

Sygn. akt: KIO 1334/21

WYROK
z dnia 5 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez Odwołującego – **J. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firma EFB Partner J. K., ul. Polna 63, 05-140 Serock w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Starachowice**, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **ANW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Goczałkowicach-Zdroju, ul. Bór II/1, **ACS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Leonida Teligi 5 lok. 8, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – J. K. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129.) 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:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji przez Zamawiającego – Gminę Starachowice na *oczyszczanie zbiornika wodnego Pasternik w Starachowicach* (nr ref.: ZP.271.1.2021.PMag.), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.02.2021 r., nr 00009055/01, wobec czynności badania i oceny ofert wniesione zostało 4 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy J. K., EFB Partner J. K. (sygn. akt KIO 1334/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że jej treść nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, względnie poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo tego, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne przychylenie się do wniosku Konsorcjum zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz objęcie tajemnicą zarówno samych wyjaśnień jak i uzasadnienia dla objęcia ich tajemnicą;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum, które składając bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa służące, w ocenie Odwołującego, nie tyle zabezpieczeniu własnego interesu, ile uniemożliwieniu pozostałym wykonawcom skorzystania z przysługującego im prawa kontroli, dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum, powtórzenia badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający powinien uznać albo, że obie oferty (Odwołującego i Konsorcjum) podlegają odrzuceniu i jej odrzucić albo uznać, iż obie oferty nie podlegają odrzuceniu i udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu 29.04.2021 r. Odwołujący dowiedział się o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien potraktować w ten sam sposób wykonawców, których sytuacja w postępowaniu jest podobna (art. 16 pkt 1 Pzp), co powinno

prować albo do odrzucenia ofert Odwołującego i Konsorcjum albo uznania je za zgodne z warunkami zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, iż w kosztorysie wykonawca pominął pozycje przedmiaru robót wskazane w informacji. Jednocześnie w piśmie z 9.04.2021 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum o stwierdzonych innych omyłkach polegających na niezgodności kosztorysu ofertowego z dokumentami zamówienia, czyli z przedmiarem, które jednak poprawił. Omyłki te miały polegać na błędnym opisie pozycji nr 3 d.2 kosztorysu, przyjęciu błędnych jednostek miar oraz przyjęciu błędnych ilości jednostek obmiarowych w poz. 12 d.2 kosztorysu.

Z punktu widzenia tych samych postanowień warunków zamówienia oferta Odwołującego została odrzucona, a oferta Konsorcjum została potraktowana bardziej liberalnie.

Zamawiający wymagał aby opis pozycji w kosztorysie był identyczny z opisem w przedmiarze, zakazywał jakichkolwiek zmian i nie dopuszczał do nieujęcia jakichkolwiek pozycji w kosztorysie.

Zastąpienie w kosztorysie Konsorcjum pozycji: „Wykoszenie roślinności szuwarowej i pływającej w 2021 r.” pozycją „Usuwanie korzeni roślinności szuwarowej i pływającej w 2021 r.” stanowi w istocie nieujęcie w kosztorysie pozycji określonej w przedmiarze, albowiem są to rodzajowo odmienne czynności. Tym samym różnica pomiędzy ofertą Odwołującego, a Konsorcjum sprowadza się do czynnika ilościowego, czyli liczby ewentualnych błędów, która w ofercie Odwołującego jest większa. Nie może to jednak przesądzać o nierównym traktowaniu wykonawców, bowiem już nawet wystąpienie jednego błędu o rodzajowo podobnym charakterze musi prowadzić do tożsamego rozstrzygnięcia.

Poza tym oferta Konsorcjum nie spełnia wymagań warunków zamówienia także w zakresie wymogu dotyczącego jednostek obmiarowych.

W odniesieniu do wyjaśnień, jakie Konsorcjum składało na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.03.2021 r., Odwołujący kwestionuje zasadność uznania przez Zamawiającego, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego nie jest możliwe aby cała treść wyjaśnień kwalifikowała się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Pzp, a zatem informacji o cenach lub kosztach zawartych w ofertach. W konsekwencji wszelkie informacje odnoszące się do cen ofertowych lub kosztów podlegają ujawnieniu.

Bezpodstawne przychylenie się do wniosku Konsorcjum uniemożliwiło skuteczną kontrolę tej oferty przez pozostałych wykonawców. Bez znajomości wyjaśnień nie jest możliwe postawienie zarzutów, co prowadzi do wady postępowania, która powinna uzasadniać unieważnienie czynności wyboru i ponowne badania ofert po udostępnieniu wykonawcom

wyjaśnień Konsorcjum w zakresie ceny. Powiązaniem z tym zarzutem jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Na tle zadanych przez Zamawiającego pytań Odwołujący może domniemywać (nie znając treści wyjaśnień), iż zachowanie Konsorcjum można kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa miało na celu uniemożliwienie innym wykonawcom kontrolę poprawności oferty.

W dniu 7.05.2021 r. do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie ANW Sp. z o.o. i ACS Poland Sp. z o.o.

Zamawiający w piśmie z 14.05.2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający podtrzymał swoje oceny oferty Odwołującego i oferty Konsorcjum. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty i dwóch wykonawców składało wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które Zamawiający przyjął. Odwołujący nie był wezwany do złożenia wyjaśnień, gdyż jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na pominięcie w kosztorysie pozycji przedmiarowych: 2.1.2 Aplikacja biopreparatów w 2021 r., 2.3.2 Instalacja rezonatora Wodnego, 2.4.2.1 Badani wody, 2.4.2.2 Badania osadu dennego, 3.1.2 usunięcie osadu dennego w 2021 r., 3.3.2 wegetacyjna mata kokosowa.

Zamawiający nie dopuszczał pominięcia pozycji w kosztorysie ofertowym (pkt 14 swz). Przedstawiony kosztorys nie obejmuje całości prac opisanych w swz i dokumentacji projektowej. Ich dopisanie nie było możliwe na podstawie danych zawartych w kosztorysach i nie mogły być wycenione bez ingerencji wykonawcy w treść oferty. W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Bezzasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, w której Zamawiający stwierdził inne omyłki polegające na niezgodności kosztorysu ofertowego z dokumentami postępowania, tj. przedmiarem robót, niepowodujące istotnej zmiany w treści oferty. W poz. Nr 3 d.2 kosztorysu ofertowego wykonawca podał błędny opis pozycji, w poz. 4,7,10, 13, 16, 19 d.2 oraz 81-83 d.8 kosztorysu wykonawca podał błędne jednostki miary, a w poz. 12 d.2 kosztorysu podana została błędna ilość jednostek miary. Wartość pozycji kosztorysowych po poprawieniu to 222.000 zł. Na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawił omyłki uwzględniając ich konsekwencje rachunkowe. Po korekcie cena oferty wynosi 12.657.337,14 zł.

Zamawiający przywołał orzecznictwo KIO oraz Sądu Okręgowego, które miałyby być adekwatne do oceny okoliczności, które doprowadziły do poprawienia oferty Konsorcjum w zakresie opisu pozycji kosztorysowej, dwukrotnie wycenionej pozycji, zmianie jednostek obmiarowych, zmianie ilości jednostek obmiarowych, na co wykonawca wyraził zgodę (pismo z 12.04.2021 r.).

Skala uchybień w ofercie Odwołującego była ilościowo, a przede wszystkim jakościowo dużo większa niż omyłek popełnionych przez Konsorcjum. Zamawiający nie miał jak uzupełnić brakujących pozycji na podstawie danych zawartych w kosztorysach, a brakujące pozycje nie mogą być wycenione bez ingerencji wykonawcy. Odwołujący nawet w odwołaniu nie wskazuje w jaki sposób Zamawiający miałby uzupełnić brakujące pozycje.

W odniesieniu do wyjaśnień składanych w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie zwracał się o ich udostępnienie, jak również o udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nieodtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet gdyby hipotetycznie było niezasadne, nie mogłoby prowadzić wprost do odrzucenia oferty Konsorcjum. Ponadto, pozostaje to bez wpływu na sytuację prawną Odwołującego, którego oferta została odrzucona.

Odwołujący w żadnym punkcie odwołania nie broni swojej oferty, nie wskazuje żadnych argumentów na to, że nie powinna ona podlegać odrzuceniu lub, że Zamawiający powinien uzupełnić brakujące pozycje kosztorysowe.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest między innymi czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a żądania odwołania zmierzają również do przywrócenia jego oferty do oceny, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie powinien budzić wątpliwości. Należy jednak zauważyć, iż odwołanie zasadniczo wskazuje na dążenie do uchylecia wyniku postępowania w ten sposób, aby nawet doprowadzić do odrzucenia dwóch pierwszych ofert,

co spowoduje, że pozostanie w postępowaniu oferta trzeciego wykonawcy, który nie podejmuje żadnych kroków prawnych w celu zmiany wyniku postępowania. Powoduje to taki stan, w którym wysiłki Odwołującego mogą faktycznie służyć wyłącznie interesowi innemu wykonawcy, który nie podejmuje w celu jego ochrony żadnych kroków prawnych, chociażby przystępując do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Tym samym oceniając istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służyć miałyby odwołanie wykonawcy, należy ustalić, czy na moment jego wniesienia istniała realna szansa Odwołującego na dalsze uczestnictwo w postępowaniu. W ocenie Izby, na tak postawione pytanie należało udzielić odpowiedzi twierdzącej, z tym zastrzeżeniem, że oceniając czynności Zamawiającego Izba miała również na uwadze, w jakim stopniu ewentualne uchybienia mogłyby wpłynąć na wynik postępowania w świetle postawionych żądań i zakresu zarzutów. W szczególności Izba zobowiązana była przyjąć dla tej oceny znaczenie, jakie miałyby ustalenie, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie naruszała wskazanych w odwołaniu przepisów Ustawy.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w szczególności uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym dla zamówienia, którego wartość udzielonego, jako część zamówienia określił szacunkowo na kwotę 11.802.260,00 zł, co stanowi równowartość 2.764.448,50 euro.

W postępowaniu w terminie do 10.03.2021 r. godzina 10:00 wpłynęły do Zamawiającego oferty od trzech wykonawców z cenami brutto: 12.658.813,14 zł (oferta Konsorcjum ANW Sp. z o.o./ACS Poland Sp. z o.o.), 12.996.525,89 zł. (EFB Partner J. K.), 14.322.000,00 zł (Control Process Silesia Sp. z o.o.). Średnia wszystkich złożonych ofert wyniosła 13.325.779,67 zł.

W pkt 14 swz zawarte zostały zasady dotyczące wyceny oferty. Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług. Kosztorys powinien zawierać wyłącznie pozycje występujące w przedmiarze pobranym od Zamawiającego. Zamawiający nie zezwolił na pomijanie lub łączenie pozycji kosztorysowych (tj. stosowanie łącznej ceny jednostkowej dla dwóch lub więcej pozycji). W każdej pozycji

należało podać: nr pozycji, podstawę wyceny, opis pozycji – *identyczny z opisem w przedmiarze*. Zamawiający dopuszcza zmiany opisu wynikające jedynie ze zmiany oferowanych materiałów i urządzeń (na równoważne), maszyn oraz odległości wywozów, jednostki obmiarowe i ich ilość (identyczną jak w przedmiarze), cenę jednostkową pozycji oraz wartość pozycji. Cena ofertowa stanowiła sumę wartości poszczególnych pozycji powiększoną o podatek VAT. W przekazanych Wykonawcom przedmiarach robót Zamawiający w formie opisu pozycji oraz przez podanie katalogów norm lub kodów określa jedynie obowiązujący przy wykonaniu zamówienia podstawowy zakres czynności i sposób obmiaru niezbędny do ustalenia cen jednostkowych, nie narzucając żadnej podstawy wyceny i technologii wykonania.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy wskazując na błędy w kosztorysie ofertowym polegające na pominięciu pozycji przedmiarów robót (nr 2.1.2, 2.3.2 poz 1-4, 2.4.2.1 poz. 1-4, 2.4.2.2, 3.1.2, 3.3.2) Zamawiający wskazał na zapis pkt 14 swz, w którym wymagał, aby kosztorysy zawierały wszystkie pozycje i nie pozwalał na pominięcie żadnej z pozycji. Zamawiający uznał, iż złożony przez Odwołującego kosztorys nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia opisanego w swz i dokumentach projektowych. Uzupełnienie pozycji przez ich dopisanie uznał za niemożliwe na podstawie danych zawartych w kosztorysach ponieważ brakujące pozycje nie mogą być wycenione bez ingerencji w treść oferty ze strony Wykonawcy.

Zamawiający wobec dwóch ofert podlegających ocenie wszczął procedurę zmierzającą do wyjaśnienia zaoferowanych cen, których wysokość nie osiągnęła wskaźników określonych w przepisach Ustawy uzasadniających skierowanie wezwania na podstawie art. 224 ust. 2 Ustawy. W wezwaniu z 25.03.2021 r. skierowanym na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy do Konsorcjum Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie dokonanej wyceny wskazanych pozycji kosztorysowych, jak również wyjaśnienie czynników, jakie miały wpływ na obliczenie ceny ofertowej, tj. kosztów pracy i kosztów niezbędnych do zrealizowanie pełnego zakresu zamówienia związanych z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie.

Zamawiający wezwał również drugiego wykonawcę - Control Process Silesia Sp. z o.o. pismem z 25.03.2021 r. do złożenia wyjaśnień wyceny pozycji 1.1.1 i 1.1.2 w 2021 r., 1.2.1 w 2021 i 2022 r., poz. 1.3.1 i 1.3.2 w 2021 r. i 2022 r., 2.1.1 w 2021 r., 2.2.4 za 2021 r., i 2.2.10 w 2021 r. oraz wyjaśnienie czynników, jakie miały wpływ na obliczenie ceny ofertowej, tj. kosztów pracy i kosztów niezbędnych do zrealizowanie pełnego zakresu zamówienia związanych z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie.

Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, zastrzegając zawarte w nich informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia w piśmie z 31.03.2021 r., wskazując we wstępnej jego części (jawnej) na orzecznictwo KIO i Sądów Okręgowych związane z badaniem rażąco niskiej ceny, a następnie dalszą część wraz z załącznikami zastrzegło w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym samo uzasadnienie utajnienia informacji.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum dokonując wcześniej korekty oświadczenia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy uznając, iż zachodziły inne omyłki polegające na niezgodności kosztorysu ofertowego z dokumentami zamówienia, tj. przedmiarem robót, wskazując w piśmie z 9.04.2021 r. na błędny opis pozycji nr 3 d.2 (kalkulacja własna), błędne jednostki miary w poz. 4 d.2, 7 d.2, 10 d.2, 13 d.2, 16 d.2, 19 d.2, 81 d.8, 82 d.8, 83 d.8 oraz błędną ilość jednostek miary w poz. 12 d.2 kosztorysu ofertowego (jest 14,880 ha winno być 14,80 ha). Po korekcie wartość kosztorysowa tej pozycji uległa zmianie na 222.000,00 zł. Po korekcie cena podana w ofercie uległa zmniejszeniu do 12.657.337,14 zł. (o 1.476,00 zł).

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie należy odnieść się do zasadniczej kwestii związanej z konstrukcją zarzutów i żądań odwołania wykonawcy, którego oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Odwołujący wskazując na wadliwość tej czynności porównywał swoją ofertę z ofertą Konsorcjum, w której kosztorysie ofertowym również wystąpiły błędy, zakwalifikowane przez Zamawiającego do poprawienia, jako inna omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Zdaniem Odwołującego, różnica pomiędzy jego ofertą, a ofertą Konsorcjum sprowadza się do czynnika ilościowego, czyli liczby ewentualnych błędów, która w ofercie Odwołującego była większa. Wykonawca w odwołaniu wskazywał jako podstawę żądania przywrócenia jego oferty do oceny lub uznania, że obie oferty należało ocenić w ten sam sposób i odrzucić, zapis swz, w którym Zamawiający wymagał aby opis pozycji w kosztorysie był identyczny z opisem w przedmiarze, zakazywał jakichkolwiek zmian i nie dopuszczał do nieujęcia jakichkolwiek pozycji w kosztorysie (pkt 14 swz). W ocenie Odwołującego Zamawiający miał dopuścić się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że jej treść nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, względnie poprzez brak odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo tego, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Należy zauważyć, iż w odwołaniu wykonawca nie wykazał, czy i na jakiej podstawie błędy kosztorysowe jego oferty należałoby poprawić. W szczególności nie wskazał na jakiej podstawie Zamawiający mógłby ustalić wycenę brakujących pozycji. Swoją argumentacją skupił wyłącznie na wykazaniu, że korekta poz. 3 d.2 kosztorysu Konsorcjum nie była

uprawniona, a Zamawiający zobowiązany był uznać, iż wykonawca nie uwzględnił całości prac objętych przedmiotem zamówienia, co miało prowadzić do takiej samej sytuacji, jaka występowała w ofercie Odwołującego.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż nie zachodziło podobieństwo stanu faktycznego, w jakim Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z swz oraz ocenił, iż w ofercie Konsorcjum wystąpiły omyłki kwalifikujące do korekty oświadczenie wykonawcy. Zarzut Odwołującego w tym zakresie zasadniczo wynikał z tezy, iż wobec obu ofert zachodziło podobieństwo, co powinno prowadzić do takiej samej oceny omyłek, czy też błędów, jakie występowały w obu ofertach. Izba uznała tezę tą za błędną z tej przyczyny, że w kosztorysach dwóch wykonawców nie popełniono tych samych błędów, co należy odnosić do rodzajowo wspólnych okoliczności, które miałyby prowadzić do wniosku, że polegały one na tym samym. Zasadniczo o odrzuceniu oferty Odwołującego zdecydowało pominięcie pozycji kosztorysowych, co uniemożliwiało ustalenie podstawy wyceny i dokonania przez Zamawiającego ewentualnej korekty, o co w ogóle Odwołujący nie występował w żądaniach. Z drugiej strony korekta opisu poz. 3 d.2 kosztorysu Konsorcjum była uzasadniona chociażby zestawieniem kolejności pozycji i ich odniesieniem do przedmiaru robót. Wykonawca wycenił pozycję zamieszczając inny opis, który również występował w dalszych pozycjach kosztorysu ofertowego. Zamawiający mógł jednak korygując sam opis pozycji przywrócić spójność oświadczenia wykonawcy, który określił zarówno cenę jednostkową, jak i ilość obmiarową pozycji, zgodną z przedmiarem robót. Ponadto kolejność występujących po sobie pozycji wskazuje na spójność kalkulacji, w której najpierw wykonawca wskazywał rodzaj prac, a następnie wypełniał pozycje związane z transportem i nakładami związanymi z biomasą. Dalsze korekty dotyczące rodzaju jednostek przedmiarowych, czy też ich ilości, miały również odmienny ciężar gatunkowy od błędu Odwołującego polegającego na całkowitym pominięciu przy kalkulacji pozycji przedmiarowej. Nie można porównywać tych sytuacji jako rodzajowo identycznych, do czego zmierzała argumentacja Odwołującego. Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie była podyktowana ilością omyłek, ale ich rodzajem gatunkowym, który nie pozwalał na zakwalifikowanie ich jako omyłek niepowodujących istotnej zmiany. Dopisanie pominiętych przy wycenie pozycji jest istotną zmianą oświadczenia wykonawcy, która wymagałaby dodatkowo udziału samego wykonawcy w ustaleniu wyceny brakujących pozycji w kosztorysie ofertowym.

Ponieważ Odwołujący w ogóle nie skupiał się na wykazaniu poprawności własnej oferty, znamienym stało się żądanie odrzucenia oferty własnej i oferty Konsorcjum, które może prowadzić do wniosku, iż Odwołujący nie dąży do uzyskania zamówienia, co podważałoby istnienie interesu w jego uzyskaniu. W sytuacji, gdy Odwołujący nie podejmuje realnej próby przywrócenia własnej oferty do oceny, co wymagałoby wykazania podstawy do uchylenia

decyzji o odrzuceniu oferty, a żądania wskazują zasadniczo na dążenie do wyeliminowania z postępowania innego wykonawcy, do zmiany wyniku postępowania na skutek tak sformułowanego odwołania mogło prowadzić jedynie ustalenie, że uchybienia związane z oceną oferty wybranej istotnie wpływałyby na tą ocenę. Nie zmieni to jednak sytuacji Odwołującego w postępowaniu, a jego działania mogą okazać się korzystane dla trzeciego wykonawcy, który w ogóle nie podjął kroków prawnych celem zmiany niekorzystanego dla niego wyniku postępowania. Ponieważ Odwołujący nie sformułował zarzutów wobec trzeciej oferty, nie ma podstaw do przyjęcia, iż błędy Zamawiającego wskazane w podstawie zarzutów mogły prowadzić do unieważnienia postępowania, co otwierałoby Odwołującemu drogę do ponownego ubiegania się o zamówienie.

W odniesieniu do zarzutu związanego z oceną zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum dotyczących kalkulacji ceny, Izba po analizie wyjaśnień uznała, iż nie kwalifikowały się one w całości do utajnienia. Zawierały bowiem nie tylko założenia kalkulacyjne wynikające z możliwości, jakie posiada wykonawca, ale również w dużej części prezentowały informacje o dużym stopniu ogólnikowości, co nie mogło prowadzić do ujawnienia informacji rzeczywiście istotnych z punktu widzenia działalności wykonawcy. Powyższe nie prowadziło jednak do uwzględnienia w tej części odwołania, gdyż ewentualne błędy w ocenie wniosku nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Odwołujący nie formułował zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny, co mógł podnieść z ostrożności na etapie postępowania, które kończyło ocenę ofert. Znając zakres pytań, jakie Zamawiający skierował do Konsorcjum, jak również ceny prezentowane w jawnym kosztorysie ofertowym, wykonawca miał możliwość przedstawienia wniosków uwiarygodniających ewentualną podstawę do uznania ceny za rażąco niską. Odwołujący upatrywał podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum w samym utajnieniu wyjaśnień, kwalifikując to działanie jako czyn nieuczciwej konkurencji. Ponownie budzi to wątpliwość co do istnienia faktycznej podstawy zarzutu. Nawet bowiem udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień w jakiejś części, nie miałyby wpływu na sytuację tego wykonawcy w postępowaniu. Samo ustalenie, że w jakiejś części wyjaśnienia mogłyby podlegać odtajnieniu nie prowadziło jeszcze do wniosku, że oferta podlegać powinna na tej podstawie odrzuceniu. Odwołujący wskazywał w tym zakresie na czyn nieuczciwej konkurencji, który zdaniem Izby nie miał miejsca. Gdyby bowiem przyjąć, iż działania Konsorcjum miały na celu utrudnienie innym wykonawcom możliwość kontroli prawidłowości oceny tej oferty, to faktycznie podmiotem, który skorzystałby w tej sytuacji był trzeci wykonawca, który również utajnił swoje wyjaśnienia w zakresie ceny. Odwołujący nie kierował zastrzeżeń co do decyzji o utajnieniu wyjaśnień trzeciego wykonawcy, jak również nie czynił zarzutu działania prowadzącego do czynu nieuczciwej konkurencji. W odwołaniu nie ma również próby zakwalifikowania czynności Konsorcjum do którejś z postaci czynu

nieuczciwej konkurencji, co czyniło zarzut bezzasadnym i prowadziło do oddalenia odwołania.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 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. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący: