Sygn. akt: KIO 1562/23

WYROK

z dnia 14 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 maja 2023 r.** przez wykonawcę **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. 11 Listopada 36; 41-705 Ruda Śląska**w postępowaniu prowadzonym przez: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad; Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**
przy udziale wykonawcy **Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. 11 Listopada 36; 41-705 Ruda Śląska** i:

2.1zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Instalacji Sanitarnychi Robót Inżynieryjnych SANEL sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. 11 Listopada 36; 41-705 Ruda Śląska** tytułem wpisu od odwołania.

2.2zasądza od wykonawcy **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. 11 Listopada 36; 41-705 Ruda Śląska** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowychi Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad; Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1562/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Poprawa bezpieczeństwa pieszych w wybranych miejscach na DK45, DK11, DK46, DK78, DK44 w woj. śląskim" - zadanie 4 „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego w woj. śląskim na DK78 na odcinku Turza Śląska – Gorzyce w ramach PBDK – PLMN"*zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 08.12.2022 r. pod nr 2022/BZP 00485562/01 przez: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowychi Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowychi Autostrad; Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowicedalej: *„Zamawiającym"*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: *„NPzp*" albo *„pzp"* albo *„ustawy Pzp"*.

W dniu 26.05.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem: https://gddkia.eb2b.com.pl) Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty – Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin zwana dalej: *„Primost Południe Sp. z o.o."* albo *„Primost"* albo *„Przystępującym"*. Drugą pozycje w rankingu złożonych zajęło: Zakład Instalacji Sanitarnychi Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. 11 Listopada 36; 41-705 Ruda Śląska zwany dalej: *„Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o."* albo *„Odwołującym"*.

Dnia 31.05.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 26.05.2023 r. złożyło Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 16 pzp poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na:
a.zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Primost,
b.wadliwe, sprzeczne z ustawą poprawienie oferty Primost,
c.wadliwy wybór oferty Primost j ako oferty najkorzystniejszej,
2.Art. 223 ust. 2 pkt 2) i 3) pzp poprzez niedopuszczalne, sprzeczne z ustawą poprawienie omyłek istniejących w ofercie Primost.
3.Art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Primost pomimo, iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na wadliwy sposób obliczenia ceny i niezgodność z przedmiotem zamówienia.
4.Art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) - dalej: *uznk* - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Primost pomimo, iż oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na wprowadzające w błąd informacje dotyczące ceny oferty.
5.Art. 226 ust. 1 pkt 10) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Primost pomimo, iż oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.
6.Art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia - dalej: *„SWZ"* - która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty Primost pomimo tego, iż oferta ta powinna być odrzucona.
7.Art. 289 ust. 1 pzp poprzez zaproszenie do negocjacji Primost, pomimo, iż oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu. Odwołujący wnosił o:
1.Uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania oraz oceny ofert, dokonanie odrzucenia oferty Primost, uznania że Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą.
2.Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego zgodniez rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, a w szczególności (por. § 5):
a.kwotą wpisu,
b.kosztami dojazdu Odwołującego na rozprawę,
c.wynagrodzeniem pełnomocnika.
3.Przeprowadzenie dowodu z protokołu postępowania wraz z załącznikami na potwierdzenie faktów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zamawiający w toku postępowania modyfikował SWZ - co zostało odnotowanew protokole. Jedna z modyfikacji została dokonana w dniu 01.02.2023r. - tego dnia Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane przez Wykonawców pytania oraz dokonał modyfikacji SWZ. Do 28.02.2023 r. zostało złożonych osiem ofert i w tym dniu Zamawiający przeprowadził czynności otwarcia tych ofert. Zamawiający poinformował, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył (kwota brutto) 7 285 563,- zł. Ofertę złożyli m.in.:

•Primost - z ceną 8 626 495,54 zł (brutto) i

•Odwołujący - z ceną 7 878 779,12 zł (brutto).

Z protokołu postępowania wynika, iż Zamawiający poprawił cenę oferty Primost na kwotę8 013 301,50 zł - (strona 6 pkt 7 w tabeli). Odwołujący zwrócił się do GDDKiA z prośbą o dokumenty dot. tej poprawki, jednak GDDKiA z powołaniem się na art. 74 ust. 2 pzp odmówił ujawnienia tych dokumentów. 15.03.2023r. Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców do negocjacji (por. art. 275 pzp). Negocjacje w trybie korespondencyjnym toczyły się do dnia 22.03.2023r. 11.04.2023r. pięciu Wykonawców - w tym Primost - zostało wezwanych do złożenia ofert dodatkowych. Oferta dodatkowa Primost została wyceniona na kwotę 7 700 000,00 - Zamawiający dokonała poprawki omyłki, którą stwierdził w tej ofercie i w konsekwencji przyjął, iż cena oferty Primost to: 7 700 000,01 zł (odwołanie nie dotyczy tej poprawki). Oferta dodatkowa Odwołującego opiewała na kwotę 7 747 147,23 zł. 26 maja 2023r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert. Obaj wykonawcy uzyskali taką samą ilość punktów w kryterium *termin zakończenia robót* (po 40 pkt) a rozstrzygające znaczenie miała cena oferty:
a.Primost otrzymał 100 pkt
b.Odwołujący otrzymał 99,63 pkt.

Odwołujący już 26.05.2023 r. poprosił GDDKiA o przekazanie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Zamawiający przekazał te dokumenty dopiero 29.05.2023r. analiza dokumentów ujawnionych w dniu 29.05.2023r. wykazała, że Primost nie mógł być zaproszony do negocjacji i tym samym nie mógł złożyć oferty dodatkowej, gdyż jego oferta otwarta 28.02.2023 r. winna być odrzucona.

Ujawnione w dniu 29.05.2023r. pismo GDDKiA datowane na 10.03.2023r.i skierowane do Primostu zawiera następujące oświadczenie:

Zamawiający (...) działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (...), zawiadamia o poprawieniu w Państwa ofercie - kosztorysach ofertowych:
a)oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (dot. pozycji 47, 81 Kosztorysu ofertowego Gorzyce ipoz. 5, 30, 46, 47, 50, 51, 52, 78 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska),
b)innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (poz. 5, 30, 51, 52, 55 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska).

Zamawiający nie wskazał z czego wywodzi oczywistość omyłek i dlaczego uważa, że usunięcie niezgodności oferty z dokumentami zamówienia nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty. Należy podkreślić, iż błędy w ofercie Primost są konsekwencją nieuwzględnienia zmian wprowadzonych do SWZ w dniu 01.02.2023r.

Postanowienia SWZ co do ceny i wynagrodzenia

*Zgodnie z pkt 16.5. SWZ:*Ofertę stanowi wypełniony Formularz 2.1. „ Oferta" oraz niżej wymienione dokumenty: 1) Formularz 2.2. Kosztorysy ofertowe; 2) Formularz 2.3. Kryteria pozacenowe.

Zgodnie z pkt 16.11. SWZ: Wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty (załączników).

Zamawiający zdefiniował *Opis sposobu obliczanie ceny oferty* w następujący sposób:

17.1.***Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe (***Formularze 2.2. plik oznaczony pn.: Kosztorys Ofertowy Gorzyce oraz Kosztorys ofertowy Turza Śląska).***Podstawą obliczenia ceny są: Dokumentacja Projektowa, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Przedmiar Robót — zamieszczone w Tomach III-V niniejszej SWZ.***

17.2.Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt. 17.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji w nim wyszczególnionych. ***Wykonawca określi w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe netto dla wszystkich wskazanych pozycji.*** W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.

17.3.Wyliczone w kosztorysie ofertowym wartości netto Wykonawca powinien wpisać odpowiednio do pozycji wskazanych w kosztorysie ofertowym, oraz wyliczyć razem cenę netto, podatek VAT oraz cenę brutto.

Cenę oferty brutto stanowi suma kwoty brutto „Razem" wyliczona w Kosztorysie ofertowym Gorzyce i kwoty brutto „Razem" wyliczona w Kosztorysie ofertowym Turza Śląska. Wyliczoną łącznie w ten sposób cenę oferty brutto należy wpisać do Formularza 2.1. „Oferta". Wykonawca powinien ***wyliczyć cenę oferty brutto, tj. wraz z należnym podatkiem VAT*** w wysokości przewidzianej ustawowo (tj.: 23%).

17.4.Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach III-V niniejszej SWZ. ***Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Przedmiarze robót/Kosztorysie ofertowym Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Kosztorysie ofertowym.***

17.5.(...)

17.6.Cena oferty (w tym ***ceny jednostkowe netto wskazane w kosztorysie ofertowym***) powinna(y) być wyrażone w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Tom II SWZ zwiera Projektowane postanowienia umowy, które w §5 definiują wynagrodzenie w następujący sposób:
1. Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy Strony ustalają***zgodnie z ofertą Wykonawcy*** (...). 2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wynagrodzeniem kosztorysowym i zostało ***wyliczone w oparciu o Kosztorys ofertowy***, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej. (.).

Wynagrodzenie kosztorysowe jest zatem wyliczane zgodnie z ofertą. Zgodnie z pkt 17 SWZ cena oferty ma być wyliczona (por. pkt 17.1 SWZ) na podstawie dokumentów wskazanych w SWZ:***Podstawą obliczenia ceny są: Dokumentacja Projektowa, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Przedmiar Robót — zamieszczone w Tomach III-V niniejszej SWZ.*** Tym samym, jeżeli wyliczenie nie jest zgodne z ww. dokumentami, to oferta powinna być odrzucona, a wykonawca Primost nie mógł być zaproszony do negocjacji.

Poprawienie oferty.

Ustawodawca nakazał poprawienie oferty w zakresie oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych oraz omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 223 ust. 2 pzp). Najogólniej, *oczywista omyłka* - to taka omyłka, która jest jednoznaczna dla każdego a wynik poprawy tej omyłki jest taki sam, niezależnie od tego kto takiej poprawy dokona. Jednocześnie ***omyłka*** musi być niezamierzona, przypadkowa - a zatem ocena dopuszczalności poprawki musi uwzględniać element woli i związany z tym element staranności. ***Omyłka*** nie może być uznana za oczywistą, jeżeli - tak jak w przypadku Primostu - powstała w związku z pominięciem wymagania wprost wskazanego w SWZ. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - dalej: „KIO" - jest utrwalone w tym zakresie.

*a. Przykładowo, w wyroku z 06.05.2013 r., KIO 920/13 wskazano:*Oczywista omyłka pisarska jest widoczna prima facie, rzuca się w oczy każdemu, stanowi w szczególności **przypadkową niedokładność**. Oczywistość takiej omyłki wyraża się również w tym, że jej usunięcie jest możliwe **bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów**, gdyż istnieje jeden możliwy sposób jej poprawienia.

*b. Aktualny pozostaje też wyrok z 09.05.2014 r., KIO 841/14 gdzie podkreślono, iż*Możliwość poprawy drobnych błędów

nie ma bowiem charakteru nieograniczonego. Omyłka musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania. (...). **Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jaka jest rzeczywista treść złożonej oferty**."

Przedstawione wyżej rozumienie oczywistej omyłki skutkuje także tym, że poprawa musi nastąpić na podstawie danych istniejących w ofercie - tak, by wykluczyć niedopuszczalne negocjacje oferty, co wynika z art. 223 ust. 1 zd. 2 pzp. Poza sporem pozostaje fakt, iż poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oferty. Wprawdzie literalnie rzecz biorąc poprawienie omyłki zawsze będzie skutkowało zmianą treści oferty, ale zmiana ta jest merytorycznie obojętna na co wskazuje m.in. wyrok KIO z 30.09. 2014 r. (KIO 1891/14).

*KIO w wyroku z 25.11.2022r. (KIO 2939/22) stwierdza:*Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia. *Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, będących podstawą dokonywanej kalkulacji w świetle dokumentów zamówienia. Skoro zatem Primost nie dostosował swojej oferty do zmiany dokonanej przez Zamawiającego - to niedopuszczalnym jest zastosowanie art. 223 ust. 2 zamiast 226 ust. 1 pkt 10) albo 226 ust 1pkt 5) pzp.*

*KIO w wyroku z 09.09.2022 sygn. akt KIO 2200/22 stwierdza:*Dla przyjęcia dopuszczalności zmiany oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych konieczne jest spełnienie następujących przesłanek: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, dodatkowo sposób skorygowania omyłki wynikać musi z dokumentów zamówienia i oferty w taki sposób by umożliwić zamawiającemu korektę. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Poprawienie omyłek następuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy i mogą one dotyczyć każdego elementu lub elementów oferty, nie tylko ceny. Poprawienie oferty Primostu w sposób opisany w piśmie z 01.02.2023r. jest niezgodne ww. warunkami.

Wnioski Odwołującego są zgodne z orzecznictwem sądu zamówień publicznych, który w wyroku z 13.04.2022r. sygn. akt XXIII Zs 136/21 stwierdził:

1.Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty.

2.Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne (poza pisarskimi i rachunkowymi) omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Już sama treść tego przepisu wskazuje, że to zamawiający prostuje w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Oznacza to, że podstawą takiego sprostowania mogą być jedynie informacje, czy dane zawarte w ofercie lub dokumentach stanowiących do niej załączniki. W wysoce sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprawienie oferty (dopuszczalne) jest czymś zupełnie innym niż jej uzupełnienie (które dopuszczalne nie jest).

3.Z poprawieniem oferty mielibyśmy do czynienia w sytuacji kiedy wykonawca w ofercie zamieściłby adres swojej instalacji, ale adres ten byłby błędny, a z informacji zawartych w samej ofercie lub dołączonych dokumentów wynikałoby, że prawidłowy adres jest inny. W takim przypadku poprawienie oferty w zakresie adresu uznać należałoby za dopuszczalne i prawidłowe. Co więcej można by bronić poglądu, choć nie jest to już takie oczywiste, że poprawienie oferty w zakresie adresu instalacji wykonawcy byłoby dopuszczalne gdyby wykonawca wskazał w ofercie, że chodzi o adres jego instalacji.

Jak wskazano w ww. orzeczeniu (wyrok SO z 13.04.2022r. sygn. akt XXIII Zs 136/21)***poprawienie oferty (dopuszczalne) jest czymś zupełnie innym niż jej uzupełnienie (które dopuszczalne nie jest).*** W konsekwencji nie można uznać za dopuszczalne wprowadzenie do oferty takich danych, które nie zostały wskazane w innym miejscu tej oferty ***podstawą takiego sprostowania mogą być jedynie informacje, czy dane zawarte w ofercie lub dokumentach stanowiących do niej załączniki.*** Zamawiający wprowadził nowe dane do oferty Primostu, i tym samym dokonała nie tylko zmiany ale też uzupełnienia tej oferty. Brak podstaw faktycznych dla uznania, że zmian była dokonana jedynie na podstawie informacji lub danych zawartych *w ofercie lub dokumentach stanowiących do niej załączniki.* Przeciwnie oferta takich danych nie zawiera.

GDDKiA w dniu 01.02.2023r. przedstawiła odpowiedzi na pytania wykonawcówi wprowadziła (wynikające z tych odpowiedzi) modyfikacje SWZ oraz z powołaniem się na art. 286 ust. 1 i 5 pzp zmieniła SWZ.

a. Zmiana treści SWZ może nastąpić jedynie w*uzasadnionych przypadkach* (tak: art. 286 ust. 1 pzp), jednocześnie zmiana terminu złożenia ofert może nastąpić jedynie w przypadku wskazanym w art. 286 ust. 3 lub 4 pzp. Skoro Zamawiający zmienił termin złożenia ofert, to znaczy, że zmiana treści SWZ zachodziła jedna z przesłanek:

•jest istotna dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert,

•jest istotna dla sporządzenia ofert podlegających negocjacjom lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści opisu potrzeb i wymagań i przygotowanie tych ofert.

b. Skoro Zamawiający przedłużył czas na przygotowanie ofert, to były to zmiany spełniające przesłanki z art. 286 ust. 3 i/lub 4 pzp i tym samym były to zmiany istotne a na pewno wymagające dodatkowego czasu na przygotowanie ofert. W tych okolicznościach niedopuszczalne jest przyjęcie *a priori* że zachodzi przesłanka wskazana w art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zmiany SWZ dokonane w dniu 01.02.2023r. nie zostały uwzględnione w całości przez Primost. Modyfikacja obejmowała m.in. zmianę dokumentacji projektowej, dodano uzgodnienia, udzielono wyjaśnień dla sporządzenia prawidłowej wyceny (odpowiedzi nr 4-71 na zadane pytania) - zmodyfikowany został formularz oferty. Primost nie uwzględnił modyfikacji, a zatem Jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia obowiązującymi po 01.02.2023r.

Zamawiający w piśmie z 10.03.2023 r. (pismo informujące o poprawie omyłek) wskazał, że dokonuje poprawy:

a)oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (dot. pozycji 47, 81 Kosztorysu ofertowego Gorzyce i poz. 5, 30, 46, 47, 50, 51, 52, 78 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska),

b)innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (poz. 5, 30, 51, 52, 55 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska)

Zamawiający dokonał zatem dwóch operacji, czyli poprawił *inne omyłki* i poprawił *oczywiste omyłki rachunkowe.* Uszło zapewne uwadze Zamawiającego, iż co najmniej w pozycji przedmiaru dla Turzy Śląskiej nr 5, 30, 51, 52 nie ma w ofercie danych pozwalających na dokonanie poprawki. Poprawka była możliwa jedynie wówczas, gdy założono, że Primost zaakceptował modyfikacje z 01.02.2023 r. albo GDDKiA przeprowadziłaby negocjacjez Primostem. Konieczność dokonania takiego założenia lub negocjacji uniemożliwia dokonanie zmiany oferty Primostu w sposób zgodny z art. 223 pzp

Czyn nieuczciwej konkurencji.

Art. 3 uznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 14 uznk stanowi, że:

Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:

2)wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;

3)stosowanych cenach;

Nie można wykluczyć świadomego działania Primostu i świadomego zaoferowania wykonania robót niezgodnych z wymaganiami. Poza sporem jest to, że Zamawiający wymagał cen rzeczywistych realnych. Jeżeli zatem kalkulacja nie jest realna z tego powodu, że wykonawca pomija treść SWZ dotyczącą m.in. przedmiotu zamówienia, to oferta powinna być odrzucona zarówno na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp jak na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp.

Podawanie nierzetelnych informacji w celu uzyskania zamówienia publicznego jest niedopuszczalne (jako sprzeczne z SWZ) i skutkuje odrzuceniem oferty, a w pewnych sytuacjach stanowi przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego (por. art. 297§1 kodeksu karnego). *Oświadczeniem nierzetelnym jest oświadczenie zawierające informacje nieprawdziwe lub niepełne, oraz takie, które ze względu na sposób wyrażenia zawartej w nich treści mogą sugerować adresatowi istnienie stanu rzeczy niezgodnego z prawdą* (zob. wyr. SN z 05.01.2006 r., sygn. III KK 198/05). Tym samym, jeżeli oświadczenie takie jest złożone jako część oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne to oferta ta musi być jednocześnie uznana za złożoną w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 01.06.2023 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem: https://gddkia.eb2b.com.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Primost Południe Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Primost Południe Sp. z o.o.

W dniu 12.06.2023 r. (e-mailem) Zamawiający odnośnie odwołania wniósł odpowiedź na odwołanie w ramach

którego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zarzut naruszenia: art. 223 ust. 2 pkt 2), pkt 3) art. 226 ust. 1 pkt 5) i pkt 10), art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 i art. 289 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający dokonał sześć razy zmiany treści SWZ. Działając na podstawie art. 286 ust. 1i ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), pismem z 01.02.2023 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ nr 3, w ramach której wprowadzono zamienny, ujednolicony Kosztorys Ofertowy Gorzyce oraz Kosztorys Ofertowy Turza Śląska (zmienione ww. kosztorysy stanowiły integralny załącznik do pisma z 01.02.2023 r.). Zmiany wprowadzone w Kosztorysie Ofertowy Turza Śląska dotyczyły m.in. pozycji nr 5, 30, 5152, 55, tj.:

Istniejący zapis:

5	D.01.02.01	Wycinka drzew o średnicy do 25 cm	szt.	7,00		
30	D-07.06.02	Wygrodzenie U11a	m	325,50		
51	M.15.01.01	Izolacje wykonywane na zimno - izolacja lekka powierzchni betonowych mających kontakt z gruntem - izolacja preparatami bitumicznymi 2 x na zimno	m^2	3219,00		
52	M.20.01.07	Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych - malowanie zestawem farb paroprzepuszczalnych	m^2	7007,00		
55	M.19.01.05	Balustrada stalowa ocynkowana	m	337,50		

Zastąpiono następującym zapisem:

5	D.01.02.01	Wycinka drzew o średnicy do 25 cm	szt.	9,00		
30	D-07.06.02	Wygrodzenie U11a	m	120,00		
51	M.15.01.01	Izolacje wykonywane na zimno - izolacja lekka powierzchni betonowych mających kontakt z gruntem - izolacja preparatami bitumicznymi 2 x na zimno	m^2	1347,00		
52	M.20.01.07	Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych - malowanie zestawem farb paroprzepuszczalnych	m^2	764,00		
55	M.19.01.04	Balustrada stalowa ocynkowana	m	337,50		

Termin składania ofert upłynął w dniu 28.02.2023 r. o godz. 11:00. W postępowaniu zostało złożonych 8 ofert. Jedną ze złożonych w postępowaniu ofert była oferta Wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o., który w złożonej ofercie wskazał cenę brutto: 8 626 495,54 zł. Po sprawdzeniu ofert, Zamawiający pismem z 10.02.2023 r. działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, dokonał m.in. w ofercie Wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o. poprawy:

a)oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (dot. pozycji 47, 81 Kosztorysu ofertowego Gorzyce i poz. 5, 30, 46, 47, 50, 51, 52, 78 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska),

b)innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (poz. 5, 30, 51, 52, 55 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska).

Do pisma z 10.02.2023 r. Zamawiający załączył kosztorysy przedstawiające zakres dokonanych poprawek tj.:

-kosztorys ofertowy Gorzyce uwzględniający poprawione omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz

-kosztorys ofertowy Turza Śląska uwzględniający poprawione omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści przedmiotowych załączników, w Kosztorysie ofertowym Turza Śląska wprowadzono m.in. poprawę omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp zgodnie z którą:

Przed dokonaniem poprawy omyłek było:

Lp	Nr ST	Opis robót	Jm	Ilość	cena jedn.	wartość
5	D.01.02.01	Wycinka drzew o średnicy do 25 cm	szt.	7,00	500	3500,00
30	D-07.06.02	Wygrodzenie U11a	m	325,50	350	113925,00
51	M.15.01.01	Izolacje wykonywane na zimno - izolacja lekka powierzchni betonowych mających kontakt z gruntem - izolacja preparatami bitumicznymi 2 x na zimno	m^2	3219,00	45	144855,00
52	M.20.01.07	Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych - malowanie zestawem farb paroprzepuszczalnych	m^2	7007,00	55	385385,00
55	M.19.01.05	Balustrada stalowa ocynkowana	m	337,50	450	151875,00

Po uwzględnieniu dokonanych poprawek:

Lp	Nr ST	Opis robót	Jm	Ilość	cena jedn.	wartość

5	D.01.02.01	Wycinka drzew o średnicy do 25 cm	szt.	9,00	500	4500,00
30	D-07.06.02	Wygrodzenie U11a	m	120,00	350	42000,00
51	M.15.01.01	Izolacje wykonywane na zimno - izolacja lekka powierzchni betonowych mających kontakt z gruntem - izolacja preparatami bitumicznymi 2 x na zimno	m^2	1347,00	45	60615,00
52	M.20.01.07	Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych - malowanie zestawem farb paroprzepuszczalnych	m^2	764,00	55	42020,00
55	M.19.01.04	Balustrada stalowa ocynkowana	m	337,50	450	151875,00

Zdaniem Zamawiającego część omyłek ww. ofercie Wykonawcy miała charakter oczywistej omyłki rachunkowej czyli niezamierzonego działania ze strony Wykonawcy, co nasuwało się automatycznie w oparciu o analizę samej treści oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez Wykonawcę i stanowiło oczywistą omyłkę rachunkową. Jednocześnie część spośród stwierdzonych w ofercie omyłek miała w ocenie Zamawiającego charakter innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Zamawiającego zauważone w tym zakresie niezgodności miały charakter omyłki, a nie celowego działania Wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. W związku z powyższym, zmianie ulegała również cena oferty złożonej przez Wykonawcę Primost Południe Sp. z o.o. za wykonanie przedmiotu zamówienia wpisana w pkt. 3 Formularza Oferty z kwoty brutto: 8 626 495,54 zł na kwotę brutto: 8 013 301,50 zł. Nadmienił, że w związku z poprawieniem w ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający w piśmie z 10.02.2023 r., wyznaczył Wykonawcy termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie ww. omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia przez Zamawiającego w terminie do dnia 14.03.2023 r., wskazując jednocześnie, że brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Z uwagi na fakt, iż Wykonawca Primost Południe sp. z o.o. nie zakwestionował poprawienia przedmiotowych omyłek, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia złożonej przez Wykonawcę Primost Południe Sp. z o.o. oferty.

Zaznaczył, że postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym zgodnie z art. 275 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt. 4.2. SWZ TOM I (IDW), Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty przewidział możliwość negocjacji w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp). W niniejszym postępowaniu Zamawiający zdecydował się na prowadzenie negocjacji ww. trybie i zaproszenie wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. Zamawiający wskazał w zaproszeniu, że wykonawcy mogą złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez Zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji, tj. w niniejszym przypadku w zakresie ceny.

Termin na złożenie ofert dodatkowych upłynął w dniu 18.04.2023 r. o godz. 11:00. Po złożeniu ofert dodatkowych, cena oferty Wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o. wynosiła:7 700 000,00 zł. Pismem z 05.05.2023 r., działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający dokonał w ofercie Wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o. poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (dot. KOSZTORYSU OFERTOWEGO - Gorzyce, w tym KOSZTORYSU OFERTOWEGO RAZEM netto, KOSZTORYSU OFERTOWEGO RAZEM brutto). W związku powyższym, po złożeniu ofert dodatkowych, cena oferty brutto oferty Primost Południe Sp. z o.o. uległa zmianie z kwoty brutto: 7 700 000,00 zł na kwotę 7 700 000,01 zł.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, w ocenie Zamawiającego czynność poprawy oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w ofercie Wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o. nie stanowiła nieuprawnionej zmiany treści oferty. Dokonanie poprawy innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust.2 pkt. 3) ustawy Pzp, jest możliwie, gdy:
-zauważona niezgodność ma charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści;
-poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Nie ulega wątpliwości, że możliwość dokonania poprawy w rozumieniu art. 223 ust. 2 ustawy Pzp musi być każdorazowo indywidualnie rozstrzygana w oparciu o stan faktyczny danej sprawy. O tym, czy po poprawieniu omyłki nastąpi istotna zmiana treści oferty należy oceniać, biorąc pod uwagę zakres zmian, przedmiot zamówienia i całość oferty. *„Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. O istotności innej omyłki nie decyduje również to, czy zmiana wpływa na cenę. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielkim w stosunku do całego przedmiotu oferowanego zakresie".* (tak m.in. wyrok SO w Krakowie z 23.04.2009 r. XII Ga 102/09). Jak wskazała KIO w wyrokuz 17.06.2022 r. sygn. akt: KIO 1423/22:*„Chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień*

publicznych jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SWZ, których poprawienie nie ma zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Sam fakt zaistnienia w ofercie niezgodności z dokumentami zamówienia nie jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy wyraźnie zezwala bowiem na poprawienie tego rodzaju błędów, pod warunkiem że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty."

W niniejszej sprawie niezgodność oferty Wykonawcy Primost Południe Sp. z o.o.z dokumentami zamówienia polega na omyłkowym wpisaniu przez Wykonawcę ilości jednostek obmiarowych w poszczególnych pozycjach kosztorysowych (tj. poz. 5, 30, 51, 52 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska) z uwagi na użycie przez ww. błędnego wzoru formularza tj. formularza kosztorysu sprzed dokonania zmiany treści SWZ nr 3. Niezgodność ta została stwierdzona przez Zamawiającego bez konieczności uzyskiwania jakichkolwiek wyjaśnień od Wykonawcy. Zamawiający mógł dokonać w niniejszym przypadku poprawy złożonej w postępowaniu oferty samodzielnie wiedząc, jakiej ilości jednostek obmiarowych wymagał (zgodnie z wprowadzoną zmianą treści SWZ nr 3) oraz jaka jest cena jednostkowa zaoferowana przez Wykonawcę i w konsekwencji dokonać przemnożenia przedmiotowych danych. Podkreślił, że gdyby taki sposób dokonania poprawy był niezgodny z intencją Wykonawcy, to mógłby on odmówić zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawienia ww. omyłki, godząc się jednocześnie z odrzuceniem swojej oferty - tak m.in. wyrok KIO z 30.05.2011 r., KIO 1066/11).

Zdaniem Zamawiającego przedmiotowa zmiana nie stanowi wytworzenia nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez Primost Południe Sp. z o.o. w stopniu nakazującym uznanie, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia. Bezspornym jest, że Wykonawca popełnił błąd w oznaczeniu ilości jednostek obmiarowych pozycji kosztorysu, kopiując treść formularza sprzed dokonania przez Zamawiającego zmiany treści SWZ. Powyższą niezgodność należy uznać jednak za niezamierzoną przez Wykonawcę, ponieważ zmiany w tym zakresie zostały wprowadzone w toku postępowania przez Zamawiającego. Z treści Formularza oferta wynika jednoznacznie, że zamierzeniem Wykonawcy było złożenie oferty w pełni zgodnej z rzeczywistymi wymaganiami zamawiającego, co zostało potwierdzone przez Wykonawcę w treści złożonego Formularza Oferty. Niezależnie podkreślił, że stwierdzona omyłka ma charakter nieistotny, biorąc pod uwagę znikomą wartość ww. elementów oferty w stosunku do łącznej ceny oferty (tj. ok. 4 % w stosunku do łącznej ceny oferty po dokonaniu poprawek). Z kolei w odniesieniu do każdej z poszczególnych pozycji różnice te przedstawiają się następująco:

5	D.01.02.01	Wycinka drzew o średnicy do 25 cm	ok. 0.09%
30	D-07.06.02	Wygrodzenie U11a	ok. 0,8% (po złożeniu oferty dodatkowej ok. 0,9 %)
51	M.15.01.01	Izolacje wykonywane na zimno - izolacja lekka powierzchni betonowych mających kontakt z gruntem - izolacja preparatami bitumicznymi 2 x na zimno	ok.1,2 % (po złożeniu oferty dodatkowej ok. 1 %)
52	M.20.01.07	Zabezpieczenie antykorozyjne powierzchni betonowych - malowanie zestawem farb paroprzepuszczalnych	ok. 0,8%(po złożeniu oferty dodatkowej ok. 0,6 %)

Brak istotności uchybień w niniejszym przypadku podkreśla również to, że Wykonawca Primost Południe Sp. z o.o. składając ofertę oświadczył, zgodnie z pkt 1 i pkt 2 Formularz Oferta, że składa ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ, że zapoznał się z SWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.

Zgodnie z treścią złożonej oferty (pkt 11) Wykonawca zaakceptował także treść Projektowanych postanowień umowy (SWZ TOM II). Należy podkreślić, że z § 5 Projektowanych postanowień umowy wynika, że: *„(…)*

1.Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy Strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy na kwotę netto ……. PLN, (słownie złotych: …….) plus ……. % podatek VAT …….. PLN, (słownie złotych:……), co łącznie stanowi kwotę brutto ……. PLN

(słownie złotych:……..)

2.Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest ***wynagrodzeniem kosztorysowym***

i zostało wyliczone w oparciu o Kosztorys ofertowy, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca w terminie 21 dni od zawarcia Umowy przedłoży Zamawiającemu szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy.

3.Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 6 i § 8 Umowy.

*4.****Maksymalna wysokość zobowiązania Zamawiającego z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy nie może przekroczyć 112% wartości kosztorysu ofertowego Wykonawcy****.*

5.Maksymalna wartość zobowiązania, o której mowa powyżej nie dotyczy wartości zobowiązania Zamawiającego

wynikającej ze zmian Umowy, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1), 3) i 4) oraz ust. 2 ustawy PZP.

*6.**Ceny jednostkowe podane w Kosztorysie ofertowym nie ulegną zmianie przez cały okres obowiązywania Umowy**.*

*7.Zamawiający zastrzega, że **ilości robót - jednostek przedmiarowych przedstawione w kosztorysie ofertowym mają charakter szacunkowy i mogą ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu), z zastrzeżeniem ust. 4, w przypadku gdy będzie to niezbędne dla prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy**. (...)".*

Jak wynika z powyższego ilości jednostek obmiarowych wskazane w kosztorysie służą m.in. celom rozliczeniowym i w konsekwencji nie rodzą skutków w kontekście merytorycznej oceny zgodności oferty z SWZ. Mając na względzie powyższe, brak jest w ocenie Zamawiającego podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Primost Południe Sp. z o.o. Zaznaczył również, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy wpisanie m.in. odmiennych ilości jednostek w poszczególnych pozycjach kosztorysowych (poz. 5, 30, 51, 52 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska) z uwagi na użycie przez Wykonawcę Primost Południe Sp. z o.o. błędnego wzoru formularza tj. formularza kosztorysu sprzed dokonania zmiany treści SWZ nr 3, nie stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Z tych samych względów, zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca ten popełnił błąd w obliczeniu ceny. W konsekwencji, brak jest także podstaw do uznania, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w szczególności art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że to czy poprawiona oferta stanie się lub przestanie być ofertą najkorzystniejszą nie stanowi przeszkody w zastosowaniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z komentarzem do prawa zamówień publicznych [Prawo zamówień publicznych. Komentarz, H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa, Urząd Zamówień Publicznych, 2021 (str. 701 i 702)]: *„(...) Punktem wyjścia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest jej odniesienie do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp (...) Przeszkodą w dokonaniu korekty oferty nie jest również liczba błędów, które zaistniały w ofercie - pod warunkiem, że cały zbiór tych omyłek wciąż spełnia warunek braku istotności zmiany. 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. Należy pamiętać, że 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. 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. Należy pamiętać, że wybór najkorzystniejszej oferty, który jest celem tworzenia takiego rankingu, następuje spośród ofert zweryfikowanych pozytywnie w toku ich badania i oceny, tj. ofert niepodlegających odrzuceniu".*

Na podstawie dokumentów postępowania można z łatwością ustalić, gdzie popełniona została omyłka. W ocenie Zamawiającego Primost Południe Sp. z o.o., składając ofertę,w oczywisty sposób pomylił ilości jednostek w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego, w stosunku do ostatecznej wersji kosztorysu wprowadzonego przez Zamawiającego zmianą treści SWZ nr 3 z 01.02.2023 r. Jak wskazuje się w orzecznictwie*„Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Poprawienie omyłek następuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy i mogą one dotyczyć każdego elementu lub elementów oferty, nie tylko ceny".* (tak m.in. wyrok KIO z 28.02.2023, sygn. akt: KIO 423/23). Analiza stanu faktycznego sprawy wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma podstaw do uznania, że zmiana ilości w zakwestionowanych pozycjach ma wpływ na zmianę ceny jednostkowej pozycji. Podkreślić należy również, że Zamawiający nie dokonał zmiany cen jednostkowych w tym zakresie. Fakt, poprawienia omyłek ww. zakresie nie wpływa również na zakres świadczenia oferowanego przez Wykonawcę, zakres rzeczowy robót dla wskazanych pozycji nie uległ bowiem zmianie.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Pzp. Samo stanowisko Odwołującego wskazujące, że możemy mieć do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji uznać należy za niewystarczające. Niezbędnym warunkiem do prawidłowego sformułowania zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji jest wykazanie faktycznego zaistnienia przedmiotowego naruszenia. Zgodnie z wyrokiem SN z 22.10.2002 r. (sygn. akt: II CKN 271/01): *„Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy".* Odwołujący poza literalnym przywołaniem definicji czynu nieuczciwej konkurencji nie przedstawił w treści Odwołania żadnej argumentacji, która potwierdzałaby zasadność ww. zarzutu, Zamawiający nie znajduje podstaw do uznania za zasadne twierdzenia Odwołującego, iż prowadzi niniejsze Postępowanie w sposób sprzeczny z zasadami przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 13.06.2023 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe w którym wnosił o oddalenie odwołania podpisane tak jak przystąpienie.

Zarzut naruszenia art. 16 pzp

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pzp Przystępujący pragnie podkreślić, iż zarzut ten wynika z pozostałych zarzutów wskazanych w treści odwołania. Dlatego też w związku z brakiem ich skuteczności, o czym poniżej, niniejszy zarzut również podlegać będzie oddaleniu. Zamawiający poprawił omyłki w ofertach Wykonawców zgodnie z ustawą pzp, co jest dokładnie oznaką przeprowadzenia postępowania w sposób zachowujący uczciwą konkurencję oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 pzp

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający przeprowadzając postępowanie przetargowe dopuścił się naruszenia art. 223 ust. 2 oraz 3 pzp. Powyższe nie polega jednak na prawdzie. Na wstępie Przystępujący wskazał, iż w treści uzasadnienia wniesionego odwołania nie sposób odnaleźć nie tylko dowodów, ale chociażby przywołania okoliczności stanu faktycznego mających potwierdzić, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 223 ust. 2 pk7 2 pzp. Z tych też względów Przystępujący nie jest w stanie odnieść się do tej części zarzutu. Pragnie jedynie pokreślić, że wszelkie czynności Zamawiającego dokonane na podstawie przywołanego artykuły prawa zamówień publicznych pozostawały zgodne z jego treścią.

Odnosząc się natomiast do zarzutu rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, dookreślił, iż przedmiotem dokonanej przez Zamawiającego poprawy była zmiana ilości przedmiarowych pozycji nr …w kosztorysie .... oraz numeru specyfikacji w pozycji nr .... (dalej STWiORB) wkosztorysie … Przystępujący w tym miejscu wskazał na, w jego ocenie, jedną z istotniejszych kwestii w niniejszym postępowaniu. Otóż zgodnie z dokumentami zamówienia bezsprzecznym pozostaje, że wynagrodzeniem przewidzianym z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia publicznego pozostawać będzie wynagrodzenie kosztorysowe. Powyższe wynika chociażby z dokumentu - Projektowane postanowienia umowy (stanowiącego załącznik do SWZ) a to jego par. 5 ust. 2 oraz 3, zgodnie z którym czytamy, że: *„(…)*

2.*Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wynagrodzeniem kosztorysowym i zostało wyliczone w oparciu o Kosztorys ofertowy, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca w terminie 21 dni od zawarcia Umowy przedłoży Zamawiającemu szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy.*

3.*Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 6 i § 8 Umowy. (…)".*

Następnie przytoczyć należy treść par. 6 ust. 3: *„(…)*

3. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych Robót zgodnie z obmiarem i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 Umowy. (…)".

Dodatkowo co istotne Zamawiający w par. 5 ust. 6 przewidział, że: *„(…)*

6. Zamawiający zastrzega, że ilości robót - jednostek przedmiarowych przedstawione w kosztorysie ofertowym mają charakter szacunkowy i mogą ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu), z zastrzeżeniem ust. 4, w przypadku gdy będzie to niezbędne dla prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy. (…)".

Bezsprzeczne zatem pozostaje, że najistotniejszym elementem składanych przez wykonawców kosztorysów ofertowych pozostawały ceny jednostkowe. Bowiem to na ich podstawie obliczane będzie faktyczne wartość zobowiązania Zamawiającego względem Wykonawcy. Te natomiast pozostały w kosztorysach Przystępującego niezmienione. Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż powyżej zacytowane zapisy umowne świadczą bezsprzecznie o braku stałości przyjętych przez Zamawiającego ilości przedmiarowych, co oczywiście pozostaje standardem przy przyjęciu tego rodzaju wynagrodzenia (kosztorysowego). Odnosząc się do dokonanej poprawy numeru STWiORB w jednej pozycji kosztorysowej Przystępujący pragnie wskazać, że początkowo w kosztorysie część 2 - Turza Śląska w pozycji nr 55 był nr specyfikacji M.19.01.05 jednak nie było takiej specyfikacji w dokumentacji przetargowej. Na wniosek

oferentów Zamawiający odpowiedział w zmianach (odpowiedź nr 46 z 01.02.2023) że specyfikacja dotyczącą tej pozycji t.j. -balustrady stalowej ocynkowanej ma nr zgodny ze specyfikacją M.19.01.04, która jest w materiałach przetargowych, zmienił jej nr w kosztorysie dla części 2. Wykonawca wycenił pozycję, natomiast omyłkowo nie zmienił w nr specyfikacji z 5 na 4. Co nie zmienia faktu, że innej specyfikacji nie ma w materiałach przetargowych dotyczącej tej pozycji. Jest jednak w kosztorysie dla części 1 - Gorzyce dokładnie ta sama pozycja zgodna opisowo („Balustrada stalowa ocynkowana" - poz. 69), która ma poprawną specyfikację zgodną z zamieszczoną w postępowaniu. Dodatkowo w odpowiedzi nr 41 Zamawiający dopuścił dla tych pozycji kosztorysowych zastosowanie innych balustrad niż stalowe, tj. aluminiowe.

Zamawiający dokonując z zastosowaniem art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp poprawy omyłek w postaci zmiany ilości przedmiarowej robót kilku pozycji kosztorysowych w kosztorysie dla części 2 nie tylko nie doprowadził do istotnej zmiany treści oferty Przystępującego (dokonana poprawa dotyczyła bowiem wartości kilku procent całkowitej ceny ofertowej), ale przede wszystkim postąpił on zgodnie z nakazem przewidzianym w przywołanym przepisie prawa. Z jego literalnego brzmienia wynika bowiem, że Zamawiający jest zobowiązany („zamawiający poprawia") do poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Ugruntowanym w doktrynie pozostaje stanowisko, że sam fakt tego, iż zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Powyższe odnalazło odzwierciedlenie również w orzecznictwie KIO. Dla przykładu w treści uzasadnienia do wyroku wydanego w sprawie KIO 1292/22 czytamy, że *„Następnie wskazać należy, że poprawienie omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego nie spowodowało żadnych istotnych zmian w treści oferty. Podkreślenia wymaga, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zakazuje dokonywania w ofercie takich poprawek, które powodują istotną zmianę treści oferty, co nie jest tożsame z zakazem poprawiania omyłek dotyczących istotnych elementów przedmiotu zamówienia."*.

Ponadto z okoliczności niniejszej sprawy niepodważalnie wynika, iż zauważone przez Zamawiającego niezgodności bezsprzecznie posiadały charakter niezamierzonych omyłek, czego wyraz dał Przystępujący wyrażając zgodę na ich poprawę. Jak słusznie wskazał Odwołujący, w toku prowadzonego postępowania przetargowego Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ poprzez korektę treści załączników- w tym kosztorysów ofertowych. Przystępujący omyłkowo nie dokonał aktualizacji wszystkich pozycji kosztorysu. Łącznie bowiem Zamawiający dokonał zmian w dwóch częściach kosztorysów.

W kosztorysie dla części 1 - Gorzyce Zamawiający wprowadził zmiany dotyczące wprowadzenia 12 nowych pozycji, 5 zmian opisu istniejących pozycji, 1 zmianę jednostki, 1 zmianę nr specyfikacji oraz 6 zmian ilości przedmiarowych. Wszystkie powyższe zmiany Przystępujący wprowadził w swoim kosztorysie dla części 1.

W kosztorysie dla części 2 - Turza Śląska Zamawiający wprowadził 4 zmiany ilości przedmiarowych i 1 zmianę specyfikacji (opisanej powyżej w piśmie). Przystępujący omyłkowo nie zmienił tych ilości w swoim kosztorysie.

Powyższe jednak w żaden sposób nie wpłynęło na merytoryczną treść oferty Przystępującego oraz na jego zobowiązanie do realizacji pełnego zakresu zamówienia. Dodatkowo Przystępujący wskazał, iż w treści oferty złożył on następujące oświadczenia: *„(…)*

***1.SKŁADAMY OFERTĘ** na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z e Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ).*

***2.OŚWIADCZAMY,** że zapoznaliśmy się z e Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się z a związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. (…)"*

co świadczy o wystąpieniu w kosztorysach ofertowych Przystępującego niezamierzonych omyłek. W tym miejscu przywołał fragment treści uzasadnienia wyroku sporządzonego w sprawie o sygn. akt: KIO 1095/12, który dotyczył odmiennego stanu faktycznego, który jednakże można z łatwością odnieść do niniejszej sprawy: *„Bezsporne jest, że w ofercie wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ w zakresie terminów wykonania zamówienia,a w konsekwencji w obliczeniu całkowitej ceny oferty, która uzależniona była od liczby miesięcy przewidzianych na realizację zadania. Rozstrzygnięcia wymagało, czy niezgodność ta była wynikiem omyłki i czy jest istotna dla treści oferty. Zdaniem Izby zaistniała niezgodność ma charakter omyłki, wynikającej z faktu modyfikacji treści SIWZ, której wykonawca nie uwzględnił przy sporządzaniu oferty, przyjmując terminy określone w pierwotnym brzmieniu specyfikacji. Założenie przeciwne - że wykonawca celowo złożył ofertę z innym terminem wykonania zamówienia, niż określony przez Zamawiającego, nie chcąc go zrealizować w terminie wskazanym w SIWZ - byłoby nieracjonalne. Zamawiający miał wszelkie podstawytwierdzić, że intencją wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z SIWZ, a zaoferowanie wykonania zamówienia w terminach przewidzianych w pierwotnym brzmieniu specyfikacji było wynikiem przeoczenia."* Również w wyroku z 13.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2810/11 KIO stwierdziła, że *„Właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki*

sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne).".

W niniejszej sprawie przywołał również wyrok wydany przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 881/16. We wskazanym postępowaniu skład orzekający stwierdził, iż dokonanie poprawy kosztorysu ofertowego w zakresie ilości przedmiarowych pozostaje zgodne z ówczesnym art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który odpowiada obecnemu art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem Izby taka omyłka pozostaje prosta do identyfikacji w przypadku gdy kosztorys zawiera ceny jednostkowe (co ma miejsce w niniejszym postępowaniu), dlatego też możliwe jest przyjęcie właściwych wielkości z uwzględnieniem zaoferowanych cen jednostkowych. Dodatkowo zacytował: *„Zarówno z interpretacji i wykładni przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy jak również z obowiązującej doktryny orzeczniczej jednoznacznie wynika, że rozbieżności ilościowe zwłaszcza w postępowaniach o roboty budowlane i załączanych wraz z ofertą kosztorysach nie stanowią o istotnej sprzeczności oferty z treścią SIWZ, która kwalifikowałaby ofertę do odrzucenia. Izba w pełni podziela stanowisko, że ilościowe rozbieżności w tym wynikające m.in. z modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego, stanowią inną omyłkę możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy - jako inne omyłki, których poprawienie nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Analogiczne przypadki podlegały rozpoznaniu Krajowej Izby Odwoławczej w tym m.in. w 2015r., w wyniku czego dokonując oceny wyspecyfikowanych niegodności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego z treścią SIWZ Izba stwierdziła, że w przypadku gdy poszczególne pozycje kosztorysowe z oferty, są sprzeczne z SIWZ z powodu błędnie podanej jednostki miary, albo błędnie podanej ilości mamy do czynienia z inną omyłka, polegająca na tym, że w ofercie dokonano wyliczenia niewłaściwe! ilości niż przyjęta w przedmiarze z poszczególnych pozycji kosztorysowych."*

Również w wyroku KIO z 03.06.2015 r., KIO 1074/15 stwierdzone zostało, że:*„Co do poz. 58, 82, 89, 90, 265, 429, 430, 453, 454, 455, 529, 573 i 10 kosztorysu branży elektrycznej kosztorysu ofertowego mamy do czynienia z inną omyłką, polegającą tym, że w ofercie Odwołującego dokonano wyliczenia niewłaściwej ilości niż przyjęta w przedmiarze z poszczególnych pozycji kosztorysowych, w jednym przypadku przyjęto większą niż określona w przedmiarze robót ilość, w innym mniejszą. W tych pozycjach jednak Odwołujący dokonał wyceny ceny jednostkowej. Zatem możliwym jest obiektywnie dokonanie poprawienia wskazanych pozycji kosztorysu w oparciu o samą treść oferty tego wykonawcy i wprowadzone w tym zakresie zmiany nie są poważne, tj. nie prowadzą do istotnej zmiany treści oferty Odwołującego."*

„W wyroku KIO z 29.09.2021 r., KIO 2627/21, uznano, że omyłki w kosztorysie ofertowym nie były omyłkami na tyle istotnymi, aby nie dawały się poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Izba podkreśliła, że za zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania, przed terminem składania ofert, zmodyfikował część przedmiarów przez podanie innego niż pierwotnie numeru KNR dla wybranych pozycji przedmiaru oraz co było konsekwencją tych zmian - zmianie opisu czynności przypisanym tym numerom. Omyłka w kosztorysie ofertowym wykonawcy została stwierdzona w 30 pozycjach na 1047, a wartość pozycji, w których została stwierdzona omyłka, to ok. 1% wartości ceny całkowitej oferty. Niemniej jednak nie ilość, lecz istotność popełnionych omyłek ma znaczenie przy ocenie dopuszczalności ich poprawy. Zdaniem KIO z popełnionej omyłki nie sposób wywodzić następczo, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty sprzecznej z warunkami zamówienia. Nie taki jest bowiem cel złożenia oferty."

Odwołujący w treści wniesionego odwołania stwierdził, że: *„Jak wskazano w ww. orzeczeniu (wyrok SO z 13 kwietnia 2022r. sygn. akt XXIII Zs 136/21) poprawienie oferty (dopuszczalne) jest czymś zupełnie innym niż jej uzupełnienie (które dopuszczalne nie jest). W konsekwencji nie można uznać za dopuszczalne wprowadzenie do oferty takich danych, które nie zostały wskazane w innym miejscu tej oferty podstawą takiego sprostowania mogą być jedynie informacje, czy dane zawarte w ofercie lub dokumentach stanowiących do niej załączniki. Zamawiający wprowadził nowe dane do oferty Primostu, i tym samym dokonała nie tylko zmiany **ale też uzupełnienia tej oferty**. Brak podstaw faktycznych dla uznania, że zmian była dokonana jedynie na podstawie informacji lub danych zawartych w ofercie lub dokumentach stanowiących do niej załączniki. Przeciwnie oferta takich danych nie zawiera.".* Odnosząc się do powyższego Przystępujący podkreślił, że zgodnie z definicją słowa „uzupełnić" zamieszczoną w słowniku języka polskiego słowo to oznacza „uczynić kompletnym, dopełnić". Zatem by coś mogło być uzupełnione najpierw musi wystąpić jakikolwiek brak. Oferta Przystępującego nie zawierała natomiast żadnych braków, a jedynie omyłki. Przywołanego wyroku nie sposób zatem odnieść do niniejszej sprawy.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp.

Odnosząc się do w/w zarzutu Przystępujący przede wszystkim wskazał, iż art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp możliwy jest do zastosowania dopiero w przypadku braku możliwości wdrożenia procedury przewidzianej w art. 223 ust. 2 pzp. Powyższe potwierdzone zostało chociażby w wyroku KIO z 17.02.2023 r. KIO 242/23, w którym stwierdzono, że:*„Nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.".* Skoro zatem w niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał poprawienia oferty Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 oraz 3 pzp to nie można przyjąć, iż zastosowanie będzie miał art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp.

W treści uzasadnienia wniesionego odwołania Odwołujący powołuje się między innymi na wyrok KIO z 09.09.2022 r. (sygn. akt: KIO 2200/22) cytując rzekomy fragment w/w wyroku traktujący o przesłankach jakie winny przyświecać

zamawiającym dokonującym poprawy omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp. Przystępujący pragnie jednak zaznaczyć, iż przywołany fragment w opublikowanym w systemie lex wyroku nie występuje!. Na dowód powyższego w załączeniu do niniejszego pisma załączył wydruk przedmiotowego orzeczenia. Jednocześnie zwrócił uwagę, że w przywołanym wyroku KIO oddaliła zarzut odwołania dotyczący niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233)

W tym miejscu Przystępujący oświadczył ponownie, iż złożona przez niego oferta w niniejszym postępowaniu obejmuje cały wymagany przez Zamawiającego zakres, a ceny jednostkowe w niej zawarte skalkulowane są na podstawie pełnej i obowiązującej dokumentacji. Dokonując wyceny Przystępujący przyjął prawidłowe ilości jak i zakresy. Jednak w wyniku niezamierzonej omyłki do złożonych kosztorysów nie zostały wpisane wszystkie poprawne ilości przedmiarowe. Zatem żadna, nawet część treści SWZ nie została przez Przystępującego pominięta w dokonanej wycenie W treści uzasadnienia Odwołujący wskazał, że stan faktyczny niniejszej sprawy nie tylko stanowi w jego ocenie czyn nieuczciwej konkurencji, ale dodatkowo może być ścigany z oskarżenia publicznego. Jednocześnie Odwołujący wskazuje podstawę prawną jaką jest art. 297 par. 1 kk. W tym miejscu Przystępujący pragnie wyjaśnić, iż artykuł ten dotyczy wyłudzenia kredytu. Odwołujący przywołał również definicję czynu nieuczciwej konkurencji. Z definicji tej wynik natomiast wprost, iż w niniejszej sprawie nie doszło do złożenia oferty w ramach czynu nieuczciwej konkurencji. Bowiem w jaki sposób omyłka Przystępującego dotycząca ilości przedmiarowych miałaby zagrażać lub naruszać interes Odwołującego, skoro nie miała ona wpływu na ranking ofert. Przypomnieć bowiem należy, że wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nastąpił dopiero w wyniku przeprowadzenia przez Zamawiającego pisemnych negocjacji. O poprawieniu omyłek w ofercie Przystępującego Zamawiający poinformował wszystkich Wykonawców przed przeprowadzeniem negocjacji pismem z 15.03.2023r., w którym to piśmie Zamawiający również zaprosił do negocjacji wszystkie firmy. (W tym miejscu pisma znajduje się fragment pisma z 15.03.2023 r.).

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) pzp

Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno - lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SWZ, i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. (KIO z 29.01.2020 r., KIO 97/20). Mając na uwadze przywołaną analizę pojęcia „błędu w obliczeniu ceny" nie sposób odnieść jej do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Przystępujący dokonał bowiem prawidłowej kalkulacji ceny, z uwzględnieniem wszelkich wymogów niniejszego postępowania przetargowego. Sam Odwołujący nie wskazał jednak na czym konkretnie miałby ten błąd w obliczeniu ceny polegać. Branie za podstawę przedmiotowego zarzutu jedynie faktu zaistnienia w kosztorysach Przystępującego omyłek poprawionych przez Zamawiającego pozostaje całkowicie chybione. Przywołał tezę wyroku KIO z 04.04.2023 r., sygn. akt: KIO 777/23: *„Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki VA**T**, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki."* - jak zostało wyżej wskazane Odwołujący nie udowodnił by dokonana przez Przystępującego omyłka miała jakikolwiek wpływ na przyjęte przez niego ceny jednostkowe w poprawionych przez Zamawiającego pozycjach kosztorysowych. Zatem również w tym wypadku zarzut pozostaje chybiony.

Zarzut naruszenia Art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 pzp

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 oraz art. 242 ust. 1 i 3 pzp Przystępujący pragnie podkreślić, iż zarzut ten wynika z pozostałych zarzutami wskazanymi w treści odwołania.

Zarzut naruszenia Art. 289 ust. 1 pzp

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 289 ust. 1 pzp Przystępujący podkreślił, iż zarzut ten wynika z pozostałych zarzutami wskazanymi w treści odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc

potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej:*„SWZ”*, Projektowanych Postanowień Umowy zwanych dalej:*„PPU”*, treść zmiany nr 3 SWZ z 01.02.2023 r. (z poprawionymi kosztorysami ofertowymi Gorzyce oraz Turza Śląska) wraz z odpowiedziami na pytania (pismo także z 01.02.2023 r.), oferty Przystępującego, w tym kosztorysów ofertowych Gorzyce oraz Turza Śląska, wniosku z 01.03.2023 r. o przekazanie protokołu postępowania wraz z załącznikami skierowanego przez Odwołującego do Zamawiającego, poprawy kosztorysów Gorzyce oraz Turza Śląskadokonanych przez Zamawiającego czynnością z 10.03.2023 r., zaproszenia do negocjacji z 15.03.2023 r., zaproszenia do składania ofert dodatkowych pismem z 11.04.2023 r., oferty dodatkowej Przystępującego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26.05. 2023 r., jak i wniosku z 26.05.2023 r. o przekazanie protokołu postępowania wraz z załącznikami skierowanego przez Odwołującego do Zamawiającego.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła również załączony do pisma procesowego przez Przystępującego:

- wydruk wyroku KIO z 09.09.2022 r., sygn.. akt: KIO 2200/22.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentacje wynikającą z odwołania, zgłoszonego przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:
1.Art. 16 pzp poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na:
a.zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Primost,
b.wadliwe, sprzeczne z ustawą poprawienie oferty Primost,
c.wadliwy wybór oferty Primost j ako oferty najkorzystniejszej,
2.Art. 223 ust. 2 pkt 2) i 3) pzp poprzez niedopuszczalne, sprzeczne z ustawą poprawienie omyłek istniejących w ofercie Primost.
3.Art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Primost pomimo, iż oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na wadliwy sposób obliczenia ceny i niezgodność z przedmiotem zamówienia.
4.Art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) - dalej: uznk - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Primost pomimo, iż oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na wprowadzające w błąd informacje dotyczące ceny oferty.
5.Art. 226 ust. 1 pkt 10) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Primost pomimo, iż oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny.
6.Art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia - dalej: „SWZ” - która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty Primost pomimo tego, iż oferta ta powinna być odrzucona.
7.Art. 289 ust. 1 pzp poprzez zaproszenie do negocjacji Primost, pomimo, iż oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, zgłoszonego przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Jednocześnie, podkreślając, że Zamawiający potwierdził na rozprawie, że zmiana nr 3 SWZ z 01.02.2023 r. dotyczyła również poz. 5 kosztorysu ofertowego Turza Śląska, jak również cytowany w odpowiedzi na odwołanie § 5 PPU uległ w sposób niezamierzony przekształceniu, co do ilości ustępów. Prawidłowe jego postanowienia to: *„(…)*
1.Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy Strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy na kwotę netto …….. PLN, (słownie złotych: ……..) plus ……. % podatek VAT …….. PLN, (słownie złotych: ……), co łącznie stanowi kwotę brutto ……. PLN
(słownie złotych:……..)
2.Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wynagrodzeniem kosztorysowym
i zostało wyliczone w oparciu o Kosztorys ofertowy, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca w terminie 21 dni od zawarcia Umowy przedłoży Zamawiającemu szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady

rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy.
3.Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 6 i § 8 Umowy.
4.Maksymalna wysokość zobowiązania Zamawiającego z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy nie może przekroczyć 112% wartości kosztorysu ofertowego Wykonawcy. Maksymalna wartość zobowiązania, o której mowa powyżej nie dotyczy wartości zobowiązania Zamawiającego wynikającej ze zmian Umowy, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1), 3) i 4) oraz ust. 2 ustawy PZP.
5.Ceny jednostkowe podane w Kosztorysie ofertowym nie ulegną zmianie przez cały okres obowiązywania Umowy.
6.Zamawiający zastrzega, że ilości robót - jednostek przedmiarowych przedstawione w kosztorysie ofertowym mają charakter szacunkowy i mogą ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu), z zastrzeżeniem ust. 4, w przypadku gdy będzie to niezbędne dla prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy. (...)".

Jednocześnie, zmiana SWZ nr 3 z 01.02.2023 r. dotyczyła: „(…)

Lp.	***Tom SWZ, którego zmiana dotyczy***	***Jednostka redakcyjna, której zmiana dotyczy [nazwa/numer]***
1.	***Tom I Instrukcja dla Wykonawców (IDW)***	***Rozdział 1:*** *pkt 19. ppkt 19.1. - Termin składania ofert pkt 19. ppkt 19.4. - Termin otwarcia ofert pkt 20. ppkt 20.1. - Termin związania ofertą* ***W związku z ww. zmianami Zamawiający wprowadza zamienny, ujednolicony Tom I (IDW) uwzględniający wprowadzone zmiany***
2.	***Tom I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) - Formularze edytowalne***	***Kosztorys Ofertowy Gorzyce oraz Kosztorys Ofertowy Turza Śląska - dodaje się formularze zamienne:*** *Kosztorys Ofertowy Gorzyce zamienny: -zmiany w pozycjach l.p. 3, 10-11, 25, 55, 65, 74-76 -dodanie nowych pozycji l.p. 17, 48, 56-64, 66 (tym samym zmiana - aktualizacja kolejnych numeracji liczby porządkowej) Kosztorys Ofertowy Turza Śląska zamienny: -zmiany w pozycjach l.p. 30, 51-52, 55*
Lp.	***Tom SWZ, którego zmiana dotyczy***	***Jednostka redakcyjna, której zmiana dotyczy [nazwa/numer]***
		W związku z ww. zmianami Zamawiający wprowadza zamienny, ujednolicony Kosztorys Ofertowy Gorzyce oraz Kosztorys Ofertowy Turza Śląska uwzględniający wprowadzone zmiany
3.	***Tom III Dokumentacja projektowa (DOK. PROJ.)***	***SWZ Tom III Dokumentacja projektowa (DOK. PROJ.): - dodaje się załączniki:*** *DECYZJA ZRID Decyzja ZRID nr 9-2021 z dnia 07.07.2021 (nowy plik) DOKUMENTACJA GEOLOGICZNA DBPG_Gorzyce_Turza_Final (nowy plik) GORZYCE\PROJEKT BUDOWLANY\PLAN WYRĘBU Tabela nr 1 - Inwentaryzacja zadrzewienia i plan wyrębu w Gorzycach (nowy plik) TURZA ŚLASKA\PROJEKT BUDOWLANY\PLAN WYRĘBU*
		Tabela nr 1 - Inwentaryzacja zadrzewienia i plan wyrębu w Turzy Śląskiej (nowy plik) ***- dodaje się załączniki zamienne:*** *GORZYCE\PROJEKT WYKONAWCZY\TOM I.2 BRANŻA MOSTOWA*
		I-02 PRZEKRÓJ PODŁUŻNY zamienny I-03 PRZEKRÓJ POPRZECZNY zamienny TURZA ŚLASKA\PROJEKT WYKONAWCZY\TOM I.2 BRANŻA
		KONSTRUKCYJNA K-2 mur oporowy przekrój poprzeczny zamienny
4.	***Tom IV Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB)***	***SWZ Tom IV Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót (STWiORB) - dodaje się załącznik:*** *GORZYCE\STWIORB\Branza mostowa M-20.01.20 (nowy plik)*

5.	***Tom V Przedmiar robót (PRZEDMIAR)***	***SWZ Tom V Przedmiar robót (PRZEDMIAR) - dodaje się załączniki zamienne:*** *GORZYCE\PRZEDMIAR:* *Przedmiar Gorzyce zamienny* *TURZA ŚLĄSKA\PRZEDMIAR:* *Przedmiar Turza Śląska zamienny* ***W związku z ww. zmianami Zamawiający wprowadza zamienny, ujednolicony Przedmiar Gorzyce oraz Przedmiar Turza Śląska uwzględniający wprowadzone zmiany***

Dokumenty, o których mowa powyżej uwzględniające wprowadzone zmiany stanowią załączniki do niniejszego pisma. Jednocześnie Zamawiający informuje, że wszystkie powyższe zmiany i załączniki stanowią integralną część SWZ.

<u>Zgodnie z niniejszą Zmianą treści SWZ - SWZ Tom I (IDW):</u>

<u>Termin składania ofert:</u>

Oferty powinny być złożone za pośrednictwem Platformy w terminie do dnia 14 lutego 2023 r. do godz. 11.00.

<u>Termin otwarcia ofert:</u>

Otwarcie ofert nastąpi w dniu 14 lutego 2023 r. o godz. 11:15 za pośrednictwem Platformy.

<u>Termin związania ofertą:</u>

Wykonawca jest związany ofertą od dnia terminu składania ofert ***do dnia 15 marca 2023 r.*** *(…)".*

<u>Jednocześnie, Izba przytacza odpowiedź na pytanie 46 (wyjaśnienia z 01.02.2023 r.)</u>

„(…) Pytanie nr 46: „Dotyczy zadania w Turzy Śląskiej: Prosimy o udostępnienie brakujących specyfikacji D-05.03.01, M-01.00.00, M-11.03.01, M-11.06.01, M-15.04.03, M-18.01.03, M-19.01.05."

Odpowiedź na pytanie nr 46: Specyfikacje są zawarte w SWZ Tom IV (STWiORB). Zapis w kosztorysie ofertowym M-19.01.05 jest omyłka pisarską i powinien brzmieć M-19.01.04. Zamawiający wprowadza odpowiednio zmianę do treści SWZ poprzez: a) wprowadzenie do SWZ Tom I zamiennego, ujednoliconego Kosztorysu Ofertowego, b) wprowadzenie do SWZ Tom V zamiennego, ujednoliconego Przedmiaru robót, – patrz Zmiana treści SWZ nr 3. (…)".

<u>W ramach poprawienia omyłek czynnością z 10.03.2023 r. Zamawiający stwierdził</u>:

„(…) zawiadamia o poprawieniu w Państwa ofercie - kosztorysach ofertowych:

a)*oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (dot. pozycji 47, 81 Kosztorysu ofertowego Gorzyce i poz. 5, 30, 46, 47, 50, 51, 52, 78 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska),*

b)*innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (poz. 5, 30, 51, 52, 55 Kosztorysu ofertowego Turza Śląska)*

- wskazanych odpowiednio w załącznikach do niniejszego pisma.

W związku z powyższym zmianie ulega cena oferty podana w pkt. 3 Formularza Oferty:

Istniejący zapis:

OFERUJEMY *wykonanie przedmiotu zamówienia* ***za cenę brutto:***

8.626.495,54 zł

(słownie złotych: osiem milionów sześćset dwadzieścia sześć tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt pięć i 54/100)

zgodniez .. załączonymi ..... do ... oferty ..... Kosztorysami ..... ofertowymi ..... (suma ..... kwoty ..... brutto ***z Kosztorysu ofertowego Gorzyce i kwoty brutto z Kosztorysu ofertowego Turza Śląska).***

Zastępuje się następującym zapisem:

OFERUJEMY *wykonanie przedmiotu zamówienia* ***za cenę brutto:***

8 013 301,50 zł

(słownie złotych: osiem milionów trzynaście tysięcy trzysta jeden i 50/100)

zgodniez .. załączonymi ..... do ... oferty ..... Kosztorysami ..... ofertowymi ..... (suma ..... kwoty ..... brutto ***z Kosztorysu ofertowego Gorzyce i kwoty brutto z Kosztorysu ofertowego Turza Śląska).***

W związku z poprawieniem w ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, wyznacza Wykonawcy termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia w sposób, o którym mowa w załączniku do niniejszego pisma - ***do dnia 14 marca 2023 r.***

Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

<u>Załączniki:</u>

-Kosztorys ofertowy Gorzyce uwzględniający poprawione omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,

-Kosztorys ofertowy Turza Śląska uwzględniający poprawione omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. (…)".

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu drugiego, trzeciego, piątego, szóstego i siódmego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu. Jednocześnie, z uwagi na ich charakter, Izba rozpatrzyła niniejsze zarzuty łącznie.

W pierwszej kolejności, należy wskazać, że Odwołujący oprócz sformułowania zarzutu naruszenia art. 223 ust.2 pkt 2 NPZP nie wskazał argumentacji odnoszącej się do tego zarzutu, stąd Izba uznała wskazany zarzut za gołosłowny. Wymaga podkreślenia, że taka argumentacja pojawiła się dopiero na rozprawie jako element stanowiska wyrażonego względem naruszenia art. 223 ust.2 pkt 3 NPZP. Niejako wywodząc nieprawidłowości poprawy oczywistych omyłek rachunkowych z nieprawidłowości poprawy innych omyłek. Abstrahując od tego, że taka argumentacja nie znajduje się w odwołaniu, a pojawiła się na rozprawie, czyli jest spóźniona, należy zauważyć, że pozycje kosztorysów poprawione jako oczywiste omyłki rachunkowe i inne omyłki rachunkowe nie pokrywają się w 100%. Te pierwsze dotyczą bowiem nie tylko pozycji z kosztorysu Turza Śląska, ale i kosztorysu Gorzyce. Tak czy inaczej owych sześć pozycji (poz. 47, 81 kosztorysu ofertowego Gorzyce, poz. 46, 47, 50, 78 kosztorysu ofertowego Turza Śląska), których nie miało źródła poprawy oczywistych omyłek rachunkowych w poprawie innych omyłek nie zostało, w ocenie Izby skutecznie zaskarżonych. Nadto, Odwołujący nie zaprzeczył stanowisku Przystępującego, iż konieczność ich poprawy wynikła z potrzeby zaokrąglenia.

W dalszej kolejności, Izba wskazuje, że pozostałe omyłki rachunkowe miały źródło w innych omyłkach. Jedynie poz. 55 kosztorysu ofertowego Turza Śląska nie miała takiego przełożenia i nie wywoływała konieczności poprawy omyłki rachunkowej. Inne omyłki były wynikiem przyjęcia w poz. 5, 30, 51 i 52 kosztorysu ofertowego Turza Śląska innej ilości jednostek obmiarowych względem wymaganych treścią zmiany SWZ nr 3 z 01.02.2023 r. W ocenie Izby, Zamawiający miał prawo dokonać poprawy w poz. 5, 30, 51, 52, ale i 55 kosztorysu ofertowego Turza Śląska. W każdym bowiem z tych przypadków mógł Zamawiający samodzielnie przyjąć właściwą ilość jednostek obmiarowych, a w ostatniej pozycji numer specyfikacji technicznej na bazie dokumentacji postępowania (zmiany SWZ nr 3 z 01.02.2023 r.), jak i znając cenę jednostkową zaoferowaną w tych pozycjach przez Wykonawcę i w konsekwencji dokonać przemnożenia przedmiotowych danych (za wyjątkiem poz. 55 kosztorysu ofertowego Turza Śląska gdzie nie było to konieczne).

W zakresie poz. 55 kosztorysu ofertowego Turza Śląska zmiana była efektem odpowiedzi nr 46 z 01.02.2023 r. i polegała na dostosowaniu numeru specyfikacji technicznej na numer zgodny ze specyfikacją która jest w materiałach przetargowych. Zamawiający zmienił jej numer w kosztorysie dla kosztorysu ofertowego Turza Śląska. Wykonawca wycenił ją, ale omyłkowo nie zmienił w numerze specyfikacji 5 na 4, co nie zmienia faktu, że innej specyfikacji o tym omyłkowym numerze (co Izba zweryfikowała) nie ma w materiałach przetargowych dotyczącej tej pozycji.

Należy także zgodzić się z Zamawiającym, że gdyby taki sposób poprawy, jak dokonał generalnie Zamawiający czynnością z 10.03.2023 r. był niezgodny z intencją Wykonawcy, to mógł on odmówić zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawy w.w. omyłek, godząc się jednocześnie z odrzuceniem swojej oferty.

Izba podkreśla, że biorąc pod uwagę, iż ilość jednostek obmiarowych (przedmiarowych) przedstawiona w kosztorysie ofertowym miała charakter szacunkowy i mogła ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu) (zgodnie z § 5 ust. 6 PPU), a cena jednostkowa podana w kosztorysie ofertowym miała charakter stały (zgodnie z § 5 ust. 5 PPU) działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie było alternatywy dla zastosowanej metody poprawy. W żadnym wypadku jak sugerował na rozprawie Odwołujący, taką alternatywą nie była zmiana ceny jednostkowej w spornych pozycjach.

Dodatkowo Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że działanie Przystępującego w spornych pozycjach miało charakter celowy i było pokłosiem niedostosowania się celowego do zmiany SWZ nr 3 z 01.02.2023 r. W tym wypadku, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wynika to z istotnego charakteru zmiany, wynikającej z przesunięcia terminu składnia ofert. W tym wypadku, Izba wskazuje, że ta zmiana nie dotyczył jedynie spornych pozycji kosztorysu ofertowego Turza Śląska, ale także wielu pozycji kosztorysu ofertowego Gorzyce. W konsekwencji Izba nie dała wiary stanowisku Odwołującego, uznając stanowisko Przystępującego, że było to zwykłe niezamierzone niedopatrzenie (w kosztorysie ofertowym Gorzyce zmienił, w kosztorysie ofertowym Turza Śląska nie). Dodatkowo, niejako pomocniczo należy wskazać na oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym w pkt 1 i 2, w ramach których Przystępujący zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ, jak i oświadczył, że zapoznał się z SWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.

W ocenie Izby także przywołany na rozprawie wyrok z 28.02.2023 r., sygn. akt: KIO 423/23 świadczy na korzyść Zamawiającego i słuszności stanowiska Izby: *„W ocenie Izby dla przyjęcia dopuszczalności zmiany oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 3 konieczne jest spełnienie następujących przesłanek: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, dodatkowo sposób skorygowania omyłki wynikać*

musi z dokumentów zamówienia i oferty w taki sposób by umożliwić zamawiającemu korektę. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Poprawienie omyłek następuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli Wykonawcy i mogą one dotyczyć każdego elementu lub elementów oferty, nie tylko ceny. W przedmiotowym przypadku zaistniały przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do poprawienia oferty. Tym samym zachowaniu Zamawiającemu nie sposób zarzucić naruszenia Ustawy w tym zakresie.".

Reasumując, należy uznać, że oferta, tj. kosztorys ofertowy w spornych pozycjach nie zawierał jakichkolwiek braków, a jedynie omyłki, które w ocenie Izby słusznie kwalifikowały się do poprawy czynnością z 10.03.2023 r. Zamawiający nie musiał weryfikować stwierdzonych omyłek poprzez wyjaśnienia, ale stwierdził je samodzielnie i poprawił inne omyłki na bazie dokumentów postępowania (co było dopuszczalne w świetle orzecznictwa przytoczonego w piśmie procesowym Przystępującego i na rozprawie), a następnie przemnożył poprawioną ilość jednostek obmiarowych przez cenę jednostkową zmieniając wartość dla danej pozycji w 4 pozycjach z 5. Izba podzieliła stanowisko odnośnie znikomej wartości procentowej ww. elementów oferty w stosunku do łącznej ceny oferty (tj. 4 % w stosunku do łącznej ceny oferty po dokonaniu poprawek). Jednocześnie, podkreślając, że zmiana została dokonana przed zaproszeniem do negocjacji, czyli przed złożeniem oferty dodatkowej, o czym nota bene Zamawiający informował w zaproszeniu do negocjacji, czyli nie miała ona wpływu na ranking ostateczny ofert.

W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszenia art. 223 ust.2 pkt 2 i 3 NPZP, Izbaz uwagi na de facto wynikowy charakter zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10, art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust.1 i 3 oraz art. 289 ust. 1 NPZP, oddaliła także pozostałe zarzuty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba uznała, że samo stanowisko Odwołującego, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji należy uznać za niewystarczające. Niewątpliwie bowiem konieczne było wykazanie faktycznego zaistnienia przedmiotowego naruszenia. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, wcześniejsze oddalenie poprzednich zarzutów, Odwołujący nie przedstawił w treści odwołania, ani na rozprawie żadnej argumentacji, która potwierdziłaby zasadność zarzutu. Przedstawiono jedynie założenia wynikające z głównego zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 NPZP, które okazały się błędne i na wyrost.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec wynikowego charakteru zarzutu pierwszego, z racji oddalenia wcześniejszych zarzutów, Izba uznała, że oddaleniu podlega także zarzut pierwszy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww 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).

Przewodniczący:

……