

Sygn. akt: KIO 2286/22

KIO 2315/22

WYROK

z dnia 20 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2022 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

- 1 września 2022 r. przez wykonawcę **W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku** (KIO 2286/22),

- 5 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim** oraz **P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim** (KIO 2315/22)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim** oraz **P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2286/22

przy udziale wykonawcy **W. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą**

w **Ozimku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2315/22

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A. S. oraz W. S. prowadzących działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod firmą Zakład Budowlany „EKOBUDOWA” Spółka Cywilna z siedzibą w Sieradzu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2315/22

orzeka:

1. **Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2286/22.**
2. **Uwzględnia odwołanie o sygn. akt 2315/22 w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A. S. oraz W. S. prowadzących działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod firmą Zakład Budowlany „EKOBUDOWA” Spółka Cywilna z siedzibą w Sieradzu** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
3. **Oddala odwołanie o sygn. akt 2315/22 w pozostałym zakresie.**
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2286/22 obciąża **Odwolującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania.
5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2315/22 obciąża **Zamawiającego** w części 1/2 i **Odwolującego** w części 1/2 i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwolującego**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 5.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwolującego** kwotę **11 800 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy)** stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2286/22

2315/22

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja prawostronnego obwałowania rzeki Proсны Modlica-Lisewo od km 0+000 do km 8+330 – ETAP III, gm. Pызdry powiat wrzesiński woj. Wielkopolskie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 076-206444.

W dniu 1 września 2022 r. wykonawca W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku, dalej „Odwołujący” lub „F.”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne poprawienie tzw. innych omyłek w treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. S. oraz W. S. prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod firmą Zakład Budowlany „EKOBUDOWA” Spółka Cywilna z siedzibą w Sieradzu, dalej „Ekobudowa”, podczas gdy w ogóle nie spełniła się hipoteza tego przepisu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;
3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Ekobudowy, która to oferta nie powinna otrzymać maksymalnej punktacji, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności poprawienia tzw. innych omyłek w treści oferty EKOBUDOWA oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W dniu 5 września 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo

Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim oraz P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, dalej „Odwołujący” lub „Fransław”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Ekobudowy, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Ekobudowy oraz oferty F., pomimo tego, że zawierają one błędy w obliczeniu ceny;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Ekobudowy oraz oferty F. pomimo tego, że oferty te są sprzeczne w swej treści z warunkami zamówienia;
4. art. 223 ust. 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne dokonanie poprawek oferty Ekobudowy mimo braku przesłanek do ich dokonania oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej przez Ekobudowę oferty, a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Ekobudowy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a także odrzucenie oferty F. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili w ustawowym terminie:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim oraz P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe FRANSŁAW P. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim (w sprawie o sygn. akt KIO 2286/22);
- W. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. z siedzibą w Ozimku (w sprawie o sygn. akt KIO 2315/22);

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. S. oraz W. S. prowadzący działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej pod firmą Zakład Budowlany „EKOBUDOWA” Spółka Cywilna z siedzibą w Sieradzu (w sprawie o sygn. akt KIO 2315/22).

Pismami z dnia 8 i 14 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie. Przystępujący również złożyli pisma procesowe, wnosząc o oddalenie odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie o sygn. akt KIO 2286/22 zasługuje na oddalenie, a odwołanie o sygn. akt KIO 2315/22 zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, ofert Odwołujących, wyjaśnień Ekobudowy w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego F.. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołaniach, pismach procesowych przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 września 2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt 4.1 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, przedmiotowe zadanie będzie realizowane z podziałem na odcinki w danym roku. Odcinek 1 — realizacja rok 2022 dotyczy odcinka : 1+900 — 4+900 wraz z przejazdami wałowymi (6 szt.). Odcinek 2 — realizacja rok 2023 dotyczy odcinka : 4+900 — 8+330 wraz z przejazdami wałowymi (11 szt.). Postępowanie nie zostało podzielone na części.

Jak stanowi pkt 4.8 SWZ: *Zamawiający zgodnie art. 95 ust. 1 ustawy Pzp wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy osób, zwanych dalej pracownikami, którzy w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia wykonywać będą czynności: wykoszenie ręczne porostu ze skarp i korony wałów oraz pasa technologicznego, ułożenie bentomaty, prace umocnieniowe wykopów, operator koparki, operator spychacza. Liczba robotników biorących udział w realizacji zamówienia ma zapewnić terminową realizację przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z pkt 6.1-6.14, 6.17 SWZ:

6.1 *Cena dla każdego odcinka zamówienia winna być określona odrębnie i posiadać odrębny kosztorys ofertowy uproszczony*

6.2 *Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich.*

6.3 *Cena dla każdego odcinka zamówienia musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.*

6.4 *Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty i wynikająca z kosztorysów ofertowych uproszczonych, które stanowią załącznik do oferty. Dla każdego zadania (odcinka realizowanego w danym roku) - w ramach opisu przedmiotu zamówienia Wykonawca winien dołączyć kosztorys ofertowy uproszczony.*

6.5 *W cenie oferty Wykonawca winien przewidzieć, także m.in.: ewentualne odszkodowania za czasowe zajęcie terenu i szkody w plonach oraz pozostałe koszty związane z realizacją robót, w tym koszty i czynności związane z wykonaniem robót towarzyszących robotom podstawowym, oraz koszty nadzoru przyrodniczego.*

6.6 *Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarach robót”, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe uproszczone, które stanowić będą załączniki do oferty, według następujących zasad: wszystkie pozycje w podsumowaniu (pozycji) muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami, cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją wykonawczą i specyfikacją wykonania i odbioru robót. Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarach. Brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji w kosztorysie ofertowym spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SWZ. Zamawiający wymaga dokonania wyceny każdej pozycji przedmiaru. Wstawienie w pozycji w kosztorysie ofertowym zera jako wartości pozycji, spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SWZ, nie dopuszcza się stosowania tzw. opustów (zarówno do wyliczonych cen jednostkowych jak również do ogólnej ceny oferty), wartość robót przygotowawczych nie może przekraczać 10,0 % całkowitej wartości oferty,*

6.7 *Ostateczną cenę oferty stanowi suma wartości brutto poszczególnych kosztorysów ofertowych uproszczonych dla danych odcinków, wyrażona w złotych polskich w sposób jednoznaczny.*

6.8 *Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego właściwą stawką podatku VAT zastosowaną w przedmiotowym postępowaniu jest stawka:*

Odcinek 1 realizacja rok 2022 — 23 % podatku VAT

Odcinek 2 realizacja rok 2023 — 23 % podatku VAT

Jeżeli w treści SWZ została wskazana prawidłowa stawka VAT, którą Wykonawca był zobowiązany uwzględnić obliczając cenę oferty, a Wykonawca zastosuje inną stawkę podatku VAT, wówczas Zamawiający dokona poprawy oferty z zastosowaniem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeżeli Wykonawca nie zgadza się z zastosowaną/sugerowaną stawką podatku VAT, Wykonawca powinien zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp) w zakresie zastosowania innej stawki podatku VAT obowiązującej Wykonawcy.

6.9 *Cena netto, podatek VAT muszą być podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia poniżej „5” należy końcówkę pominąć, powyżej i równe „5” należy zaokrąglić w górę). Cena brutto stanowi sumę ceny netto i wartości podatku VAT.*

6.10 *Podane ceny jednostkowe w kosztorysie ofertowym nie ulegną podwyższeniu w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia — z wyjątkiem przypadków określonych treścią niniejszej SWZ.*

6.11 *Wartość kosztów pracy (w kosztorysie ofertowym przyjęta do ustalenia ceny oferty) nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r, poz. 2207).*

6.12 *Podane w przedmiarach robót podstawy nakładów w postaci odpowiednich tablic KNR użyte są w celu pełniejszego opisu robót. Podana podstawa nie stanowi obowiązującej Wykonawcy podstawy przy kalkulacji ceny. Podstawą dla Wykonawcy może być jego kalkulacja własna wynikająca z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz SWZ, natomiast opis, rozmiar rzeczowy i zakres czynności do wykonania są obligatoryjne. Kalkulowanie cen pozycji kosztorysowych według kalkulacji własnej dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku opisania takiej pozycji jako „ANALOGIA” lub „WYCENA WŁASNA”.*

6.13 *W celu obliczenia ceny oferty należy wykonać kosztorys ofertowy w formie kosztorysu uproszczonego, z wyszczególnieniem opisu zgodnego z „Przedmiarami robót” stanowiącymi*

załącznik do SWZ, ilości przedmiarowej, jednostki miary, ceny jednostkowej oraz wartości stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej.

Zamawiający zastrzega sobie prawo, na każdym etapie postępowania, zażądać od Wykonawcy przedstawienia dla każdej pozycji kosztorysowej - kalkulacji wykonanej metodą szczegółową.

6.14 Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, KP, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym uproszczonym i w jego wszystkich odcinkach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania.(...)

6.17 Kosztorys ofertowy uproszczony winien zawierać:

- Nazwę i adres Wykonawcy,
- Określenie przedmiotu kosztorysowania (nazwa zadania, element, rodzaj robót), Cenę kosztorysową, (bez podatku VAT, wielkość i wartość podatku VAT, łącznie z podatkiem VAT w PLN - liczbowo i słownie),
- Narzuty i stawki kosztorysu (stawka roboczogodziny, narzut kosztów pośrednich w %, narzut zysku w %)
- Kalkulację wg metody uproszczonej,
- Kwalifikowany podpis elektroniczny upoważnionego przedstawiciela wykonawcy.

Izba ustaliła, że w postępowaniu wpłynęło siedem ofert, w tym Odwołującego F. z ceną 12 734 485,61 zł brutto (kosztorys ofertowy dla Odcinka 1 zawiera stawkę roboczogodziny w wysokości 35 zł, nadto narzut w postaci kosztów pośrednich wynosi 45%, kosztorys ofertowy dla Odcinka 2 zawiera stawkę roboczogodziny w wysokości 37 zł, a koszt narzutów w postaci kosztów pośrednich wynosi 40%), Odwołującego Fransław z ceną 20 063 171,96 zł brutto (wykonawca zastosował stawkę roboczogodziny w wysokości 28 zł/h) oraz Ekobudowy z ceną 13 716 059,70 zł brutto (wykonawca zastosował stawkę roboczogodziny w wysokości 21,50 zł/h). Zamawiający poinformował, że na realizację przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 26.790.884,97 zł brutto.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 20 lipca 2022 r. wezwał wykonawcę Ekobudowa, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty – wyliczenia ceny i jej istotnej części składowej.

Zamawiający prosił w szczególności o wyjaśnienie sposobu kalkulacji zastosowanej stawki roboczogodziny – stanowiącej istotną część składową ceny oferty (kosztorysów), która budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający podnosił, że stawka roboczogodziny musi spełniać wymogi przepisów w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

W wyliczeniach stawki roboczogodziny Zamawiający żądał podania poniższych narzutów: kwoty i stawki procentowej ubezpieczenia emerytalnego, kwoty i stawki procentowej ubezpieczenia rentowego, kwoty i stawki procentowej ubezpieczenia wypadkowego, kwoty i stawki procentowej Funduszu Pracy, kwoty i stawki procentowej Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, kwoty i stawki procentowej ubezpieczenia emerytalnego (jeżeli dotyczy), innych (jeżeli dotyczy). Zamawiający stwierdzał, że wykonawca winien również odnieść powyższe wyliczenia do obowiązującego minimalnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce w 2022 roku w wysokości 3010,00 zł brutto i średniego czasu pracy w tym roku wynoszącego 167 godzin/m-c.

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp zwrócił się również do Ekobudowy o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, bowiem cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Zamawiający podnosił, że przedstawione zestawienie składników cenotwórczych winno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów dla danej pozycji, czyli wyodrębnione składniki cenotwórcze obejmujące robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko wykonawcy, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia.

Ponadto, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Ekobudowy o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie różnic w cenach jednostkowych następujących pozycji przedmiarowych:

pozycje 9 cena: 46,39 zł i pozycja 39 cena: 129,72 zł

dotyczy kosztorysu realizacja 2022 r. i realizacja 2023 r.

pozycje 14 cena: 12,79 zł i pozycja 18 cena: 7,78 zł

dotyczy kosztorysu realizacja 2022 r. i realizacja 2023 r.

pozycje 38 cena: 29,86 zł i pozycja 43 cena: 32,18 zł

dotyczy kosztorysu realizacja 2022 r. i realizacja 2023 r.

W odpowiedzi na powyższe, EKOBUDOWA wyjaśniła, że zastosowana w kosztorysie ofertowym stawka roboczogodziny na poziomie 21,50 oraz przyjęte narzuty kosztorysu w wysokości 5% koszty pośrednie i 5% zysk dają wartość roboczogodziny 23,70 zł. Wykonawca oświadczył, że odprowadza wszystkie obowiązkowe składki. Wszyscy pracownicy są zatrudnieni na umowę o pracę. Przestrzega przepisów prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego. Pracownicy są objęci zabezpieczeniem społecznym i ubezpieczeniem zdrowotnym, mają świadomość warunków zatrudnienia oraz przysługujących im uprawnień, a także możliwości ich dochodzenia.

Równocześnie wykonawca wyjaśnił, że składając ofertę szczegółowo przeanalizował warunki SWZ, dokonał wizji lokalnej w terenie, uwzględniając swoje wieloletnie doświadczenie w realizacji modernizacji, przebudowy wałów przeciwpowodziowych i budowli hydrotechnicznych oraz realizacji innych zamówień publicznych o podobnym charakterze. Kalkulacja oferty uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją zadania, w tym koszty robocizny, sprzętu i materiałów oraz marżę. Przedstawił również podstawowe materiały mające znaczący wpływ na zaoferowaną cenę i oferty od dostawców potwierdzające zastosowany w kalkulacji poziom cen. Ponadto, stwierdził, że innym elementem mającym wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jest fakt posiadania własnego i nowoczesnego o dużej wydajności parku maszynowego, co pozwala na znaczną redukcję kosztów realizacji robót, a w ramach niniejszego zamówienia będzie korzystać wyłącznie z własnego sprzętu.

Dalej, wykonawca Ekobudowa wskazał, że

- pozycje 38 cena: 39,86 zł i pozycja 43 cena 32,18 zł

(...) Rozbieżności w cenie jednostkowej w pozycjach 38 i 43 wynikają z zacytowania przez program kosztorysowy w poz. 43 dodatku za utrudnienia przy pracach na poboczu R i $S = 1,55$ co uwidacznia kosztorys szczegółowy załączony do wyjaśnień.

W związku z powyższym wnosimy o zakwalifikowanie tej pozycji jako omyłki innej i wyrażamy zgodę na jej poprawę w pozycji 43 kosztorysów

- pozycja 14 cena: 12,79 zł i pozycja 18 cena 7,78 zł

Różnica w cenie jednostkowej poz. 14 i 18 wynika z błędu powstałego w programie kosztorysowym NORMA i błędnego zaczytania przez program nakładów na samochód samowładowczy 5-10t w pozycji 18 kosztorysu.

Z uwagi na zaistniałą omyłkę prosimy o zakwalifikowanie również tej pozycji jako omyłki innej i wyrażamy zgodę na jej poprawienie w pozycji 18 kosztorysu.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił inne omyłki w treści oferty Ekobudowy, tj.: w poz. 43 kosztorysu ofertowego poprawił 32,18 zł na 29,86 zł, a w poz. 18 kosztorysu ofertowego poprawił 7,78 zł na 12,79 zł. Pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. Ekobudowa wyraziła zgodę na poprawienie ww. omyłek przez Zamawiającego.

W dniu 25 sierpnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Ekobudowa jako najkorzystniejszej, odrzucając równocześnie m.in. ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i wskazując, że w punkcie 6.14 SWZ zastrzegł, że „Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym uproszczonym i w jego wszystkich odcinkach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania”.

Kosztorys ofertowy złożony przez Wykonawcę na wykonanie zadania: Modernizacja prawostronnego obwałowania rzeki Proсны Modlica – Lisewo od km 0+000 do km 8+330 gm. Pызdry, pow. wrzesiński, woj. wielkopolskie . ETAP III – odcinek 1+900 – 4+900 (realizacja 2022 r.) zawiera stawkę roboczogodziny w wysokości 35 zł, nadto narzut w postaci kosztów pośrednich wynosi 45%.

Natomiast kosztorys ofertowy złożony przez Wykonawcę na wykonanie zadania: Modernizacja prawostronnego obwałowania rzeki Proсны Modlica – Lisewo od km 0+000 do km 8+330 gm. Pызdry, pow. wrzesiński, woj. wielkopolskie . ETAP III – odcinek 4+900 – 8+330 (realizacja 2023 r.) zawiera stawkę roboczogodziny w wysokości 37 zł, a koszt narzutów w postaci kosztów pośrednich wynosi 40%.

Ceny składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów podane w kosztorysach ofertowych na wszystkich odcinkach, które będą realizowane w ramach jednej umowy nie są takie same. Oferta jest niezgodna z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi ustaleniami punktu 6.14 SWZ. Niezgodność opisana powyżej ma charakter zasadniczy i nieusuwalny w świetle powyższego oferta podlega odrzuceniu. (...) Zamawiający – w ramach zapisów treści SWZ i przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - nie ma możliwości samodzielnego poprawienia tej oferty w sposób, który nie stanowiłby niedozwolonych negocjacji.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie o sygn. akt KIO 2286/22 zasługuje na oddalenie, a odwołanie o sygn. akt KIO 2315/22 zasługuje na uwzględnienie w części.

Sygn. akt 2286/22

Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Stosownie do art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak stanowi art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący podnosił, że skoro w pkt 6.14 SWZ (z którym to sprzeczność stała się podstawą do odrzucenia jego oferty) użyto sformułowania w całym kosztorysie ofertowym uproszczonym, czyli w liczbie pojedynczej, to oznacza, że zgodność poszczególnych

składników cenowych oraz narzutów, musi się ograniczać do jednego kosztorysu (odpowiednio dla Odcinka 1 lub 2). Tymczasem, sprzeczność, która stała się podstawą do odrzucenia jego oferty zachodzi pomiędzy kosztorysem dla Odcinka 1 a tym dla Odcinka 2, a więc jest to sprzeczność pomiędzy kosztorysami, a nie kosztorysem.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, iż ceny składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów podane w kosztorysach ofertowych na wszystkich odcinkach, które będą realizowane w ramach jednej umowy nie są takie same. Oferta jest niezgodna z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi ustaleniami pkt 6.14 SWZ.

Stosownie do pkt 6.14 SWZ *6.14 ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, KP, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym uproszczonym i w jego wszystkich odcinkach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania.*

Bezsporne między stronami było, że przedmiotowe zadanie będzie realizowane z podziałem na odcinki w danym roku (Odcinek 1 i Odcinek 2), a Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Ponadto, poza sporem była okoliczność, że Odwołujący złożył dwa kosztorysy ofertowe, odrębnie dla Odcinka 1 i odrębnie dla Odcinka 2, a ceny składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów podane w kosztorysach ofertowych na obu odcinkach, nie były takie same.

Izba wskazuje, że biorąc pod uwagę treść pkt 6.14 SWZ wszystkie odcinki to Odcinki 1 i 2, a oba dotyczą jednej umowy (będą wykonywane w ramach jednej umowy). Ww. postanowienie przesądza o tym, że zgodność w zakresie tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów musi dotyczyć obu odcinków, a zatem obu kosztorysów ofertowych. Skład orzekający w cytowanym postanowieniu SWZ nie dopatrył się żadnej niejednoznaczności uznając, iż pkt 6.14 SWZ był jasny i klarowny i nie pozostawiał żadnej dowolnej możliwości interpretacyjnej. Literalna wykładnia treści pkt 6.14 SWZ, w szczególności sformułowania *takie same dla wszystkich, w jego wszystkich odcinkach oraz dotyczących jednej umowy*, świadczą jednoznacznie, że wymogiem Zamawiającego było zastosowanie takich samych składników cenotwórczych oraz narzutów kosztów dla obydwu kosztorysów, tj. dla Odcinka 1 i Odcinka 2. Równocześnie, jak słusznie zauważył Przystępujący, bez znaczenia dla sprawy pozostają rozważania Odwołującego o sensowność przyjmowania takich samych stawek dla Odcinka 1 i Odcinka 2, np. w kontekście wzrostu kosztów realizacji zamówienia (m.in. wskutek inflacji) w 2023 r.

Izba uznała więc zarzut rzekomego nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego za bezzasadny.

Nie potwierdził się również zarzut bezpodstawnego poprawienie innych omyłek w treści oferty Ekobudowy, podczas gdy w ogóle nie spełniły się przesłanki z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 i 11 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3. Zatem zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest poprawić omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, a w przypadku zakwestionowania przez wykonawcę poprawienia omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, może ofertę odrzucić.

Zdaniem składu orzekającego wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje sobie sprawę, że oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia, podlega odrzuceniu, a zatem umyślne działanie polegające na przygotowaniu oferty niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia – ponosząc wysiłek i koszty sporządzenia tej oferty – jest nielogiczne i bezcelowe (vide: wyrok KIO z 6 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1476/08). Za takie można uznać niedokładność spowodowaną niezawinionym błędem osoby lub urzędnika technicznego i wypełnienie kosztorysu ofertowego w formie elektronicznej przy stosowaniu tego samego nr KNR z równoczesnym innym opisem dotyczącym pojedynczych pozycji z zastosowaniem takiego samego numeru KNR. Wykonawca Ekobudowa w wyjaśnieniach podniósł, że pierwotne wartości nie wynikały z jego świadomej decyzji i działania, ale były skutkiem błędnego sczytania danych przez program kosztorysowy.

Zdaniem składu orzekającego poprawienie tej omyłki nie spowodowało istotnej zmiany w treści oferty. Izba ustaliła, że załączone do oferty kosztorysy ofertowe składały się łącznie z ponad stu pozycji, a omyłka dotyczyła wyłącznie dwóch pozycji, co zostało wyjaśnione przez Przystępującego w piśmie z dnia 27 lipca 2022 r. Ponadto, bez znaczenia pozostaje fakt że poprawienie omyłek doprowadziło do zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Okoliczność, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Sygn. akt KIO 2315/22

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekobudowy, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwołujący podnosił, że w jego ocenie wyjaśnienia Ekobudowy w zakresie rażąco niskiej ceny potwierdzają, że zaoferowana przez Ekobudowę cena, a w szczególności koszt, zawierają rażąco niską cenę.

Izba ustaliła, że w obu kosztorysach uproszczonych Ekobudowy wskazano m.in.: 1) stawkę roboczogodziny na kwotę 21,50 zł (bez podatku VAT), a także narzuty: 1) Koszty pośrednie (Kp): 5%R (R oznacza robociznę), 5%S (S oznacza sprzęt), 2) Zysk (Z) 5% (R+Kp(R)) + 5% (S+Kp(S)), 3) VAT 23%.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień wskazał, że koszt robocizny podany w ofercie

Ekobudowy w wysokości 21,50 zł musi uwzględniać minimalne wynagrodzenie oraz wszystkie narzuty (koszty pracy). W odpowiedzi na wezwanie Ekobudowa stwierdziła, że jej stawka godzinowa wynosi 23,70 zł uwzględniając przyjęte narzuty kosztorysu w wysokości 5% koszty pośrednie oraz 5% zysk (*Zastosowana przez nas w kosztorysie ofertowym stawka roboczogodziny na poziomie 21,50 oraz przyjęte narzuty kosztorysu w wysokości 5% koszty pośrednie i 5% zysk dają nam wartość roboczogodziny 23,70 zł*).

Izba uznała, że takie działanie jest sprzeczne z postanowieniami SWZ, które nie dopuszczają liczenia kosztu robocizny wraz z kosztami pośrednimi i zyskiem. Zgodnie bowiem z pkt 6.17 SWZ *Kosztorys ofertowy uproszczony winien zawierać: (...) – Narzuty i stawki kosztorysu (stawka roboczogodziny, narzut kosztów pośrednich w %, narzut zysku w %)*. Zatem, odrębnie należało wycenić wszystkie ww. elementy, tj. stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie oraz zysk.

Dlatego też za nieuprawnione należy uznać przerzucanie kosztów pośrednich i zysku do stawki roboczogodziny celem jej uzupełnienia, w sytuacji gdy Zamawiający wymagał podania wszystkich tych elementów odrębnie. W kontekście przywołanego wyżej

postanowienia SWZ Izba uznała, że przeniesienie kosztów pośrednich i zysku do roboczogodziny jest niemożliwe. Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, przeniesienie ww. pozycji do stawki roboczogodziny oznaczałoby, że wykonawca nie podał tych dwóch elementów wymaganych postanowieniami SWZ. Skoro Zamawiający wymagał podania zarówno kosztów pośrednich, jak i zysku, to nieuprawnione jest przenoszenie ich na inne pozycje.

Dodatkowo, zgodnie z pkt 6.6 SWZ *cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją wykonawczą i specyfikacją wykonania i odbioru robót*. Natomiast poddając analizie złożone przez Ekobudowę kosztorysy ofertowe oraz złożone wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny kosztorysy szczegółowe należy dojść do wniosku, że w poszczególnych pozycjach kosztorysów (zarówno składanego wraz z ofertą, jak i wraz z wyjaśnieniami) Ekobudowa uwzględniła jedynie stawkę 21,50 zł.

Wymaga również podkreślenia, że Ekobudowa powołała się na okoliczność, że jej pracownicy otrzymują wynagrodzenie minimalne i taka stawka została wskazana w ofercie i wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny. Natomiast w żaden sposób powyższe nie zostało udowodnione, czy chociażby uprawdopodobnione. Skoro Ekobudowa twierdziła, że *Wszyscy pracownicy (...) posiadają wieloletni staż pracy i doświadczenie w tego typu pracach* to raczej należy przyznać Odwołującemu, że mało realne wydaje się, aby osoby z takim doświadczeniem i stażem pracy gotowe były pracować za najniższe wynagrodzenie.

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, Ekobudowa nie tylko nie udowodniła, ale nawet nie wspomniała w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny o szeregu kosztach, które winny znaleźć swoje pokrycie, np. takich jak koszty budowy, koszty finansowe, koszty kierownictwa i nadzoru nad realizacją zamówienia, koszty pośrednie oraz ogólne przedsiębiorstwa.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że Ekobudowa swymi wyjaśnieniami nie obaliła domniemania rażąco niskiej ceny. Izba pominęła natomiast argumentację Odwołującego dotyczącą zasad kosztorysowania, rachunkowości oraz powoływanie się na dowód dotyczący minimalnej stawki kalkulacyjnej wynagrodzenia w budownictwie oraz w gospodarowaniu nieruchomościami w Polsce w 2022 jako niewnoszących nic do sprawy.

Izba uznała, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekobudowa, pomimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny. Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący podnosił, że z wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Ekobudowę wynika, że ujął on koszty robocizny w narzutach, tj. w kosztach pośrednich oraz zysku, co jest niezgodne ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w pkt 6 SWZ.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6.6 SWZ *cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją wykonawczą i specyfikacją wykonania i odbioru robót*. Skoro Ekobudowa oświadczyła, że koszty pośrednie oraz zysk są elementem robocizny to oznacza, że kosztorysy złożone przez wykonawcę nie zawierają kosztów pośrednich oraz zysku, zatem zawierają błąd w obliczeniu ceny zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Skład orzekający uznał natomiast za bezzasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ekobudowa, pomimo że oferta jest sprzeczna w swej treści z warunkami zamówienia. Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 Pzp przez bezpodstawne dokonanie poprawek oferty Ekobudowa mimo braku przesłanek do ich dokonania oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej przez Ekobudowa oferty, a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podnosił, że skoro kosztorysy uproszczone Ekobudowy zawierały sprzeczności, dotyczy to poz. 14 i 18 oraz poz. 38 i 43, to nie mogły być poprawione w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, dlatego że poprawka ta dotyczy ceny. Po drugie, poprawka ta ma charakter niebagatelny, albowiem suma dokonanych zmian wyrażona kwotowo wynosi aż 326.168,75 zł (320.022,10 zł dla poz. 18 i 6.146,65 zł dla poz. 43). Nie jest to zatem drobna (nieistotna) kwota, jakby się wydawało tylko z porównania kwot dla cen jednostkowych. Po trzecie, aby móc dokonać poprawki należy najpierw ustalić, że doszło do omyłki, tymczasem okoliczności w tej sprawie nie wskazują, aby podanie różnych kwot było wynikiem omyłki wykonawcy.

Izba wskazuje, że poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest uzależnione od spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Po drugie, poprawienie niezgodności nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podstawę oceny w przedmiocie zgodności oferty z warunkami zamówienia powinno stanowić nie tylko

jednostkowe, ujęte w formularzu, oświadczenie wykonawcy, ale całokształt dokumentów, jakie składają się na ofertę, a które opisują oferowany przedmiot. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że po pierwsze różnica w cenie oferty wykonawcy Ekobudowa po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtować się będzie na poziomie jedynie ok. tj. 2,3 % ceny ofertowej brutto. Omyłki dotyczyły nieznaczącej ilości pozycji (dwóch spośród ponad stu). Po drugie, poprawienie omyłek nie jest wynikiem celowego działania wykonawcy. Dostrzeżenia wymaga również fakt, że w wyniku poprawy omyłki nie zmieniłby się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu. Zarówno przed jak i po poprawieniu omyłek oferty Ekobudowy, oferta ta uplasowałaby się na tej samej pozycji w rankingu ofert.

Jednocześnie brak było podstaw do przypuszczenia, że omyłki były wynikiem celowego działania wykonawców. Jak wyjaśniła Ekobudowa pierwotne wartości nie wynikały ze świadomej decyzji i działania wykonawcy, ale były skutkiem błędnego zacytowania danych przez program kosztorysowy, co również znalazło wyraz w jego wyjaśnieniach. Natomiast twierdzenia Odwołującego jakoby nie było możliwe automatyczne sczytanie danych w programie kosztorysowym, należy uznać za subiektywną opinię, niepopartą żadnymi dowodami. W kontekście powyższego Izba oddaliła też zarzut związany z prowadzeniem nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej przez Ekobudowę oferty.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty F., pomimo że oferta jest sprzeczna w swej treści z warunkami zamówienia. Odwołujący podnosił, że w kosztorysie uproszczony (zarówno dla Odcinka 1 i Odcinka 2) złożonym wraz z ofertą F. wskazano, że dla poz. 24, 27, 37 obowiązuje tablica KNNR 10503-05, dla poz. 15 i 45 tablica KNNR 10409-07, a dla poz. 14 i 18 tablica KNNR 10206-04. Pomimo tego, że dla tych poszczególnych pozycji istnieją te same tablice KNR to ceny jednostkowe w ofercie F. są inne. To oznacza zdaniem Odwołującego, że przy przygotowaniu oferty kosztorysant musiał zmienić nakłady w ramach danych tablic przyjmując je odmiennie dla innych pozycji, dla których obowiązywał ten sam KNR. Nie jest bowiem możliwe, aby bez ingerencji w tablicę i wskazane tam nakłady otrzymać inne wyniki. Z kolei każda zmiana nakładów rzeczowych oznacza, że dana kalkulacja nie jest kalkulacją wg danego KNR i danej tablicy, a kalkulacją własną. Powyższe działanie F., według Odwołującego, samo w sobie jest dozwolone zgodnie z pkt 6.12 SWZ, ale tylko i wyłącznie wtedy, gdy dana pozycja zostanie opisana jako analogia lub wycena własna. Skoro zatem wykonawca F. liczył ww. pozycje wg kalkulacji własnej, ale oznaczył, że liczy wg danych

tablic KNR sposób obliczenia ceny jest sprzeczny z warunkami zamówienia opisanymi w pkt 6.14 SWZ.

Izba ustaliła, że w kosztorysie uproszczonym (zarówno dla Odcinka 1 i Odcinka 2) złożonym wraz z ofertą F. znajdują się następujące pozycje:

- dział. 2.1 poz. 24. plantowanie, cena jednostkowa 2,35 zł, KNNR 10503-05, ST-02.00.00;
- dział. 2.2 poz. 27. plantowanie, cena jednostkowa 5,86 zł, KNNR 10503-05, ST-02.00.00;
- dział. 2.4 poz. 39. plantowanie, cena jednostkowa 5,86 zł, KNNR 10503-05, ST-02.00.00;
- dział. 2.1 poz. 15. zagęszczenie nasypów, cena jednostkowa 3,52 zł, KNNR 10409-07, ST-02.01.00;
- dział. 2.4 poz. 45. zagęszczenie nasypów, cena jednostkowa 7,82 zł, KNNR 10409-07, ST-02.01.00;
- dział. 2.1 poz. 14. roboty ziemne koparkami, cena jednostkowa 7,43 zł, KNNR 10206-04, ST-02.01.00;
- dział. 2.1 poz. 18. roboty ziemne koparkami, cena jednostkowa 7,79 zł, KNNR 10206-04, ST-02.01.00.

Skład orzekający uznał za gołosłowne wyjaśnienia Odwołującego jakoby nie było możliwe, aby bez ingerencji w tablicę i wskazane tam nakłady otrzymać inne wyniki. Wykonawca F. wyjaśnił bowiem, że często tablice KNR (KNNR) zawierają szereg parametrów zależnych od konkretnego rodzaju robót i sposobu ich wykonania. Nawet mimo przywołania w przedmiarze robót tej samej tablicy KNNR dla dwóch różnych pozycji kosztorysowych, ich konkretny sposób wyceny może być zupełnie odmienny, z uwagi np. na zupełnie inny rodzaj sprzętu przewidziany dla danej konkretnej pozycji. Ponadto, tabele kosztorysowe zostały stworzone dla określonych abstrakcyjnych założeń (opisanych we wstępnej części danego KNR), a często spotykaną w praktyce sytuacją jest oparcie się na danej tabeli i jednocześnie zastosowanie określonych współczynników korygujących (dostosowujących wycenę do konkretnych robót wynikających ze szczegółowych opisów zawartych w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót).

Izba za nieudowodniony i nieuzasadniony uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty F., pomimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny, który znalazł się jedynie w *petitum* odwołania, a następnie w ogóle nie został rozwinięty. Izba uznała, iż zarzut ten został przez Odwołującego wadliwie skonstruowany, bowiem skoro twierdził, że oferta F. zawiera błąd w obliczeniu ceny, to winien był wskazać konkretnie na czym taki błąd miałby polegać. Dopiero w wyniku takiego stwierdzenia, można byłoby rozpatrywać, czy rzeczywiście taki błąd zaistniał. Tymczasem zarzut ten nie został w odwołaniu nie tylko należycie uzasadniony, ale też nie został w ogóle

rozwinęty. Odwołujący nie przytoczył żadnych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, odnoszących się do obliczenia ceny w zakresie podnoszonego zarzutu. Nie odniósł się również do żadnych konkretnych treści oferty złożonej przez wykonawcę F., które świadczyłyby o błędzie w obliczeniu ceny. Jedynie w odniesieniu do zarzutu sprzeczności oferty F. z warunkami zamówienia stwierdził lakonicznie, że sposób obliczenia ceny jest błędny. Dlatego też Izba uznała powyższy zarzut za gołosłowny i bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). W sprawie o sygn. akt KIO 2286/22 Izba oddaliła odwołanie w całości. Dlatego też kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Odwołującego i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania. W sprawie KIO 2315/22, Izba uwzględniła dwa, spośród czterech zasadniczych zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania. Z uwagi na powyższe, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego i zamawiającego w części 1/2. W poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczono uiszczony wpis w kwocie 20 000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł i zasądzone od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 800,00 zł, stanowiącą uzasadnione koszty strony, zasądzając połowę wpisu od odwołania i połowę wynagrodzenia pełnomocnika tj. w takiej części, w jakiej zasadne okazały się zarzuty odwołania.

Przewodniczący:

