Sygn. akt: KIO 3105/23

WYROK
z dnia 09 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2023 r. przez Odwołującego **Plus Inwest P. Ż. sp. j. (Żerniki Wrocławskie, ul. Kolejowa 11a, 55-010 Święta Katarzyna)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu (ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław)**
przy udziale Wykonawcy **M. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M.I. (ul. Robotnicza 11a, 55-040 Kobierzyce)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1)oddala odwołanie,
2)kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Plus Inwest P. Ż. sp. j. (Żerniki Wrocławskie, ul. Kolejowa 11a, 55-010 Święta Katarzyna)** i
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Plus Inwest P. Ż. sp. j. (Żerniki Wrocławskie, ul. Kolejowa 11a, 55-010 Święta Katarzyna)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Wykonawcy **M. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. (ul. Robotnicza 11a, 55-040 Kobierzyce)**kwotę 851 zł 00 gr (osiemset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na rozprawę pełnomocnika Wykonawcy **M. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. (ul. Robotnicza 11a, 55-040 Kobierzyce)**,
2.2. zasądza od Odwołującego **Plus Inwest P. Ż. sp. j. (Żerniki Wrocławskie, ul. Kolejowa 11a, 55-010 Święta Katarzyna)** na rzecz Wykonawcy **M. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. (ul. Robotnicza 11a, 55-040 Kobierzyce)** kwotę 4451 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia oraz dojazdu na rozprawę pełnomocnika Wykonawcy **M. I.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. (ul. Robotnicza 11a, 55-040 Kobierzyce).**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze 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 3105/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich w sezonie 2023/2024, 2024/2025, 2025/2026, z podziałem na zadania." - zadanie nr 13 - Cieszyce, Oława.
Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 7 lipca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2023/S 129-412695.
Odwołujący Plus Invest P. Ż. sp. j. **wniósł odwołanie**, w którym zarzucił Zamawiającemu **naruszenie:**
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy P.H.U. ILMAR M. I. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że rzeczona oferta winna zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia, z uwagi na zmianę przez Wykonawcę treści Kosztorysu Ofertowego stanowiącego integralną część oferty; postanowienia zawartego w Rozdziale 13 ust. 13.2, ust. 13.6 SWZ oraz postanowienia zawartego w Rozdziale 14 ust. 14.3 SWZ, w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3**ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą ocenę błędów zawartych w ofercie złożonej przez P.H.U. ILMAR M. I. i bezpodstawne poprawienie Kosztorysu Ofertowego;**

- art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne sprostowanie błędu rachunkowego wynikającego z oczywiście bezpodstawnie wprowadzonej przez Zamawiającego poprawki złożonego Kosztorysu Ofertowego wchodzącego w skład oferty przez Wykonawcy P.H.U. ILMAR M. I.;
- art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości w związku z wadliwym poprawieniem omyłek w ofercie P.H.U. ILMAR M. I. skutkującym istotną zmianą treści oferty P.H.U. ILMAR M. I.;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty P.H.U. ILMAR M. I. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że rzeczona oferta winna zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia, z uwagi na fakt niedysponowania przez Wykonawcę sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD;
- art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od P.H.U. ILMAR M. I. w zakresie rzeczywistego dysponowania przez Wykonawcę sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD, w związku z deklaracją osobistego/samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia,

ewentualnie, w przypadku wykazania przez Wykonawcę, że w czasie realizacji przedmiotu zamówienia będzie dysponować sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD:
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności oferty P.H.U. ILMAR M.. I. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że rzeczona oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu konieczności zawarcia przez Wykonawcę umów, na podstawie których dysponować będzie sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty P.H.U. ILMAR M. I. jako oferty najkorzystniejszej;
2)unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki w ofercie P.H.U. ILMAR M. I. (Kosztorysie Ofertowym) dokonanej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
3)unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie P.H.U. ILMAR M.I.(Kosztorysie Ofertowym) dokonanej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
4)odrzucenia oferty P.H.U. ILMAR M. I. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodną z warunkami zamówienia;
5)uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą i tym samym udzielenie Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego;
6)zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,

ewentualnie, w przypadku wykazania przez Wykonawcę, że w czasie realizacji przedmiotu zamówienia będzie dysponować sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty P.H.U. ILMAR M. I. jako oferty najkorzystniejszej;
2)odrzucenia oferty P.H.U. ILMAR M. I. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3)uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą i tym samym udzielenie Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego;
4)zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Zgodnie z Rozdziałem 13 ust. 13.2 SWZ „Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ" ust. 13.6 SWZ „Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w SWZ,powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy", zaś zgodnie z Rozdziałem 14 ust. 14.3 SWZ „Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w kosztorysie ofertowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać żadnych zmian."

Zwiększenie szacowanej ilości soli zawartej w poz. 1 Kosztorysu Ofertowegodoprowadziło do zawyżenia Ceny Ofertowej o 255.000,00 złotych netto, stanowiącej blisko 5% łącznej wartości oferty złożonej przez P.H.U. ILMAR M.I..

27 września 2023 r., bezpośrednio po otrzymaniu pisma Odwołującego w sprawie braku zgodności złożonej przez P.H.U. ILMAR M. I. oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający skierował do Wykonawcy P.H.U. ILMAR M. zawiadomienie o poprawie omyłki związanej z nieuprawnioną zmianą ilości ton dotyczących zakupu i załadunku soli na pługorozsypywarki (poz. 1 Kosztorysu Ofertowego) wyznaczając Wykonawcy termin do 2 października 2023 r. na wyrażenie zgody w przedmiocie poprawy oczywistej omyłki. Wykonawca tego samego dnia wyraził zgodę na poprawę omyłki.

28 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę P.H.U. ILMAR M. I. o sprostowaniu oczywistej omyłki

rachunkowej wynikającej z poprawy omyłki dokonanej przez Zamawiającego w dniu 27 września 2023 r.
09 października 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 13 - Cieszyce - Oława, złożonej przez Wykonawcę P.H.U. ILMAR M. I..
Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie.
W jego ocenie oferta P.H.U. ILMAR M. I. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zmianę przez Wykonawcę treści Kosztorysu Ofertowego stanowiącego integralną część oferty. Dokonana zmiana obowiązującej treści Kosztorysu ofertowego przez P.H.U. ILMAR M. I. doprowadziła do istotnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia.
Odwołujący wskazał, że niezgodność oferty jest oczywista, niewątpliwa i niezgodna z oczekiwaniami Zamawiającego. Wykonawca pomimo zastrzeżenia w treści SWZ braku możliwości modyfikacji i ingerencji w treść dokumentów, w tym wzorów zamieszczonych w SWZ, w tym w szczególności zakazu samodzielnego wprowadzania zmian, zamienił wymaganą i wskazaną w poz. 1 Kosztorysu Ofertowego jako poprawną przez Zamawiającego ilość soli, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty P.H.U. ILMAR M. I. na podstawie art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W ocenie Odwołującego korekta łącznej wartości oferty Wykonawcy o blisko 5% bezzasadnie wprowadzona na podstawie art 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego traktowana winna być jako istotna zmiana treści oferty.
Zdaniem Odwołującego z uwagi na fakt, że Zamawiający bezzasadnie dokonał poprawienia niezgodnej z warunkami zamówienia oferty złożonej przez P.H.U. ILMAR M. I., w trybie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, również kolejne działania Zamawiającego określone w piśmie z dnia 28 września 2023 r. w odniesieniu do powstałego błędu rachunkowego winny zostać unieważnione. W żadnym wypadku w rozpatrywanej sytuacji nie sposób mówić o oczywistej omyłce, o której stanowi art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący stwierdził, że przedstawionym powyżej działaniem Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opisane działanie Zamawiającego nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający nie podejmuje przewidywalnych decyzji w związku z wykazanym naruszeniem postanowień SWZ i PZP w zakresie reguł postępowania, pomijając je lub dokonując ich wątpliwej interpretacji.
Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy P.H.U. ILMAR M. I. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na fakt niedysponowania przez Wykonawcę sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD.
Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez P.H.U. ILMAR M. I. w JEDZ, Wykonawca nie zamierza zlecić żadnej części zamówienia podwykonawcom.
W załączniku nr 6 do WZUD, dla zadania nr 13 – Oddział drogowy Cieszyce, Oława wskazano następujący sprzęt, którym dysponować ma Wykonawca:
-6 szt. pojazdów wyposażonych w rozsypywarki materiałów do zwalczania śliskości zimowej oraz
pług średni z dociskiem;
-1 szt. ładowarki kołowe z przeznaczeniem do załadunku rozsypywarek;
-1 szt. ładowarka kołowa o pojemności łyżki min 2 m^3 do usuwania i załadunku śniegu;
-1 szt. samochód ciężarowy samowyładowczy o ładowności min 10 ton;
-3 szt. mikrostacji meteorologicznych.
Jak wskazał Odwołujący, z ogólnodostępnych informacji oraz jego wiedzy wynika, że Wykonawca P.H.U. ILMAR M. I. dysponuje wyłącznie minimum dwoma pojazdami typu ciągnik rolniczy z podłączonym do niego pługiem oraz rozsypywarką.
W toku prowadzonego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy kilkukrotnie zwracali się do Zamawiającego z pytaniami dotyczącymi możliwości wykorzystania ciągników rolniczych z podłączonymi do niego rozsypywarkami. Zamawiający w ostatniej odpowiedzi z dnia 16.08.2023 r. w przedmiotowej kwestii tj. odpowiedź na pytanie nr 29 wskazał: Zamawiający dopuszcza ciągnik rolniczy jako pojazd do zwalczania śliskości zimowej pod warunkiem spełnienia przez ów ciągnik WZUD tj. m.in. GPS, oznakowanie pojazdu etc.Wyłącznie na odcinkach dróg z V (piątym) standardem utrzymania.
Żaden z odcinków dróg znajdujących się w obszarze zadania nr 13 nie przewiduje V standardu utrzymania, a tym samym, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 29, zadania 13 wykonawca nie może realizować przy pomocy ciągnika rolniczego z podłączonymi do niego rozsypywarkami.
Wedle informacji ogólnodostępnych oraz posiadanej przez Odwołującego wiedzy, P.H.U. ILMAR M. I. nie dysponuje sprzętem spełniającym wymagania ustanowione przez Zamawiającego do realizacji przedmiotu zamówienia, zarówno pod względem ilościowym jak i posiadanych przez sprzęt parametrów. Wykonawca nie zamierza powierzyć żadnej

części zamówienia do wykonania podwykonawcom, co bezpośrednio wskazuje na brak możliwości zlecenia wykonania określonych obowiązków związanych z wymaganiami sprzętowymi innym podmiotom. Skutkiem powyższego P.H.U. ILMAR M. I. nie spełnia wymagań określonych w treści SWZ nałożonych na Wykonawcę.
Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez Wykonawcę P.H.U. ILMAR M. I. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niezgodność złożonej oferty z warunkami zamówienia w zakresie określonym w Rozdziale 4 WZUD Podrozdział *Sprzęt* tj. w zakresie dysponowania sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD.
W opinii Odwołującego Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rzeczywistego dysponowania przez Wykonawcę deklarowanym sprzętem. W celu wyjaśnienia wątpliwości jakie wystąpiły po złożeniu oferty, Zamawiający powinien w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zażądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.
W związku z zaniechaniem Zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych od P.H.U. ILMAR M. I., oferta Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, pomimo że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia i powinna podlegać odrzuceniu, zaś Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotu zamówienia.
Zdaniem Odwołującego Wykonawca P.H.U. ILMAR M. I., deklarując dysponowanie sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD w czasie realizacji przedmiotu zamówienia musiał rażąco zaniżyć oferowaną cenę, jako że za zaoferowane przez P.H.U. ILMAR M. I. stawki nie sposób jednocześnie nabyć odpowiedniego sprzętu, jak również wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z SWZ.
Odwołujący złożył przykładową ofertę zakupu pojazdu dostosowanego do stosowania w ramach zimowego utrzymania dróg. Koszt nabycia 6 szt. takich pojazdów dla realizacji. przedmiotu zamówienia, nawet uwzględniając ew. rabaty za ilość, wyniósłby ok. 360.000 €, tj. ok. 1.603.044,00 zł (po aktualnym średnim kursie NBP). Taki koszt w sposób oczywisty nie został wliczony w ofertę cenową przedłożoną przez Wykonawcę P.H.U. ILMAR M. I..
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez Wykonawcę P.H.U. ILMAR M. I. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadzić może do zagrożenia niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, a więc winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający wniósł pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględnia odwołanie. Zamawiający nie stawił się na rozprawie z udziałem stron.
Przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I.wniósł pismo procesowe, w którym oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. W trakcie posiedzenia z udziałem stron Przystępujący podtrzymałsprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.
W treści pisma procesowego Przystępujący wyjaśnił, że wpisanie w pierwszej pozycji kosztorysu ofertowego w zakresie wyceny za zakup i załadunek soli na pługorozsypywarki w kolumnie 5 ilości „800" zamiast „700" stanowiło niedopatrzenie, niezamierzony błąd Przystępującego. Działanie Przystępującego nie stanowiło zmiany zakresu ani ilości usług ujętych w danej pozycji przedmiaru, lecz inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ilość ton soli podlegająca załadunkowi na pługorozsypywarki podlegająca wycenie wynika bezpośrednio z kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do SWZ.
Wolą wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu zamówienia w odpowiedniej ilości, co jednoznacznie wynika z oświadczenia złożonego w treści oferty - w punkcie 4 formularza oferty. Przystępujący oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, istotnymi postanowieniami do umowy oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznał się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. Kwestionowana przez Odwołującego czynność Zamawiającego przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli Przystępującego.
Przystępujący wskazał, że podał większą ilość jednostek niż została podana w przedmiarze robót przez Zamawiającego. W tych okolicznościach nie może być mowy o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Zakres przedmiotowy oferty pokrywał zapotrzebowanie Zamawiającego, wystąpiła jedynie omyłka polegająca na niezamierzonym zawyżeniu tej ilości przez Przystępującego. Poprawienie przedmiotowej omyłki w opinii Przystępującego nie powinno być kwalifikowane jako istotna zmiana treści oferty, gdyż nie dotyczy elementów, które miałyby wpływ na realizację zamówienia. Rozliczenie w ramach usługi następować będzie w oparciu o faktury częściowe na podstawie raportów pracy sprzętu i kosztorysów powykonawczych za faktycznie wykonane prace. Przystępujący zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia - w oparciu o warunki zamówienia określone przez Zamawiającego w SWZ i załącznikach do SWZ.
Dalej Przystępujący wskazał, że po uzyskaniu zgody Przystępującego na poprawienie omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3

ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dokonał sprostowania oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, czyli dokonał przemnożenia podanej przez Przystępującego ceny jednostkowej - 850,00 zł przez prawidłową wartość przedmiaru w pozycji „zakup i załadunek soli na pługorozsypywarki" - 700 t. Skutkowało to zmianą całkowitej wartości pozycji „zakup i załadunek soli na pługorozsypywarki", a także zmianą całkowitej ceny oferty. W wyniku poprawy omyłki nie zmienił się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu. Nadal najkorzystniejszą ofertą pozostaje oferta Przystępującego. W tych warunkach nie może być mowy o naruszeniu podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikających z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający działał w pełni w zgodzie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Przystępujący zauważył, że w SWZ nie przewidziano weryfikacji zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Zgodnie z pkt 13.4. SWZ Zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw żeby uznać, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający nie postawił też warunków udziału w postepowaniu odnoszących się do zdolności technicznej wykonawcy. Na etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie przewidziano weryfikacji sprzętu, którym wykonawca będzie realizował przedmiotową usługę.

W punkcie 4 formularza oferty Przystępujący oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, istotnymi postanowieniami do umowy oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznał się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący nie posiada wiedzy o faktycznych zasobach technicznych, jakimi dysponuje Przystępujący. Przystępujący oświadczył, że nie prezentuje na swojej stronie internetowej całej floty pojazdów i pozostałego sprzętu pozostających w jego dyspozycji wykorzystywanych w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Wzmiankowane przez Odwołującego ciągniki rolnicze wraz z rozsypywarkami stanowią jedynie część zasobów, jakimi dysponuje Przystępujący.

Przystępujący wyraził przekonanie, że sprzęt, którym ma dysponować wykonawca na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, nie musi stanowić własności wykonawcy. Korzystanie ze sprzętu stanowiącego własność innych niż wykonawca podmiotów nie zawsze musi się wiązać z zaangażowaniem do realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawców. Możliwe jest wszakże korzystanie ze sprzętu wyleasingowanego lub wydzierżawionego. Stanowi to częstą praktykę wykonawców, która pozwala na optymalizację kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Przystępującego, po stronie Zamawiającego nie aktualizował się obowiązek wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Brak bowiem w treści oferty jakiegokolwiek sformułowania, które rodziłoby wątpliwości co do tego, jaką flotą pojazdów Przystępujący zamierza realizować przedmiotowe Zamówienie.

Nie aktualizowała się żadna z ustawowych przesłanek, które obligują Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, tj. ani przesłanka, o której mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani przesłanka, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Cena oferty Przystępującego nie odbiegała o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej części zamówienia. Cena ta ponad dwukrotnie przewyższała kwotę brutto przeznaczoną na realizację zadania przez Zamawiającego. W tej sytuacji, Zamawiający nie miał podstaw do nabrania przekonania, że cena jest ceną rażąco niską.

Jak argumentował Przystępujący, Odwołujący uznaje, że cena Przystępującego jest rażąco niska, gdyż w jego ocenie nie uwzględnia konieczności zawarcia umów, na podstawie których wykonawca będzie dysponował sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD. Odwołujący nie przedstawił wyliczeń, które udowadniałyby lub choćby uprawdopodabniały jego twierdzenie. Odwołujący nie wykazał, aby cena zaoferowana przez Przystępującego była nierealistyczna.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący w treści odwołania oświadczył, że Przystępujący może wymagany sprzęt nabyć lub wyleasingować, jednakże jako dowód załączył wyłącznie ofertę wskazującą na koszty zakupu nowego pojazdu. Działanie takie ma na celu wykazanie rzekomo zaniżonej ceny oferty Przystępującego. Odwołujący pominął fakt, że Przystępujący może nabyć sprzęt używany, co wiąże się z koniecznością poniesienia zdecydowanie niższych kosztów nabycia pojazdu niż koszt wskazany przez Odwołującego lub też pojazdy wydzierżawić.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M.w zadaniu nr 13 w pierwszej pozycji kosztorysu ofertowego w zakresie wyceny za zakup i załadunek soli na pługorozsypywarki w kolumnie 5 wpisał ilość „800” ton zamiast „700” ton (zgodnie z przedmiarem udostępnionym przez Zamawiającego). Wykonawca wyjaśnił, że

stanowiło to niedopatrzenie, niezamierzony błąd.
Zamawiający dokonał poprawienia omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zdaniem Odwołującego, poprawienie przez Zamawiającego omyłki było nieuprawnione i Zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest nieprawidłowe.
Zgodnie z artykułem 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.
Wykonawca zaoferował większą ilość jednostek niż została podana w przedmiarze robót przez Zamawiającego. Nie można zatem mówić, aby miała miejsce istotna zmiana w treści oferty, skoro zakres przedmiotowy oferty pokrywał zapotrzebowanie Zamawiającego, a omyłka polegała jedynie na zawyżeniu ilości soli oczekiwanej przez Zamawiającego. Poprawienie omyłki nie może zostać zakwalifikowane jako istotna zmiana treści oferty, gdyż nie dotyczy elementów, które miałyby wpływ na realizację zamówienia.
Być może omyłka nie powinna dotyczyć kwestii ilościowych, jednakże w sytuacji, gdy ilości nie były znane. W niniejszym postępowaniu informacje o ilości asortymentu były określone, wynikały z dokumentacji Zamawiającego, zatem nie było wątpliwości, w jaki sposób należy poprawić omyłkę.
Zdaniem Odwołującego, Wykonawca M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I.w sposób świadomy dokonał zmiany w zakresie spornej pozycji kosztorysu (z 700 ton na 800 ton). Jednakże Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron na pytanie Przewodniczącej nie potrafił wskazać, jaki powód, jaki cel miałby Wykonawca we wprowadzeniu takiej zmiany w treści oferty. Już ten fakt wskazuje, że twierdzenia Odwołującego nie są prawdziwe. Skoro bowiem Wykonawca nie ma żadnego celu we wprowadzeniu zmian we własnej ofercie w stosunku do tego, czego wymagał Zamawiający, to oznacza, że nie jest zainteresowany wprowadzeniem zmiany, a zatem zmiana nie została wprowadzona świadomie. Należy domniemywać, że intencją Wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia.
Wskazywane na późniejszym etapie rozprawy przez Odwołującego postanowienia projektu umowy potwierdzają jedynie, że poprawienie omyłki przez Zamawiającego było czynnością prawidłową. Nie jest bowiem stanem pożądanym, aby oferta Wykonawcy M. I.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. Ipozostawała zawyżona pod względem ilości ton soli w stosunku do wymagań Zamawiającego.
Co istotne, w wyniku dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego, nie zmienił się ranking ofert złożonych w postępowaniu. Najkorzystniejszą ofertą pozostaje oferta złożona przez Przystępującego.
Należy podkreślić, że regulacja powyżej zacytowanego artykułu została wprowadzona do ustawy w celu uniknięcia odrzucenia oferty z uwagi na omyłki, które się zdarzają i które mogą wystąpić w szczególności przy wypełnianiu kosztorysów. Z powyższych względów należało uznać, że poprawienie przez Zamawiającego omyłki w ofercie Wykonawcy nie stanowiło naruszenia przepisów ustawy, a zatem nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy P.H.U. ILMAR M. I. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.
W konsekwencji nie było czynnością nieprawidłową dokonanie przez Zamawiającego poprawienia konsekwencji rachunkowych omyłki. Zamawiający nie naruszył art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sprostowanie błędu rachunkowego wynikającego z wprowadzonej przez Zamawiającego poprawki złożonego Kosztorysu Ofertowego wchodzącego w skład oferty Wykonawcy M. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I..
W konsekwencji również nie jest uprawniony zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikających z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta nie została uznana za niezgodną z warunkami zamówienia.
Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że Wykonawca nie dysponuje sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD.
Należy zauważyć, że Zamawiający nie postawił warunków udziału w postepowaniu odnoszących się do zdolności technicznej wykonawcy. Oznacza to, że na etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie przewidziano weryfikacji sprzętu, którym wykonawca będzie realizował przedmiotową usługę.
Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy oferta wykonawcy jednoznacznie nie spełnia warunków opisanych w SWZ W niniejszym postępowaniu warunki SWZ nie dotyczyły sprzętu (o czym powyżej).
Odwołujący nie wykazał również, że Wykonawca M. I. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. na etapie realizacji zamówienia nie będzie dysponował wymaganym przez Zamawiającego sprzętem. Odwołujący nie

wykazał, aby posiadał wiedzę zarówno o faktycznych zasobach technicznych, jakimi dysponuje Przystępujący, jak i o zasobach, jakimi Przystępujący będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia.
Aby Zamawiający mógł rzeczywiście skorzystać z przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest on zobowiązany wykazać rzeczywistą niezgodność treści oferty z treścią SWZ Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego nie odpowiada warunkom zamówienia.
W punkcie 4 formularza oferty Przystępujący oświadczył, że zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, istotnymi postanowieniami umowy oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznał się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.
Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi. Wskazanie w treści oferty przez Wykonawcę M. I. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ILMAR M. I.sposobu realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców dotyczyło zatem świadczonej usługi, nie zaś dostawy sprzętu. Niezależnie należy wskazać, że korzystanie ze sprzętu stanowiącego własność innych niż wykonawca podmiotów nie musi oznaczać zaangażowania do realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawców. Możliwe jest również korzystanie ze sprzętu np. wydzierżawionego lub pozyskanego na podstawie umowy leasingu. Sprzęt, którym ma dysponować wykonawca na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, nie musi stanowić własności wykonawcy. Z powyższych względów należało uznać, że wszelkie twierdzenia Odwołującego były bezzasadne.
Wobec powyższego zarzut nie został uwzględniony.
Niezasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od Wykonawcy M. I. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą P.H.U. ILMAR M. I. w zakresie rzeczywistego dysponowania przez Wykonawcę sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD, w związku z deklaracją osobistego/samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
Powyżej zacytowany przepis ma charakter fakultatywny. Oznacza to, że żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Ponadtow treści oferty Przystępującego nie występuje sformułowanie, które rodziłoby wątpliwości. Stąd zarzut został uznany za bezzasadny.
Odwołujący sformułował zarzut ewentualny - naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
W przedmiotowym postępowaniu nie aktualizowała się żadna z ustawowych przesłanek, które obligują Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, tj. ani przesłanka, o której mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani przesłanka, o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wyjaśnił Przystępujący, cena jego oferty nie odbiegała o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej części zamówienia. Cena ta ponad dwukrotnie przewyższała kwotę brutto przeznaczoną na realizację zadania przez Zamawiającego. W tej sytuacji, Zamawiający nie miał podstaw do nabrania przekonania, że cena jest ceną rażąco niską. Już tylko w tych okolicznościach zarzut Odwołującego należy uznać za nieuzasadniony.
Zdaniem Odwołującego, cena realizacji zamówienia zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska, gdyż w jego ocenie nie uwzględnia konieczności zawarcia umów, na podstawie których wykonawca będzie dysponować sprzętem w ilości i rodzaju określonym w załączniku nr 6 WZUD. Odwołujący nieprzedstawił żadnych wyliczeń, które udowadniałyby lub choćby uprawdopodabniały jego twierdzenie. Odwołujący nie wykazał zatem, aby cena zaoferowana przez Przystępującego była nierealistyczna.
Jak wskazano powyżej, sposób dysponowania sprzętem w trakcie realizacji zamówienia pozostawiono do swobodnej decyzji wykonawcy. Wykonawca zatem nie musi ponosić wygórowanych kosztów nabycia sprzętu. To od wykonawcy będzie zależało, w jaki sposób pozyska sprzęt do realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby nie było możliwe pozyskanie sprzętu przy cenie zaoferowanej przez Przystępującego.
Trafnie wskazał również Przystępujący na fakt, że Odwołujący oświadcza, że wykonawca może wymagany sprzęt nabyć lub wyleasingować, jednakże jako dowód załącza wyłącznie ofertę wskazującą na koszty zakupu nowego pojazdu. Działanie takie ma na celu wykazanie rzekomo zaniżonej ceny oferty Przystępującego. Odwołujący całkowicie jednak pomija fakt, że wykonawca może nabyć sprzęt używany, co wiąże się z koniecznością poniesienia zdecydowanie niższych kosztów nabycia pojazdu niż koszt wskazany przez Odwołującego lub też pojazdy wydzierżawić.
W świetle powyższego zarzut został uznany za bezzasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit a), § 5 pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 2)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..……..……..……...