

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Poznaniu, ul. Wilczak 51

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Kole, ul. Toruńska 200 i M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Wykonawstwo, projekty i nadzory "WPN" M.S. z siedzibą w Chodzieży, ul. Osiedle Widok 27

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 tytułem uiszczonego wpisu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem poniesionych wydatków pełnomocnika odwołującego.
- 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na Zmiana przebiegu drogi wojewódzkiej nr 197 Pawłowo Skockie – Kiszkowo wraz z budową mostu nad rz. Mała Wełna zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12.01.2024 r., numer 2024/BZP 00032570/01.

W dniu 26 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie ciągu pełnomocnictw z 2 kwietnia 2024 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 21 września 2021 udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez:

a. bezpodstawne i nieuzasadnione zastosowanie przez zamawiającego względem oferty konsorcjum instytucji poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, pomimo, że wobec postanowień SWZ IDW oraz treści oferty konsorcjum brak było podstaw do zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy i uzupełnienia na jego podstawie w kosztorysie konsorcjum cen jednostkowych, co jednocześnie doprowadziło do zakazanej przez wskazany przepis ustawy, istotnej zmiany treści oferty konsorcjum,

b. nieprawidłowe ich zastosowanie, czego konsekwencją było niezgodne z SWZ i przepisami ustawy uznanie przez zamawiającego, że uzupełnienie kosztorysu konsorcjum przez wpisanie w poz. 13 i 80 cen jednostkowych „0”, doprowadziło do zgodności oferty konsorcjum z SWZ,

w konsekwencji

2. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum pomimo, że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 239 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty konsorcjum, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak

zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej;
- 2.odrzucenie oferty konsorcjum.

Odwolujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy w złożeniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawdółwa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, sklasyfikowanej przed ofertą odwołującego. W rezultacie oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W wyniku prawidłowego działania zamawiającego i odrzucenia oferty konsorcjum, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy przez zamawiającego, odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

Odwolujący powołał pkt 15 i 17 SWZ IDW oraz par. 6 ust. 1 wzoru umowy.

Podał, że zbiorcze zestawienie kosztów (ZZK) przygotowane przez zamawiającego składało się z 5 branż, tj. branży drogowej, mostowej, telekomunikacyjnej, kanału technologicznego i kanalizacji deszczowej. Do każdej branży przygotowany został i załączony do SWZ IDW kosztorys (tabela elementów rozliczeniowych). W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert, przy czym po otwarciu ofert najkorzystniejsza cenowo okazała się oferta złożona przez konsorcjum, która ostatecznie została wybrana jako najkorzystniejsza przez zamawiającego. Oferta Strabag Sp. z o.o. została sklasyfikowana na miejscu 2, dwie oferty zostały odrzucone.

Zgodnie z kosztorysem załączonym przez konsorcjum do oferty, w kosztorysie nr 424001-002 dotyczącym budowy obiektu mostowego, nie wycenione zostały dwie pozycje, tj. pozycja nr 13 „Zakup, transport i montaż wylotów zarurowań” oraz pozycja 80 „Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa strumieni i rzek o szerokości dna do 7”. W przypadku obu wskazanych pozycji, konsorcjum nie wskazało jakiegółkolwiek ceny jednostkowej.

Odwolujący wskazał, że wszyscy pozostali Wykonawcy biorący udział w postępowaniu wycenili przedmiotowe pozycje. Wycena ta przedstawia się w następujący sposób (pozycja nr 13, poniżej pozycja 80) – w tym miejscu odwołujący wkleił tabelę obrazującą wyceny spornych pozycji przez wszystkich wykonawców.

Pismem z dnia 09.02.2024 roku, zamawiający w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, wezwał konsorcjum do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, tj. potwierdzenia, że w pozycjach 13 i 80 kosztorysu w których jak wskazane zostało powyżej nie została wpisana jakakółkolwiek cena jednostkowa, powinna zostać wpisana wartość „0”.

Pismem z dnia 12.02.2024 roku, konsorcjum wyraziło zgodę na poprawę innej omyłki w sposób wskazany przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego zastosowanie przez zamawiającego w omawianym przypadku względem oferty konsorcjum art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy było nieuzasadnione i nieprawidłowe z dwóch powodów. Po pierwsze, w ocenie odwołującego wobec treści kosztorysów załączonych przez konsorcjum do oferty oraz warunków zamówienia, nie było podstaw do uznania, że nie wycenienie w ogóle dwóch pozycji kosztorysowych może podlegać poprawie, w ramach wskazanej instytucji ustawy. Konsekwencją uzupełnienia kosztorysu konsorcjum w ramach art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, była bowiem zmiana oferty tego wykonawcy w sposób istotny. Ponadto nieprawidłowość działania zamawiającego w omawianym przypadku, polegała również na nieuzasadnionym uznaniu, że wpisanie cen jednostkowych o wartości „0” w nie wycenionych pozycjach kosztorysowych oferty konsorcjum doprowadziło do jej zgodności z warunkami zamówienia.

Nieprawidłowe zastosowanie przez zamawiającego wskazanego przepisu ustawy, doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez nie odrzucenie oferty konsorcjum jako niezgodnej z ustawą.

W ocenie odwołującego kluczowe w niniejszej sprawie – w kontekście możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy - było określenie wynagrodzenia wykonawcy jako kosztorysowego, jak też sposób w jaki Zamawiający postawił wymagania odnośnie obliczenia ceny ofertowej. Zwrócił uwagę na fakt, że nie podlega poprawie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy brak wyceny poszczegółnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Powołał wyrok z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, wyrok z dnia 13.06.2023 r., sygn. akt: KIO 1508/23, wyrok KIO z dnia 16.07.2019 roku, sygn. akt: KIO 1224/19.

Zamawiający w SWZ nie tylko przyjął kosztorysowy sposób rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, ale również w sposób precyzyjny i nie budzący jakiegółkolwiek wątpliwości określił sposób obliczenia ceny oferty przez Wykonawców. W

tym zakresie wskazał, że:

- a. Tabele elementów rozliczeniowych i ZKK stanowią nierozłączną część oferty,
- b. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto, stanowiące iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek, z dokładnością do 0,01 PLN dla wszystkich pozycji,
- c. W cenie jednostkowej netto wykonawca musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określonej w odpowiedniej ST przypisanej danej pozycji,
- d. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych.
- e. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w TER. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do TER.

Odwołujący podkreślił, że celem regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy nie jest poprawianie wszystkich braków czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty. Tymczasem brak wskazania ceny jednostkowej w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego, niezależnie od jej wysokości, nie jest w ocenie odwołującego omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił. Zauważył, że chcąc poprawić błędy zamawiający w realiach niniejszej sprawy zmuszony był wskazać ceny jednostkowe za wykonanie dwóch asortymentów robót, pomimo, że konsorcjum w ogóle owych pozycji nie wyceniło, tj. nie wstawiło w owych pozycjach jakiegokolwiek ceny. Takie działanie zamawiającego jest niedopuszczalne – jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wykonawca. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej jego wyceny tym bardziej, że podana przez zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez zamawiającego.

Zwrócił uwagę na fakt, że poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też przy ocenie tego poziomu istotności nie ma znaczenia wpływ poprawienia omyłki na kolejność ofert wynikającą z uszeregowania ich według kryteriów oceny ofert. Wybór najkorzystniejszej oferty, który jest celem tworzenia takiego rankingu, następuje spośród ofert zweryfikowanych pozytywnie w toku ich badania i oceny, tj. ofert niepodlegających odrzuceniu. Inaczej mówiąc, uszeregowanie przez zamawiającego ofert na podstawie kryteriów oceny ofert jest uwarunkowane wcześniejszym rozstrzygnięciem co do poprawienia omyłki w konkretnej ofercie lub alternatywnie – jej odrzucenia.

Nieprawidłowość działania zamawiającego polegała więc na zastosowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy w sytuacji, w której rodzaj wskazanego w SWZ wynagrodzenia (kosztorysowe) oraz wymagania w zakresie wyceny ofertowej nie pozwalały na zastosowanie przez zamawiającego wskazanego przepisu przez wpisanie w dwóch brakujących pozycjach ceny jednostkowej. Brak takowej wyceny nie stanowił bowiem omyłki. Ponadto tego rodzaju działanie - wobec istotności każdej ceny jednostkowej przy kosztorysowym wynagrodzeniu - doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty konsorcjum, co jest sprzeczne z przywołanym powyżej przepisem ustawy.

Odwołujący podkreślił, że tego rodzaju (nieuprawnione) działanie zamawiającego, polegające na wstawieniu w kosztorysie konsorcjum w dwóch brakujących pozycjach ceny jednostkowej o wartości „0” nie doprowadziło do zgodności treści oferty konsorcjum z SWZ. Tym samym zastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy w omawianej sytuacji było nieskuteczne, gdyż jego skutkiem nie było doprowadzenie treści oferty konsorcjum do zgodności z warunkami zamówienia.

W tym miejscu ponownie odwołujący przytoczył treść pkt 17.1. i 17.3 SWZ IDW.

W ocenie odwołującego, tak wskazane postanowienia SWZ IDW wykluczały wycenę zerową w jakiegokolwiek pozycji kosztorysu. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał, że wykonawca jest zobowiązany wycenić każdą pozycję TER, przez iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek z dokładnością do 0,01 zł, co w ocenie odwołującego jest równoznaczne z wymaganiem określenia wartości dodatnich dla każdej pozycji w zakresie ceny jednostkowej (iloczyn jakiegokolwiek wartości z liczbą 0 nie może bowiem nigdy dać wartości dodatniej).

Ponadto nawet w przypadku uznania, że tego rodzaju „zerowa” wycena (wstawienie w pozycjach kosztorysowych ceny jednostkowej o wartości „0”) była dopuszczana – choć w ocenie odwołującego taki wniosek jest nieuprawniony – to zamawiający wymagał wyceny wszystkich kosztów opisanej w danej pozycji. Jednocześnie zamawiający zakazał przenoszenia kosztów między pozycjami TER.

Skoro wartość pozycji 13 i 80 została wyceniona na 0,00 zł, to oznacza to nic więcej jak to, że koszty wykonania robót zawartych w tych pozycjach, w wyniku ingerencji zamawiającego zostały wycenione od strony formalnej, nie oznacza to jednak, że oferta konsorcjum zawiera w sobie wycenę kosztów wykonania robót opisanych w poz. 13 i 80 kosztorysu – a tego wymagał zamawiający w SWZ, stawiając wymóg wyceny wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Ewentualne dopuszczenie jako prawidłowej wyceny zerowej, nie oznacza jeszcze, że konsorcjum nie było zobowiązane do wyceny w ofercie kosztów wykonania robót opisanych w tychże pozycjach kosztorysu w ogóle, a z taką sytuacją mamy w tym

przypadku do czynienia, pomimo wstawienia przez zamawiającego ceny we wskazanych pozycjach kosztorysu. Nic nie wskazuje na to, aby koszty wykonania wskazanych robót zostały wycenione w innej pozycji, a nawet gdyby to takie działanie byłoby również niezgodne z SWZ IDW.

Tym samym zamawiający wstawiając w poz. 13 i 80 kosztorysu konsorcjum cenę jednostkową o wartości „0”, nie doprowadził do zgodności oferty konsorcjum z SWZ, gdyż ta oferta w dalszym ciągu nie zawiera wyceny kosztów koniecznych do wykonania wszystkich robót objętych zamówieniem.

Odwolujący wskazał treść art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy i art. 7 pkt. 29 ustawy.

Zamawiający nie odrzucając oferty konsorcjum, pomimo nie wycenienia przez tego wykonawcę dwóch pozycji kosztorysowych naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Zamawiający wymagał bowiem wyceny wszystkich pozycji przedmiarowych przez podanie cen jednostkowych. Co więcej zamawiający zakazał wprowadzania jakichkolwiek zmian do Tabeli elementów rozliczeniowych, a ponadto zakazał przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysowymi. Postanowienia w zakresie obliczenia ceny oferty były precyzyjne. Zamawiający w sposób bardzo dokładny określił wymagania stawiane co do owej wyceny, co przełożyło się na fakt, że pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu wycenili wszystkie pozycje kosztorysowe przez wstawienie wartości dodatnich cen jednostkowych.

Tylko oferta konsorcjum nie zawierała wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych. Tym samym zamawiający wybierając ofertę konsorcjum postąpił sprzecznie z własnymi wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, dopuszczając się tym samym również do naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 ustawy. Wobec wskazanych okoliczności nie ulega bowiem wątpliwości, że działanie zamawiającego polegające na zastosowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy było nieuprawnione a co więcej nie prowadziło do zgodności treści oferty konsorcjum z SWZ.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Kole, ul. Toruńska 200 i M.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Wykonawstwo, projekty i nadzory "WPN" M.S. z siedzibą w Chodzieży, ul. Osiedle Widok 27. Wskazali, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego wynika z faktu, że w postępowaniu pn. „Zmiana przebiegu drogi wojewódzkiej nr 197 Pawłowo Skockie – Kiskowo wraz z budową mostu nad rz. Mała Welna”, zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Przystępujący jest bezpośrednio zainteresowany utrzymaniem w mocy czynności zamawiającego, które w ocenie przystępującego były prawidłowe. Jednocześnie ewentualne uwzględnienie odwołania miałyby bezpośredni i negatywny wpływ na sytuację przystępującego, tj. uniemożliwiłoby przystępującemu realizację przedmiotu zamówienia, a tym samym uzyskanie z tego tytułu wynagrodzenia. Ponadto, w ocenie przystępującego podniesione w odwołaniu zarzuty są bezzasadne, tym samym nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia wniosków odwoławczego. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 kwietnia 2024 r. udzielonego przez obu wykonawców, za spółkę przez prezesa zarządu i osobiście przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 12 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1.oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, przez:

1)bezpodstawne i nieuzasadnione zastosowanie przez zamawiającego względem oferty Konsorcjum instytucji poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, pomimo, że wobec postanowień SWZ IDW oraz treści oferty konsorcjum brak było podstaw do zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy i uzupełnienia na jego podstawie w kosztorysie konsorcjum cen jednostkowych, co jednocześnie doprowadziło do zakazanej przez wskazany przepis ustawy, istotnej zmiany treści oferty konsorcjum,

2)nieprawidłowe ich zastosowanie, czego konsekwencją było niezgodne z SWZ i przepisami ustawy uznanie przez zamawiającego, że uzupełnienie kosztorysu konsorcjum przez wpisanie w poz. 13 i 80 cen jednostkowych „0”, doprowadziło do zgodności oferty konsorcjum z SWZ, w konsekwencji. (pkt I. 1 odwołania)

2.oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art.16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum pomimo, że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt I. 2 odwołania),

3.oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 239 ust. 1 ustawy, przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty konsorcjum, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości (pkt I. 3 odwołania).

4.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania:

1)pismo zamawiającego z dnia 08.02.2024 r.

2)odpowiedź Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka Akcyjna ul. Toruńska 20062-600 Koło, WPN M.S. ul. Osiedle Widok 27 62-800 Chodzież z dnia 12.02.2024 r.

- 3)pismo zamawiającego z dnia 09.02.2024 r.
- 4)odpowiedź Konsorcjum z dnia 16.02.2024 r.
- 5)pismo zamawiającego z dnia 23.02.2024 r.
- 6)odpowiedź Konsorcjum z dnia 28.02.2024 r.

W dniu 07.02.2024 r. zamawiający otworzył złożone w postępowaniu oferty i rozpoczął proces ich badania i weryfikacji. Podczas tych czynności zamawiający pismem dnia 08.02.2024 r. zawiadomił wykonawcę konsorcjum - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka Akcyjna ul. Toruńska 20062-600 Koło, WPN M.S. ul. Osiedle Widok 27 62-800 Chodzież (zwane dalej konsorcjum) o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), budowa obiektu mostowego, w poz. 13 „ Zakup, transport i montaż wylotów zarurowań” oraz w poz. 80 „Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa strumieni i rzek o szerokości dna do 7 m”, Wykonawca nie podał kwoty w miejscu „Cena jednostkowa”, a w miejscu „Wartość” wpisał 0,00 zł.

Zamawiający wykonując działanie matematyczne mógł dojść do ceny jednostkowej oferowanej przez wykonawcę. Prawdopodobnie działania zamawiającego potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z 2 czerwca 2022 r. (KIO 1292/22) stwierdziła, że celem przepisu uprawniającego zamawiającego do poprawienia innej omyłki wykonawcy (artykuł 223 ust. 2 punkt 3 ustawy) jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych. Niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego nie powodują konieczności odrzucenia oferty.

W ww. sprawie KIO również odnosiła się do zarzutów stawianych Wykonawcy, który pominął ceny jednostkowe dla jednej z pozycji formularza cenowego, określając jednak wartość tej pozycji. Podobnie jak stało się to w ofercie konsorcjum. Jak podkreśliła Izba, „nie sposób zakładać, że wykonawca pominął je z premedytacją. Taka teza pozbawiona jest logicznych podstaw. Wykonawca ujął pozycję 1.4 w formularzu cenowym, uwzględnił określoną przez zamawiającego krotność i podał wartość tej pozycji, nie wpisując jedynie cen jednostkowych. Nie można zatem zakładać, że jego zamiarem było niezaoferowanie prac określonych w tej pozycji. Przeciwnie, taki sposób wypełnienia formularza wskazuje na omyłkę, zwłaszcza, że trudno uznać, aby wykonawca intencjonalnie złożył ofertę, w której nie oferuje wykonania jednego z wielu rodzajów prac składających się na przedmiot zamówienia.

Poza tym zauważenia wymaga, że formularz cenowy zawierał wszelkie informacje niezbędne do poprawienia omyłki i nie istniały żadne alternatywne sposoby jej poprawienia, które miałyby matematyczne i logiczne podstawy. Skoro wartość pozycji 1.4 została określona na 0,00 zł to ceny jednostkowe nie mogły być inne niż 0,00 zł.

Zamawiający podkreślił, że skala niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie sposobu wypełnienia formularza cenowego była znikoma.

W tej sytuacji brak jest podstaw do twierdzenia, że ewentualna dopuszczalność poprawienia omyłki mogła być oceniana po uzyskaniu od przystępującego wyjaśnień, nie było bowiem uzasadnionych wątpliwości co do treści tej oferty.

Jednocześnie zamawiający prosił konsorcjum o potwierdzenie, że ceny jednostkowe za prace: „ Zakup, transport i montaż wylotów zarurowań” oraz „Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa strumieni i rzek o szerokości dna do 7 m” wynosi 0,00 zł w związku z wartościami, które zostały określone przez wykonawcę na kwotę 0,00 zł.

Pismem z dnia 12.02.2024 r. wykonawca wyraził zgodę na dokonaną przez zamawiającego poprawę.

Dowód:pismo zamawiającego z dnia 08.02.2024 r., odpowiedź Konsorcjum z dnia 12.02.2024 r.

Również wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej potwierdza, że przynajmniej co do zasady dopuszczalne jest złożenie oferty z ceną zero. W wyroku z 10 września 2020 r. w sprawie C-367/19 TSUE odpowiadał na pytanie prejudycjalne słoweńskiego sądu. W swoim rozstrzygnięciu TSUE zwrócił jednak uwagę, że definicja zamówienia publicznego z dyrektyw 2014/24 w sprawie zamówień publicznych tak naprawdę służy jedynie ustaleniu, czy w danym przypadku dyrektywa ta ma zastosowanie. Jak podkreślono w wyroku Trybunału: „wynika z tego, że art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 nie może stanowić podstawy prawnej, na której można by oprzeć odrzucenie oferty, w której proponowana cena wynosi 0 euro. W związku z tym przepis ten nie pozwala na automatyczne odrzucenie oferty złożonej w ramach zamówienia publicznego, takiej jak oferta z ceną równą 0 euro, w drodze której wykonawca, nie żądając świadczenia wzajemnego, proponuje wykonanie na rzecz instytucji zamawiającej robót budowlanych, dostaw lub usług, które instytucja ta zamierza nabyć”

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie ceny zerowej za określony element zamówienia (np. w jednej z pozycji kosztorysu) nie powoduje bowiem, że nie mamy do czynienia z wyceną danej usługi. Potwierdza to m.in. wyrok KIO 1302/14: „Wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty 0 zł jest jej wyceną. 0 jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną.

Symbolowi 0 przypisana jest więc konkretna wartość liczbową. Wskazanie kwoty 0 zł stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiejkolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę 0 zł wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia. Wskazanie, że jest to wartość granicznie niska, tzn. poinformowanie, że dany element jest – mówiąc potocznie – bezwartościowy, jak najbardziej stanowi jego wycenę, a liczba 0 przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje.” Podobnie w wyroku KIO 1902/13.

Jest oczywiste, że cena zero jednostkowa, względnie za określony element, etap czy składową zamówienia może budzić wątpliwości zamawiającego co do jej realnego charakteru. Zamawiający jest w takiej sytuacji uprawniony wezwać wykonawcę do wyjaśnień ceny.

Oferta konsorcjum była badana pod kątem rażąco niskiej ceny, gdyż zaoferowana cena brutto była niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania pomniejszonej o 30%.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 09.02.2024 r., odpowiedź konsorcjum z dnia 16.02.2024 r.

Zamawiający żądał przedstawienia wyjaśnień, szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, uwzględniających ww. aspekty wraz z dowodami potwierdzającymi prawidłowość przyjętych w kalkulacji założeń i kosztów, w szczególności dotyczących:

- a) kosztów wynagrodzeń osób biorących udział w realizacji zamówienia powiększonych o obowiązkowe składki na ubezpieczenie społeczne i podatki, itp., z uwzględnieniem ww. pkt. 2 i 4;
- b) kalkulacji kosztów materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia (min. kosztów materiałów niezbędnych do wykonania podbudowy, nawierzchni, urządzeń bezpieczeństwa ruchu, obrzeży, krawężników, nasadzenia drzew);
- c) kalkulacji kosztów związanych z wykorzystaniem sprzętu służącego do wykonania zamówienia (m.in. przy robotach ziemnych, układaniu warstw konstrukcyjnych nawierzchni, usuwaniu kolizji),
- d) kalkulacji pozostałych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia (koszty transportu i łączności, BHP, ubezpieczenia, itp.),
- e) wysokości spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia.

W ocenie zamawiającego elementy te stanowiły istotny element zamówienia. Wykonawca odpowiadając potwierdził sporządzenie oferty w sposób rzetelny oraz oferowaną przez siebie kwotę netto.

Zamawiający, działając na podstawie z 223 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 128 ust.1 ustawy, zwrócił się o uzupełnienie dokumentów złożonych w 16.02.2024 r. dotyczących rażąco niskiej ceny o informacje czy w złożonej kalkulacji cenowej przewidziano koszty związane z obsługą laboratoryjną oraz koszty wprowadzania i utrzymania tymczasowej organizacji ruchu. Wykonawca pismem z dnia 28.02.2024 r. potwierdził skalkulowanie kosztów.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 23.02.2024 r., odpowiedź Konsorcjum z dnia 28.02.2024 r.

Zamawiający nie zakazał wyrażnie w treści specyfikacji warunków zamówienia wycenienia jednej lub większej ilości pozycji na 0 zł i nie zaznaczył, że oferta zawierająca wycenę 0 zł w niektórych pozycjach będzie polegała na odrzuceniu. W orzeczeniu z 21 sierpnia 2013 r., KIO 1902/13 stwierdziła, że Sąd Okręgowy w Kielcach (wyrok z dnia 19 grudnia 2008 r., VII Ga 147/08): „Podanie w jednej pozycji kosztorysu wartości 0 zł nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający określając postanowienia SIWZ, nie zawęził możliwości określenia cen jednostkowych wyłącznie do wartości dodatnich i nie zastrzegł w SIWZ skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu podania wartości 0 zł. Izba wskazuje, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego”.

Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 lutego 2019 r., KIO 259/19.

Tym samym przenosząc powyższe na realia analizowanej sprawy, należy zauważyć, że w treści SWZ zamawiający nie zakazał wyceny pozycji na kwotę 0 zł czy też nie zawarł informacji, że dokonując wyceny należy stosować wyłącznie ceny dodatnie, nie ustanowił także sankcji, w postaci odrzucenia oferty w przypadku, gdy wycena danej pozycji będzie 0 zł.

Powołał wyrok z 14.02.2022 r. sygn. akt KIO 238/22.

W związku z powyższym Zamawiający nie mógł bezrefleksyjnie odrzucić oferty jako niezgodnej SWZ.

Izba konsekwentnie, od wielu lat stoi na stanowisku, że wycenienie danej pozycji na 0 zł nie oznacza pominięcia tej pozycji przy wycenie oferty czy braku realizacji tego elementu przez wykonawcę, a 0 zł stanowi cenę za dany element zamówienia.

Tak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 21.08.2013 r. (sygn. akt 1902/13), za Sąd Okręgowy w Kielcach (wyrok z 19.12.2008 r., sygn. akt VII Ga 147/08), w wyroku z 25.02.2019 r. sygn. akt KIO 259/19, w wyroku z 03.11.2020 r. (sygn. akt KIO 2489/20).

Zauważyć trzeba tutaj, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej akceptuje się zaoferowanie ceny zerowej za

marginalny element czy składową przedmiotu zamówienia, w sytuacji, w której cena całkowita oferty określona została w sposób realny i rynkowy. Przykładowo, w wyroku KIO 706/17 Izba wskazała, że: „Podstawą skutecznego odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) jest wyłącznie sytuacja, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś gdy cena części składowej oferty jest niska.”

Dodatkowo zamawiający powołał wyrok z dnia 9 sierpnia 2022 r., KIO 1905/22, KIO/UZP 1324/09.

Ponadto cena za przedmiot zamówienia to cena całościowa, która zawiera w sobie m. in. ceny poszczególnych elementów składających się przedmiot zamówienia. Przepisy Prawa zamówień publicznych, nie zabraniają, aby składowe elementy ceny całkowitej zostały wycenione na zero złotych. Powyższe nie powoduje również, że oferta staje się niezgodna z SWZ. Również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na taką możliwość. Zamawiający wskazał Wyrok KIO z 19.04.2011 r., KIO 739/11, Wyrok KIO z 1.12.2011 r., KIO 2492/11, Wyrok KIO z 8.12.2011 r., KIO 2542/11, Wyrok KIO z 21.08.2013 r., KIO 1902/13

W odwołaniu podkreślono mocno zapisy SWZ, które według odwołującego wykluczały wycenę zerową w jakiejkolwiek pozycji kosztorysu, gdyż zamawiający wyraźnie wskazał na nakaz wycenienia każdej pozycji TER. Zamawiający ponownie podkreślił, że zamawiający nie zakazał wyraźnie w treści specyfikacji warunków zamówienia wycenienia jednej lub większej ilości pozycji na 0 zł i nie zaznaczył, że oferta zawierająca wycenę 0 zł w niektórych pozycjach będzie polegała na odrzuceniu. Dodatkowo odwołujący wskazał, że przy założeniu dopuszczalności uznania zerowej wyceny nie zostały wycenione wszystkie pozycje TER. Nie sposób zgodzić się z tym twierdzeniem odwołującego i przywołując już wcześniej wykazanego liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które podkreśla w swoich wyrokach, że wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty 0 zł jest jej wyceną. W ocenie zamawiającego, że wszystkie pozycje TER zostały wycenione w tych pozycjach, które ich dotyczyły. Reasumując Zamawiający nie mógł bezrefleksyjnie odrzucić oferty Konsorcjum, tylko z uwagi na fakt, że dwie pozycje w kosztorysie (na który składały się branża drogowa, mostowa, telekomunikacyjna, kanał technologiczny i kanalizacja deszczowa) zostały wycenione na 0 zł.

Nie dokonanie poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowiłoby naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i skutkowałoby naruszeniem art. 16 pkt 1 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, zmodyfikowanych TER, ofert wykonawców, wezwania zamawiającego skierowanego do przystępującego, udzielonych wyjaśnień, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W treść SWZ Tom I i II zamawiający zawarł następujące postanowienia:

15 OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT

15.4. Wraz z ofertą powinny być złożone:

1) tabele elementów rozliczeniowych i ZZK, stanowiąca nierozłączną część formularza oferty.

15.5. Ofertę wraz z TER i ZZK oraz oświadczenia, o których mowa w pkt. 15.4 ppkt. 2) i 4) składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej, tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

17 OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY

17.1. W Tabeli elementów rozliczeniowych, dalej (TER) Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto, stanowiące iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek, z dokładnością do 0,01 PLN dla wszystkich pozycji w nim wymienionych. W cenie jednostkowej netto Wykonawca musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określonej w odpowiedniej ST przypisanej danej pozycji oraz w ST Wymagania Ogólne oraz musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych.

17.2. Wykonawca zsumuje wszystkie wartości netto poszczególnych pozycji TER i przeniesie kwotę netto do zbiorczego zestawienia kosztów gdzie doda kwotę rezerwową na roboty nieprzewidziane w wysokości określonej w tej tabeli oraz podatek VAT. Tak wyliczoną cenę oferty Wykonawca wpisze do druku oferty. Wszystkie wartości wyrażone w PLN należy podać z dokładnością do 0,01 PLN.

17.3. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w TER. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do TER. Wszystkie błędy ujawnione na rysunkach, w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych (SST) oraz w TER Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem określonym w pkt 12.9.

17.4. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ.

17.5. Cena oferty winna być wyrażona w złotych polskich (PLN).

17.6. Ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

17.7. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca składając ofertę, informuje Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usług, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku., wskazania stawki podatku od towarów lub usług, która zgodnie z wiedzą będzie miała zastosowanie.

19.3. W toku dokonywania badania i oceny ofert zamawiający może żądać 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 pkt.

19.5. dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

19.4. Zamawiający zastrzega sobie prawo wezwania Wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących kalkulacji cen wybranych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

19.5. Zamawiający poprawi 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.

Tom II SWZ IPU

§ 2

1. Na mocy art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z Umową realizacji robót budowlanych, polecać dokonywanie takich zmian ich jakości i ilości, jakie będą niezbędne dla wykonania Przedmiotu Umowy, a Wykonawca powinien wykonać każde z poniższych poleceń:

1) zwiększyć lub zmniejszyć ilość robót objętych kosztorysem ofertowym,

2) pominąć część robót,

3) wykonać roboty nie objęte kosztorysem ofertowym a ujęte w dokumentacji projektowej lub takie, które są niezbędne do wykonania Umowy w zakresie określonym w projekcie budowlanym,

4) wykonać rozwiązania zamienne w stosunku do przedstawionych w ST lub opisach Przedmiotu Umowy,

5) zmienić kolejność wykonania robót w stosunku do określonej w harmonogramie rzeczowo – finansowym.

2. Wprowadzone przez Zamawiającego zmiany nie unieważniają w jakiegokolwiek mierze Umowy, ale skutki tych zmian stanowią podstawę do zmiany - na wniosek Wykonawcy - wynagrodzenia zgodnie z postanowieniami § 9 Umowy.

3. Ograniczenie wartości zamówienia nie przekroczy 15 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 6 Umowy.

4. Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian jakości i ilości robót bez pisemnego polecenia Zamawiającego.

5. Wykonanie innych robót niż wymienione w kosztorysie ofertowym (zwanym dalej TER) lub zmiana ilości robót w stosunku do TER wymaga sporządzenia przez Wykonawcę protokołu konieczności zawierającego opis robót, uzasadnienie ich wykonania lub zaniechania, wyliczenie wartości robót w oparciu o zapisy § 9 Umowy.

6. Wykonawca może przystąpić do wykonania robót o których mowa w ust. 5 wyłącznie po zatwierdzeniu protokołu konieczności przez Dyrektora lub Zastępcę Dyrektora Zamawiającego. W przypadku gdy Wykonawca wykona wyżej wymienione roboty bez zgody Zamawiającego, nie otrzyma za nie wynagrodzenia.

§ 6

1. Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy określonego w § 1 Umowy Strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy na dzień podpisania Umowy na kwotę brutto _____ zł (słownie _____).

W powyższej kwocie uwzględnione zostały:

Kwota netto w wysokości _____ zł.

Podatek VAT w wysokości _____ zł.

2. Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 jest wynagrodzeniem kosztorysowym i zostało wyliczone w oparciu o TER, metodą kalkulacji uproszczonej. Wynagrodzenie to może być powiększone lub pomniejszone o wartości wynikające z protokołów konieczności, o których mowa w § 2 ust. 5 Umowy.

3. Rozliczenie ewentualnych robót dodatkowych nieprzewidzianych, zrealizowanych na podstawie zatwierdzonych protokołów konieczności robót, może nastąpić w ostatnim roku realizacji zamówienia.

§ 9

1. Jeżeli roboty wynikające z wprowadzonych postanowieniami § 1 ust. 3 i 4, § 2 ust. 1 oraz § 24 ust.2 Umowy zmian, odpowiadają opisowi pozycji w TER, cena jednostkowa określona w TER używana jest do wyliczenia wysokości wynagrodzenia.

KOSZTORYS nr: 424-001-002

Zmiana przebiegu drogi wojewódzkiej nr 197 Pawłowo Skockie Kiszkowo wraz z budową mostu nad rzeką Mała Wełna aktualizacja 12.2023

Budowa obiektu mostowego

Lp 13 D-03.01.03 Zakup, transport i montaż wylotów zarurowań 4,00 szt

80 M-20.02.06 Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa strumieni i rzek o szerokości dna do 7 m 0,06 km

W żadnym miejscu TER, ani w wersji pdf, ani excell, jak również w treści tych dokumentów po modyfikacji zamawiający nie wpisał przy żadnej pozycji wartości 0.00. Bezsporne jest, że przystępujący w TER KOSZTORYS nr: 424-001-002 w poz. 13 i 80 nie wpisał ceny jednostkowej, natomiast podał wartość 0.00.

Z tomu III dokumentacji technicznej i SST Tom II branża mostowa 00 Opis techniczny tom 2 wynika, że w pkt. 8.8. zamawiający opisał znaki pomiarowe – wysokościowe (repery), które należy osadzić na każdej ze ścian czołowych obiektu – po 4 szt.. Znaki wysokościowe należy wykonać ze stali nierdzewnej. Ponadto poza korpusem drogi, poniżej poziomu przemarzania należy umieścić znak stały wysokościowy dowiązany do niwelacji państwowej umożliwiające pomiary dla obiektu. Znak wysokościowy należy wykonać z materiału trwałego. Czynności te powinien wykonać uprawniony geodeta. Roboty należy wykonać zgodnie z par. 298.1-6 Rozporządzenie a MTiGM z dnia 30.05.2000 r. Dz. U. nr 63 z dnia 3.08.2000 r. – przy czym pozycja ta odnosi się do poz. 78 i 79 TER, natomiast poz. 80 TER dotyczy umocnienia brzegów i dna cieku – co odpowiada poz. 8.10 projektu budowlanego, w którym nie opisano żadnych czynności pomiarowych.

Kwestię tę reguluje SST M-20.02.06. UMOCNIE NIE BRZEGÓW I DNA CIEKU

1.3. Zakres robót objętych ST

Ustalenia zawarte w niniejszej specyfikacji dotyczą prowadzenia robót związanych z umocnieniem koryta rzeki i obejmują:

Usunięcie humusu o grubości około 20 cm ze skarp istniejących cieków z transportem gruntu na składowisko Wykonawcy

roboty ziemne – oczyszczenie (odmulenie z warstw namułu grubości około 20 cm) koryta i regulacja cieku z transportem gruntu na składowisko Wykonawcy

plantowanie (obrobieniem na czysto) powierzchni skarp,

ulożenie podbudowy betonowej grubości 10 cm pod kostkę kamienną - z betonu klasy C16/20]

umocnienie skarp z kostki kamiennej układanej na podbudowie betonowej,

wykonanie narzutu kamiennego na dnie rzeki o grubości 20 cm na geowłókninie,

wykonanie palisady - wbijanie kołków drewnianych o średnicy 10÷14 cm i długości do 2,0 m w grunt

ustawienie obrzeży betonowych 8×30 cm na podsypce cementowo-piaskowej

wykonywanie ławy betonowej z oporem (C12/15)

wykonanie palisady z kołków drewnianych o średnicy 10÷14 cm i długości 2,0 m.

oraz:

wykonanie robót pomiarowych dla potrzeb regulacji cieku

9. Podstawa płatności

Ogólne warunki płatności podano w ST D-M.00.00.00.

Cena wykonania robót – umocnienia koryta rzeki - obejmuje:

- wykonanie prac pomiarowych i przygotowawczych,
- transport sprzętu niezbędnego do wykonania robót,
- zakup i transport materiałów niezbędnych do wykonania robót,
- wykonanie niezbędnych prac pomiarowych i badań

Natomiast z Projektu budowlanego Tom II branża mostowa z pkt. 8.13 Zarzucenia rowów pkt. 8.13.1. Konstrukcja obiektów wynika, że

Końce zarurowań z HDPE od strony wlotów zaprojektowano jako ścięte z pochyleniem dostosowanym do pochylenia skarp. Poprzez ścięcie końców rur PEHD na ich obwodzie powstają pustki, które bezwzględnie należy przyspawać w celu uniknięcia wnikania w nie wody. Zaleca się, aby odcinki rur wraz z odpowiednimi ścięciami i zabezpieczeniami końców wykonać w zakładzie wytwórczym i jako gotowe do montażu elementy dostarczyć na plac budowy, gdzie w razie konieczności należy scalić poprzez spawanie ekstruzyjne. Końce zarurować od strony wylotów należy wykonać w formie typowych prefabrykowanych elementów.

SST D-03.01.03. PRZEPUSTY Z RUR HDPE [TWORZYW SZTUCZNYCH

2.3. Prefabrykat wylotu

Należy zastosować typowe prefabrykaty wylotów z betonu klasy minimum C25/30.

Oferty wykonawców:

Strabag – 14 660 125, 48zł:

Poz. 13 cena jedn. 1638 wartość 6552

Poz. 80 cena jedn. 49 999,40 wartość 2999,96

N Contruction 18 406 974,05

Poz. 13 cena jedn. 3000 wartość 12 000

Poz. 80 cena jedn. 2 000 000 wartość 120 000

Most 16 997 645,68

Poz. 13 cena jedn. 1682 wartość 6728,80

Poz. 80 cena jedn. 138 010 wartość 8280,60

Eurovia 15 052 168,91

Poz. 13 cena jedn. 575,30 wartość 2301,20

Poz. 80 cena jedn. 12 784,49 wartość 767,07

NDI 14 845 971, 39

Poz. 13 cena jedn. 3452,71 wartość 13 810,84

Poz. 80 cena jedn. 639 390,23 wartość 38 363,41

Mosty Infrastruktura 17 577 471,06

Poz. 13 cena jedn. 3840,50 wartość 15362

Poz. 80 cena jedn. 12 653,52 wartość 759,21

W dniu 9 lutego 2024 r. zamawiający zawiadomił o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), budowa obiektu mostowego, w poz. 13 „ Zakup, transport i montaż wylotów zarurowań” oraz w poz. 80 „Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa strumieni i rzek o szerokości dna do 7 m”, wykonawca nie podał kwoty w miejscu „Cena jednostkowa”, a w miejscu „Wartość” wpisał 0,00 zł.

Prosił o potwierdzenie, że ceny jednostkowe za prace: „ Zakup, transport i montaż wylotów zarurowań” oraz „Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa strumieni i rzek o szerokości dna do 7 m” wynosi 0,00 zł w związku z wartościami, które zostały określone przez wykonawcę na kwotę 0,00 zł.

Jednocześnie przypomniał, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy, zdanie drugie, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy, zamawiający wyznaczył termin do 13.02.2024 r. na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

W dniu 12 lutego 2024 r. wykonawca odpowiedział, że potwierdza, iż ceny jednostkowe za prace zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych budowa obiektu mostowego poz. 13 „Zakup, transport i montaż wylotów zarurowań” oraz poz. 80 „Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych — trasa strumieni i rzek o szerokości dna do 7m” mają wartość 0,00 zł .

Poinformował, że wyraża zgodę na poprawienie przez zamawiającego zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy innej omyłki niepowodującej istotnych w treści oferty.

Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że przystępujący wykazywał kosztu wynikającego z wyceny poz. 13 i 80, oferta powykonawcza firmy WANT Budownictwo Mostowe i Inżynieryjne przewidywała te pozycje do wykonania przez Generalnego wykonawcę, czyli uczestnika. Przystępujący założył zysk na poziomie powyżej 1 mln zł.

Izba zważyła, co następuje

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez:

- a.bezpodstawne i nieuzasadnione zastosowanie przez zamawiającego względem oferty konsorcjum instytucji poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, pomimo, że wobec postanowień SWZ IDW oraz treści oferty konsorcjum brak było podstaw do zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy i uzupełnienia na jego podstawie w kosztorysie konsorcjum cen jednostkowych, co jednocześnie doprowadziło do zakazanej przez wskazany przepis ustawy, istotnej zmiany treści oferty konsorcjum,
- b.nieprawidłowe ich zastosowanie, czego konsekwencją było niezgodne z SWZ i przepisami ustawy uznanie przez zamawiającego, że uzupełnienie kosztorysu konsorcjum przez wpisanie w poz. 13 i 80 cen jednostkowych „0”, doprowadziło do zgodności oferty konsorcjum z SWZ,

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający rzeczywiście ustanowił w tym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe, jednak ceny podawane w TER miały służyć głównie do rozliczenia robót dodatkowych lub ustalania wartości robót, których wykonanie pominięto, co miało następować pomiędzy stronami w drodze protokołów konieczności. Rozliczenie robót wynikających z protokołów konieczności miało następować w ostatnim roku budowy. W pozostałym zakresie wykonawcy należało się wynagrodzenie w wysokości ceny całkowitej brutto oferty. W ocenie Izby zatem brak wycenienia poz. 13 i 80 powodował co najwyżej, że w przypadku zwiększenia robót objętych tymi pozycjami przystępujący nie uzyskałby dodatkowego wynagrodzenia, bowiem podał w tym miejscu wartość 0,00zł. Izba ustaliła, że wpisanie tej wartości było wynikiem działania wyłącznie przystępującego. Izba zgadza się z odwołującym, że wpisanie tej wartości było świadomym działaniem wykonawcy, natomiast omyłka polegała na tym, że uczestnik mimo wyceny wartości pozycji zero złotych nie wpisał ceny jednostkowej dla tych pozycji. Czyli z TER uczestnika wynikał opis pozycji zgodny z wymaganiami zamawiającego, ilość oraz wartość pozycji, natomiast nie wynikała cena jednostkowa. Zamawiający w żaden sposób nie wpłynął na taką wycenę, bowiem w materiałach pomocniczych przekazanych przez zamawiającego nie ma podanych jakichkolwiek wartości tak w cenach jednostkowych jak i w wartości. Natomiast podana przez odwołującego za pkt. 17. 1 SWZ wartość 0,01, to określona przez zamawiającego dokładność podawania cen, a nie jak wydaje się to rozumieć odwołujący nakaz dokonania wyceny ceny jednostkowej przez podanie liczby dodatniej, z definicji większej od zera. Co więcej wycena tych pozycji nie była jednolita wśród wykonawców i poza ofertą przystępującego wahała się od około 3 000zł. – oferta Eurovii, przez ok. 9500 u odwołującego, ok. 15 tys. – oferta Most, ok. 16 tys. oferta Mosty Infrastruktura, ok 52 tys. – oferta NDI i 132 tys. oferta N Construction. Przy czym ceny ofert estymowały od nie całych 14 mln zł – oferta przystępującego do 18 406 tys. zł – oferta N Construction, zatem wycena tych pozycji stanowiła niewielki promil wartości całego zamówienia. Co więcej poziom cen tych pozycji nie przekładał się na pozycje rankingową w sposób jednoznaczny, bo o ile przystępujący, który podał wartość najniższą 0zł. był najtańszy, a N Construction, który podał wartość najwyższą była najdroższy, o tyle pozycja ceny całkowitej pozostałych wykonawców nie była odzwierciedleniem wyceny poz. 13 i 80, bo Eurovia druga po przystępującym pod względem wyceny spornych pozycji, ceną całkowitą zajmowała 4 pozycję rankingową, cena całkowita z kolei drugiej najdrożej wyceniającej poz. 13 i 80 oferty tj. NDI, plasowała tę firmę na trzeciej pozycji rankingowej. Niewątpliwie jak wynika z przytoczonych przez Izbę postanowień wynikających z projektu budowlanego branży mostowej jak i odpowiednich SST poz. 13 polegała na zamówieniu 4 prefabrykowanych wylotów z betonu określonej jakości, zaś prace pomiarowe poza wskazaniem obowiązku ich wykonania, nie zostały w sposób szczegółowy opisane. Natomiast odwołujący nie wykazał w jaki sposób te opisy przekładają się na konieczne i niemożliwe do uniknięcia koszty, które jak podnosił powinny być skalkulowane w poz. 13 i 80. Izba zwraca uwagę, że z mocy art. 537 ustawy na odwołującym spoczywał obowiązek dowodowy. Tym samym skoro twierdził, że poz. 13 i 80 generują koszty, to powinien był wykazać ten koszty i wykazać, że uniknięcie tych kosztów nie było możliwe. Nie wystarczające jest wskazanie, że pozostali wykonawcy, poza uczestnikiem, takie koszty w swoich TERach przedstawili. Sam fakt, że koszty te zostały w jakiś sposób wycenione nie przesądza o tym, że w każdych warunkach i każdy wykonawca musi je ponieść. Zwłaszcza, że jak wynika z zestawienia tych cen u wykonawców występują bardzo duże różnice w wycenie tych pozycji. Izba w tej sprawie doszła do przekonania, że zamawiający postąpił prawidłowo dokonując poprawy omyłki, a to z następujących względów:

- zamawiający oczekiwał wyceny każdej pozycji przez uwzględnienie kosztów danej pozycji, przy czym w przypadku poz. 80 SST nie pozwalała na ustalenie jednolitego sposobu wyceny tej pozycji przez wszystkich wykonawców, nie wskazywała pracochłonności, czy ilości osób pozostawiając w tym zakresie ocenę wykonawcom, natomiast poz. 13 wprawdzie została określona przez SST jako wyloty z elementów prefabrykowanych wykonane z betonu, ale nie zostało wykazane, że nie są one wykonywane wraz z przygotowaniem rur karbowanych HDPE przez dostawcę rur w ramach jednego zamówienia i jednego kosztu,
- zamawiający nie określił, że cena jednostkowa, czy wartość każdej pozycji ma być wyrażona liczbą dodatnią,
- zamawiający wskazał wyłącznie z jaką dokładnością mają wykonawcy prezentować ceny jednostkowe i odpowiadające im wartości oraz cenę całkowitą oferty – dokładność ta miała jak słusznie zauważył uczestnik być dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,
- przystępujący wycenił cenę całkowitą poz. 13 i 80 na zero złotych,
- zero złotych zostało podane przez przystępującego,
- odwołujący nie wykazał, że podanie tej wartości było błędem w obliczeniu ceny, nie wykazał też jakie koszty powinny być w tych pozycjach uwzględnione i w jakiej wysokości,
- jak widać z porównania ofert wycena tych pozycji u innych wykonawców nie była jednolita przeciwnie wahała się od trzech do 132 tys. złotych,
- skoro przystępujący wycenił te pozycje i nadał im wartość zero złotych, to zamawiający dokładnie wiedział jaka jest wycena przystępującego, nie musiał w tym zakresie ustalać treści oferty z przystępującym, ani prowadzić z nim negocjacji

- dla wypełnienia cen jednostkowych wystarczyło dokonać ustalenia, jaka cena jednostkowa pomnożona przez odpowiednio 4 i 0,6 da wartość zero. Odpowiedź w tym przedmiocie jest jednoznaczna jest to cena 0 zł. Tym samym poprawa była możliwa i nie wymagała czynienia żadnych ustaleń z wykonawcą poza wyrażeniem przez niego zgody na dokonaną poprawę.

Nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, że przystępujący nie wycenił poz. 13 i 80, przeciwnie wycenił je, ma świadomość konieczności ich wykonania i godzi się wykonać te świadczenia bez wynagrodzenia. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Izby zawarte w wyrokach powołanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i przyjmuje je za własne. Natomiast odnosząc się do powoływanego przez odwołującego komentarza pod. red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, to powołują oni orzeczenia Izby, które odnoszą się nie tyle do ceny jednostkowej, ale ceny pojedynczej pozycji, a więc braku wyceny danej pozycji tak w cenie jednostkowej jak i w wartości, co nie ma miejsca w tej sprawie. W sprawie KIO/UZP 1073/09 wykonawca w ogóle pominął w kosztorysie całe dwie pozycje, jedną nie wycenił, zaś KIO/UZP 1444/08 dotyczyło wyceny innego niż wynikający z przedmiaru materiału lub uwzględnienia w wycenie materiału, mimo że w danej pozycji zamawiający oczekiwał wyłącznie wyceny montażu. Tym samym oba orzeczenia powołane na str. 715 Komentarza UZP nie dotyczą sytuacji faktycznej mającej miejsce w tej sprawie.

Z tych względów zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum pomimo, że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby odwołujący niezgodności treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia upatruje w tym, że w SWZ istniał nakaz wyceny każdej pozycji z uwzględnieniem kosztów jej wykonania i zakaz przenoszenia kosztów między pozycjami, a wynagrodzenia zostało określone jako kosztorysowe. Izba zgadza się, że zamawiający wprowadził takie postanowienia do SWZ, jednak w ocenie Izby, to nie oznacza, że każda pozycja kosztorysowa musiała wyrażać się liczbą dodatnią. Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, jakie faktycznie koszty składają się na sporne pozycje i jakie elementy cenotwórcze należałoby w danej pozycji uwzględnić. Nie przedstawił też argumentacji wskazującej, że niemożliwe było zaoferowanie wlotów zarurować demontowanych uprzednio, ale konieczne było zaoferowanie wlotów zarurować, sprzedawanych osobno czy zleczanych do wykoannia innemu podmiotowi niż dostawca rur HDPE, a nie wliczonych w cenę zarurowań, a ich transport wymagał osobnego kursu pojazdu na teren budowy, również czynność pomiarowania nie została przez odwołującego wyceniona pod względem minimalnych niezbędnych kosztów większych od zera. Nie wyliczono czasochłonności, wymaganego sprzętu, czy braku możliwości wykonania tych czynności przy wykonywaniu robót ziemnych, którym pomiarowanie miało towarzyszyć. Nie zostało zatem dowiedzione, że koszty wykonania tych pozycji przyjmują wartość każdorazowo, niezależnie od wykonawcy większą od zera. Zamawiający słusznie podnosił, że nie zakazał wyceny zero złotych dla poszczególnych pozycji. Z tego też względu Izba oceniła zarzut jako zasługujący na oddalenie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 239 ust. 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty konsorcjum, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest zarzutem wynikowym. Byłby skuteczny jedynie w przypadku potwierdzenia się któregośkolwiek z zarzutów poprzedzających, co nie miało miejsca. Z tego względu zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu oraz koszty wydatków pełnomocnika odwołującego obciążając tymi kosztami odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....