferty wypełniało przesłanki popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Za działanie takie nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana. Zamawiającemu nie udało się w ocenie składu orzekającego Izby wykazać, że Odwołujący podjął się takich działań, które uniemożliwiały lub utrudniały innym wykonawcom dostęp do zamówienia. Nie wykazano także z jakimi dobrymi obyczajami kupieckim były sprzeczne działania podjęte przez Odwołującego. Konkurowanie ceną wpisuje się w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży. „Zoptymalizowanie" kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony Odwołującego*."

Reasumując, wobec braku wykazania zaniżenia ceny w poz. 202 Odwołujący nie wykazał też, aby Przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto okoliczności sprawy nie potwierdzają, aby doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu Odwołującego, w szczególności sam fakt wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie może być automatycznie utożsamiany z takim zagrożeniem lub naruszeniem. Dlatego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

Izba oddaliła zatem odwołanie, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone od Odwołującego na rzecz Zamawiającego składają się: 3600,00 zł - tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i 1360,38 zł (w tym: 622,38 zł - dojazd i 738 zł – nocleg) - tytułem łącznych kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Przewodnicząca ...……..