

Sygn. akt: KIO 1869/18

WYROK
z dnia 2 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17.09.2018 r.** przez wykonawcę **A.G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **GRAND A.G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gmina Jawor, Rynek 1, 59-400 Jawor** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa basenu letniego w Jaworze w ramach zadania „Basen miejski””

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu art. 91 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy Techbud Spółka z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu,

2. kosztami postępowania w wysokości 14 032 zł 35 gr (słownie: czternaście tysięcy trzydzieści dwa złote i trzydzieści pięć groszy) obciąża Zamawiającego - Gminę Jawor, Rynek 1, 59-400 Jawor i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **GRAND A.G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego **Gminy Jawor, Rynek 1, 59-400 Jawor** na rzecz wykonawcy - **A.G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **GRAND A.G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna** kwotę w wysokości **14 032 zł 35 gr** (słownie: czternaście tysięcy trzydzieści dwa złote i trzydzieści pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa przed Izbą, kosztów dojazdu oraz kosztów noclegu.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 2 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1869/18

Zamawiający – Gmina Jawor, Rynek 1, 59-400 Jawor prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa basenu letniego w Jaworze w ramach zadania „Basen miejski””.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17.07.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 590036-N-2018.

W dniu 11.09.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.09.2018 r. przez wykonawcę A.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRAND A.G., Korzenna 91, 33-322 Korzenna wobec czynności i zaniechań Gminy Jawor polegających na wyborze oferty wykonawcy Techbud sp. z o.o. z siedzibą w Opolu („Techbud”) jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12) i 16) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp oraz art. 22a ust 1-4 Pzp poprzez wybór oferty Techbud jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ nie wykazał, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w zakresie adekwatnym do zdolności technicznych i zawodowych, na które się powołał, co sprawia, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

2. art 91 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp poprzez wybór oferty Techbud jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie wartości dwóch pozycji kosztorysu, co miało wpływ na podjęcie przez Zamawiającego decyzji w ramach badania i oceny ofert;

3. art. 91 ust 1 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 2) i 6) Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Techbud jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta wskazanego wykonawcy powinna zostać odrzucona, ponieważ zawiera istotne błędy w obliczeniu ceny, a wykonawca dokonał niedozwolonej zmiany oferty, co prowadzi do niezgodności jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

4. art. 91 ust, 1 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2) i 3) Pzp poprzez wybór oferty Techbud jako najkorzystniejszej bez wcześniejszego poprawienia omyłek w zakresie ustalenia łącznej ceny ofertowej, co doprowadziło do błędnego ustalenia ceny zaoferowanej przez Techbud i w konsekwencji przyznania wykonawcom błędnej punktacji w ramach badania i oceny ofert;

5. art. 91 ust, 1 Pzp oraz art. 90 ust. 1 i 3 Pzp i art, 89 ust 1 pkt 4) Pzp poprzez wybór oferty Techbud jako najkorzystniejszej bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie dwóch pozycji z kosztorysu ofertowego, które stanowią istotny składnik ceny, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Techbud jako oferty rażąco niskiej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Techbud, względnie odrzucenie oferty wykonawcy Techbud, względnie poprawienie omyłki w ofercie Techbud, względnie wezwanie Techbud do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny;
2. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam powołane;
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przepisanych.

Uzasadnienie

I. Wykazanie interesu Odwołującego zgodnie z art. 179 § 1 Ustawy.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą działającym na rynku robót budowlanych, który w ramach swojej działalności wykonuje roboty budowlane stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. Odwołujący spełnia opisany w SIWZ wymóg zdolności technicznej lub zawodowej oraz inne warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu, która to oferta w procesie oceny ofert uzyskała drugi wynik po ofercie Techbud, podczas gdy Zamawiający powinien wykluczyć wskazanego wykonawcę z postępowania lub odrzucić jego ofertę na podstawie okoliczności opisanych w odwołaniu. Interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania sprowadza się zatem do możliwości uzyskania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w procesie ponownej oceny ofert, ponieważ oferta Odwołującego w takim przypadku będzie ofertą najkorzystniejszą, co pozwoli Odwołującemu na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zakładanego zysku.

II. Termin wniesienia odwołania

Odwołując podniósł, że powziął informację o czynnościach Zamawiającego w dniu 11 września 2018 r. na skutek doręczenia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zważywszy na treść art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp Odwołujący pozostaje uprawniony do wniesienia odwołania w terminie 5 dni, z zastrzeżeniem, iż 16 września 2018 r. był dniem wolnym od pracy, co zgodnie z art. 14 ust. 2 Pzp sprawia, iż termin na wniesienie odwołania upływa 17 września 2018 r. W związku z powyższym przedmiotowy termin został przez Odwołującego zachowany.

III. Podstawa prawna

Odwołujący wskazał ponadto, że biorąc pod uwagę, że wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, podstawę prawną wniesienia niniejszego odwołania stanowi art. 180 ust. 2 pkt 6) Pzp. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17: „Zarzuty odwołania wyboru oferty najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu”. Tym samym, zdaniem Odwołującego, wniesienie niniejszego odwołania jest dopuszczalne.

IV. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1) W SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie basenu odkrytego lub kompleksu basenów odkrytych o powierzchni lustra wody min. 900m² i wartość co najmniej 10.000.000 zł brutto”

W celu spełnienia przedmiotowego warunku wykonawca Techbud powołał się na potencjał podmiotu trzeciego. W związku z tym, że Techbud nie dołączył do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, Zamawiający wezwał Techbud do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Wykonawca Techbud w odpowiedzi na wezwanie przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania niezbędnych zasobów (innego niż wskazany pierwotnie w ofercie) korzystając w tym zakresie z kompetencji wynikającej z art. 22a ust. 6 Pzp. W przedłożonym zobowiązaniu określono następujący zakres dostępnych wykonawcy Techbud zasobów: »Udostępnię swoją wiedzę i doświadczenie poprzez nadzór nad robotami budowlanymi oraz wykonanie robót związanych z technologią basenową w ramach podwykonawstwa”, Jednocześnie, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art 26 ust. 2 Pzp, odrębnym pismem Techbud przedłożył wykaz robót budowlanych oraz referencje, na które się powołuje, obejmujące realizację całości robót budowlanych składających się na budowę kompleksu basenów.

Dowody:

Pismo wykonawcy z dnia 05.09.2018 z załącznikami stanowiące odpowiedź na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp , w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów

Pismo Techbud z dnia 05.09.2018 stanowiące odpowiedź na wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, w tym referencje przedłożone przez Techbud
Oferta wykonawcy Techbud (w aktach postępowania przetargowego)

Jak wynika z powyższego, zdaniem Odwołującego, Techbud w całości polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu trzeciego, ponieważ powołał się na wykonanie przez ten podmiot całości kompleksu basenów. Natomiast przedłożone przez Techbud zobowiązanie owego podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów obejmuje wykonanie robót dotyczących technologii basenowej i nadzór nad innymi robotami. Należy przy tym zauważyć, iż zgodnie z załączonymi do SIWZ przedmiarami robót, technologia basenowa stanowi jedynie jedną niewielką część przedmiotu zamówienia. Wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, poza technologią basenową jest zobowiązany do wykonania również innych robót, w tym niecki basenu.

Zgodnie z art. 22a ust. 3 Pzp: „Zamawiający oceniając udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5". Zgodnie z 22a ust. 3 Pzp: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej izby Odwoławczej na kanwie przedmiotowego przepisu: „Użyte w art. 22a ust 4 p.z.p. sformułowanie "podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi" jest pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą" (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2245/17).

Niewątpliwie w celu wykonania zamówienia, którego dotyczy sprawa, nie wystarczy dysponować jedynie odpowiednimi zdolnościami w zakresie technologii basenowej, ale również odpowiednimi zdolnościami w zakresie wykonania całej niecki basenu. Gdyby Zamawiający uznawał za wystarczające posiadanie potencjału wyłącznie w zakresie technologii basenowej, to inaczej sformułowałby treść warunku zdolności technicznej lub zawodowej. Znamienne również, że - w celu wykazania spełnienia warunku zdolności

technicznej lub zawodowej - Techbud powołał się na wykonanie całości kompleksu basenów, a nie jedynie technologię basenową, W takim stanie rzeczy udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci powinno być adekwatne do zasobów, na które się powołuje wykonawca. Co więcej, ze względu na treść art. 22a ust, 4 Pzp udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nie może polegać na samym nadzorze nad robotami, ale musi polegać na wykonaniu robót budowlanych w ramach podwykonawstwa. Ze względu na fakt, że przedłożone przez Techbud zobowiązanie jedynie w części dotyczącej technologii basenowej potwierdza faktyczną realizację robót, a w pozostałej części potwierdza jedynie nadzór nad robotami, Zamawiający był zobowiązany do uznania, że Techbud nie wykazał, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Sprawowanie jedynie nadzoru nad znaczną częścią robót budowlanych (czyli wszystkimi robotami niedotyczącymi technologii basenowej), w szczególności nad robotami budowy niecki basenu, należy uznać za niewystarczające w świetle przywołanego powyżej art. 22a ust 4 Pzp, który w zakresie robót budowlanych uniemożliwia udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia jedynie w zakresie nadzoru czy konsultacji.

Jak wskazał Odwołujący w dalszej części uzasadnienia wobec przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, które nie potwierdza dysponowania zasobami w zakresie wymaganym przez art. 22a ust. 4 Pzp, Zamawiający powinien był uznać, że wykonawca Techbud nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznych lub zawodowych i wykluczyć wykonawcę Techbud z postępowania. Brak było przy tym podstaw, aby kolejny raz wzywać Techbud do uzupełnienia dokumentów w trybie art, 26 ust. 3 Pzp, ponieważ Techbud został już raz wezwany do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, a art, 26 ust. 3 Pzp przewiduje jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów.

2) W ocenie Odwołującego niezależnie od powyższego Techbud powinien zostać wykluczony z postępowania z powodu złożenia wprowadzającego w błąd oświadczenia mającego wpływ na podjęcie przez Zamawiającego decyzji w postępowaniu.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Techbud do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dwóch pozycji kosztorysu (pozycja nr 7 i 77 w części kosztorysu dotyczącej „Technologii basenowej – Etap I). W przedmiotowych pozycjach Techbud wpisał cenę jednostkową, natomiast w kolumnie „ilość” wpisał wartość „0”, co sprawiło, że w kolumnie wartości końcowej również wskazano „0”. Tego rodzaju zapis jest niewątpliwie omyłką wykonawcy Techbud, ponieważ z samej treści przedmiaru robót w zakresie technologii basenowej wynika, że ilość dla pozycji „Rurociągi, kształtki i armatura ciśnieniowa PE łączona poprzez zgrzewanie - Basen dla niepływających, Brodzik z placem/Zewnętrzne wynosi „1 kpl”. Co więcej, gdyby intencją wykonawcy było określenie wartości tej pozycji na

zero złotych, to nie wpisywałby w kosztorysie ceny jednostkowej. Ponadto, nie sposób zakładać, że intencją wykonawcy nie było zaoferowanie i wykonanie tych robót oraz uwzględnienie ich wartości w kosztorysie, ponieważ są one wymagane zgodnie z przedmiarem stanowiącym załącznik do SIWZ.

Dowody:

Fragment kosztorysu wykonawcy Techbud

Fragment przedmiaru robót załączonego do SIWZ

Pismo Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2018 r, wraz z odpowiedzią Techbud z dnia 3 września 2018 r.

Zdaniem Odwołującego zamiast przyznać się do powstałej omyłki, w piśmie z dnia 3 września 2018 r. wykonawca Techbud podał, że wartości pozycji 7 i 77 wynoszą zero. Jednocześnie wykonawca podał, że wartość tych dwóch pozycji została ujęta w cenie ofertowej. Należy zauważyć, że owe dwa twierdzenia wzajemnie się wykluczają. Po pierwsze, nie jest logicznie możliwe, aby wartość jakichś robót wynosiła zero i jednocześnie wchodziła w zakres ceny ofertowej. Po drugie, jest to sprzeczne z podaną przez wykonawcę w kosztorysie ceną jednostkową. Jeżeli cena jednostkowa pozycji nr 77 wynosi 327.750,00 zł, a z przedmiaru robót wynika, że zakresem przedmiotu umowy objęty jest „1 kpl” tej pozycji, to nie jest możliwe, aby wartość robót z tej pozycji była mniejsza od wartości jednostkowej za „1 kpl”.

Dowody:

Oferta wykonawcy Techbud (w aktach postępowania)

Fragment SIWZ

W ocenie Odwołującego Techbud złożył tego rodzaju oświadczenie, ponieważ zdawał sobie sprawę, iż popełnił błąd w ofercie, który doprowadzi do odrzucenia jego oferty lub poprawienia owej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Należy przy tym zauważyć, iż w przypadku poprawienia omyłki oferta Techbud znalazłaby się na drugim miejscu, za ofertą Odwołującego, ponieważ różnica w cenach obydwu ofert wynosi 234.423,86 zł (Odwołujący: 22.622.374,40 zł; Techbud: 22.387,950,60 zł), czyli różnica pomiędzy ofertami jest mniejsza od podanej przez Techbud ceny jednostkowej pozycji nr 77. Gdyby zatem zamawiający poprawił ofertę Techbud w zakresie pozycji nr 77 zgodnie z ceną jednostkową na 327.750,00 zł, to cena oferty Techbud wzrosłaby do wartości 22.715,700,60 i tym samym uzyskałaby mniejszą ilość punktów od oferty Odwołującego (wszystkie pozostałe oceniane parametry są równe).

Dowody:

Zestawienie ofert

Decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej

W ocenie Odwołującego, Techbud celowo nie przyznał się do omyłki i wskazał, że wartość pozycji nr 7 i 77 wynosi zero i jednocześnie jest wliczona w cenę ofertową (co jest oczywistą nieprawdą, jak wykazano wyżej), tak aby uniknąć odrzucenia swojej oferty lub poprawienia omyłki przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Podanie przez Techbud takiej informacji należy ocenić jako wprowadzenie w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, ponieważ na gruncie złożonej oferty, SIWZ i przedmiaru robót oczywistym jest, że wartość pozycji 7 i 77 nie wynosi zero, ponieważ musi być co najmniej równa cenie jednostkowej. Z całą pewnością można Techbud zarzucić co najmniej lekkomyślność lub rażące niedbalstwo, ponieważ Techbud musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji popełnionej omyłki. Dlatego też, wykonawca Techbud powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, czego Zamawiający zaniechał,

3) W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego oferta Techbud powinna zostać odrzucona, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny o charakterze istotnym.

Zgodnie z Działem XVI SIWZ:

„1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w formie kosztorysu ofertowego w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik do SIWZ.

2. Kosztorys ofertowy należy sporządzić według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze robót”(…)

5. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót”.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, zgodnie z SIWZ kosztorys stanowi integralną część oferty, a cena ofertowa miała stanowić sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu zgodnie z przedmiarem robót. Nie było zatem dopuszczalne, aby cena ofertowa mogła zawierać pozycje niewycenione w kosztorysie, ponieważ w takim przypadku suma wartości kosztorysu nie równałaby się cenie ofertowej.

Zgodnie z powyższym, na skutek błędnego określenia ilości w dwóch pozycjach na „0” zamiast na „1”, wykonawca złożył kosztorys niezgodny z SIWZ, ponieważ przedmiar przewidywał dla tych pozycji wartość „1”. Przedmiotowy błąd należy przy tym zakwalifikować jako istotny, ponieważ owa różnica w cenie jest znaczna, o czym świadczy fakt, iż w razie poprawienia owej omyłki i dodanie pominiętej kwoty do całości ceny ofertowej, oferta Techbud znajdzie się na drugim miejscu. Skoro zatem poprawienie przedmiotowej ma istotne znaczenie dla punktacji w postępowaniu, to nie można uznać owej omyłki za nieistotną.

Co więcej, jak wskazał Odwołujący, nawet gdyby uznać pierwotną treść pozycji nr 7 i 77 kosztorysu za błąd nieistotny, to w treści wyjaśnień z dnia 3 września 2018 r. wykonawca Techbud złożył oświadczenie o zmianie oferty, ponieważ zmodyfikował pierwotną wartość z podanej w kosztorysie kwoty na wartość zero jednocześnie oświadczając, że owa wartość jest ujęta w cenie ofertowej, co prowadzi do sprzeczności z postanowieniami Rozdziału XVI SIWZ oraz przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ.

4) Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że przedmiotowa pomyłka jest omyłką rachunkową lub inną nieistotną omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, to Zamawiający powinien przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej ową omyłkę poprawić poprzez wpisanie w kolumnie ilość pozycji 7 i 77 wartości 1, a następnie pomnożenie przez cenę jednostkową i dodanie uzyskanych w ten sposób wartości do ceny ofertowej, Jak wykazano wyżej, tego rodzaju operacja doprowadzi do zmiany punktacji w postępowaniu, ponieważ poprawiona w ten sposób oferta Techbud będzie gorsza od oferty Odwołującego, co szczegółowo przedstawiono poniżej:

KOSZTORYS OFERTOWY „TECHNOLOGIA WODY BASENOWEJ - ETAP I” OFERTA TECHBUD

przed korektą:

przy uwzględnieniu pozycji z zerowymi wartościami - SYTUACJA NIEZGODNA Z ZAPISAMI

SIWZ - poz. 7 = 0 kpl [ilość jednostek przedmiarowych] * 10 247,39 zł [cena jednostkowa]

= 0,00zł [wartość pozycji przedmiarowej]

poz. 77 = 0 kpl [ilość jednostek przedmiarowych] * 327 750,00 zł [cena jednostkowa]

= 0,00zł [wartość pozycji przedmiarowej]

Wartość kosztorysu - 1 709 288,95 zł netto

+ 00 000,00 zł netto + 000 000,00 zł netto

1 709 288,95 zł netto = 2 102 425,41 zł brutto

po korekcie:

przy uwzględnieniu pozycji z wartościami po korekcie - SYTUACJA ZGODNA Z ZAPISAMI SIWZ, która wprowadza poprawę omyłki przez Zamawiającego w ofercie Techbud
 poz. 7 = 1 kpl [ilość jednostek przedmiarowych] * 10 247,39 zł [cena jednostkowa]
 = 10 247,39 zł [wartość pozycji przedmiarowej]
 poz. 77 = 1 kpl [ilość jednostek przedmiarowych] * 327 750,00 zł [cena jednostkowa]
 = 327 750,00 zł [wartość pozycji przedmiarowej]
 Wartość kosztorysu: 1 709 288,95 zł netto
 + 10 247,39zł netto + 327 750,00zł netto

KOSZTORYSY OFERTOWE T	ETAP I	ETAP II
1	netto	netto
budynek	1 461 672,73	220 064,13
wyposażenie	42 654,61	8 857,94
fundamenty pod niecki	356 966,57	664 569,95
fundamenty pod zjeżdżalnię	46 678,36	
zbiornik wyrównawczy	385 501,43	180 492,12
zagospodarowanie terenu - niecki	3 683 526,28	5 469 385,91
sieci	476 024,08	57 293,30
inst. sanitarne	255 650,24	110 079,12
wentylacja	86 992,63	62 828,57
TECHNOLOGIA WODY BASENOWEJ	1 709 288,95	12 078 674,46
inst. elektryczne	283 061,23	83 483,50
inst. teletechniczne	277 839,731	

WARTOŚĆ WSZYSTKICH KOSZTORYSÓW OFERTOWYCH przed korektą:

przy uwzględnieniu pozycji z zerowymi wartościami - SYTUACJA NIEZGODNA Z ZAPISAMI SIWZ

RAZEM netto	18 201 585,84	9 065 85,84 9 135 729,00
RAZEM brutto	22 387 950,581	

po korekcie:

przy uwzględnieniu pozycji z wartościami po korekcie - SYTUACJA ZGODNA Z ZAPISAMI SIWZ, która wprowadza poprawę omyłki przez Zamawiającego w ofercie Techbud

KOSZTORYSY OFERTOWE

budynek	1
wyposażenie	1
fundamenty pod niecki	1
fundamenty pod zjeżdżalnię	1

zbiornik wyrównawczy	1		
zagospodarowanie terenu - NIECKI sieci	1		
inst. sanitarne	1		
wentylacja	1		
TECHNOLOGIA WODY BASENOWEJ	1		
inst. elektryczne	1		
inst. Teletechniczne	1		
		18 539 583,231	22 803 687,371

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że wpisanie wartości „0” w kolumnie ilość dla pozycji nr 7 i 77 kosztorysu dla Technologii basenowej - Etap I wartości, nie stanowi omyłki i rzeczywiście intencją wykonawcy Techbud było zaoferowanie robót dla tych pozycji za cenę wynoszą zero złotych, to w takim przypadku wykonawca Techbud powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie kosztu robót z pozycji nr 7 i 77 w trybie art. 90 ust 1 Pzp. Obecna treść przedmiotowego przepisu obliguje Zamawiającego do badania przesłanek rażąco niskiej ceny nie tylko w zakresie ceny łącznej, ale również kosztów jednostkowych poszczególnych świadczeń składających się na przedmiot zamówienia, W przypadku oferowania świadczeń, których cena jednostkowa wynosi ponad 300 tys. za zero złotych, cena w tym zakresie w sposób oczywisty wydaje się być rażąco niska, a wykonawca powinien wykazać w jaki sposób zamierza wykonać roboty budowlane z pozycji nr 77 bez ponoszenia jakichkolwiek kosztów. Wypada przy tym podkreślić, iż co najmniej pozycja nr 77 stanowi istotny element przedmiotu zamówienia, ponieważ różnica w cenie pomiędzy ofertą Techbud a ofertą Odwołującego jest mniejsza od tej kwoty. Ze względu na przedmiotową znaczną wartość, nie sposób pozycji nr 77 uznać ze nieistotną w zakresie badania rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Techbud do złożenia wyjaśnień w tym zakresie należy ocenić jako naruszenie przedmiotowego przepisu mające wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy

Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert. We wniesionym środku ochrony prawnej podniósł zarzuty zmierzające do wykluczenia wykonawcy Techbud Spółka z o.o. oraz do odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o., jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba dopuściła również dowody złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz dowody złożone na rozprawie w postaci ofert odnoszących się do wykonania niecek basenowych, dokumentacji technicznej technologii basenowej oraz rysunków technicznych.

Izba postanowiła nie dopuścić w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Techbud Spółka z o.o. Izba ustaliła, iż ww. wykonawca w dniu 21.09.2018 r. przesłał na adres mailowy Departamentu Odwołań UZP zgłoszenie przystąpienia opatrzone podpisem elektronicznym. W toku rozprawy przedstawiciel wykonawcy Techbud Spółka z o.o. oświadczył, że przystąpienie zostało też przesłane do Izby listem poleconym. Izba ustaliła, że na dzień otwarcia posiedzenia z udziałem stron korespondencja ta nie dotarła do siedziby Izby. Tym samym Izba uznała, że pismo wniesione w dniu 21.09.2018 r. nie odpowiada formie przewidzianej przepisami. Kwestię tą regulują przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964)

zmienionego Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2017 r. poz. 14). Zgodnie z jego § 5. *Odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę, wnoszone w formie pisemnej w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz dalsze pisma w sprawie wnoszone w tej postaci przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby (podkreślenie Izby), udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. W niniejszym wypadku wykonawca nie wykorzystał elektronicznej skrzynki podawczej Izby, lecz zgłosił przystąpienie za pośrednictwem skrzynki mailowej Departamentu Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych, tj. drogą, której nie przewidują przepisy ww. rozporządzenia wykonawczego. Stąd też Izba powyższe zgłoszenie uznała za bezskuteczne*

Izba z urzędu dopuściła oraz przeprowadziła dowód z przesłuchania Prezesa Zarządu wykonawcy Techbud Spółka z o.o. na okoliczność sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego, sposobu wyceny i ujęcia w tym kosztorysie pozycji nr 7 i 77 technologii basenowej, jak również przewidywanego sposobu wykonania niecek basenowych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiot zamówienia został w treści SIWZ opisany w sposób następujący:

DZIAŁ III. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest przebudowa basenu letniego w Jaworze w ramach zadania inwestycyjnego „Basen Miejski” wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na użytkowanie.

Lokalizacja: Jawor, ul. Parkowa 7; działka nr ewid. 579, 580, 582 obręb nr 8- Zacisze.

Zakres robót:

ETAP I

A. BASENY REKREACYJNE:

1. Brodzik dla dzieci ze stali nierdzewnej o powierzchni 120 m² (przedział wiekowy do 3 lat) z atrakcjami (mała architektura),

2. Basen rekreacyjny ze stali nierdzewnej o powierzchni 266,7 m² (głębokość 1m) z atrakcjami (mała architektura),
3. Wodny plac zabaw o nawierzchni bezpiecznej z tworzywa, powierzchnia 50 m², atrakcje (mała architektura),
4. Brodzik ze stali nierdzewnej do płukania stóp (1 szt),
5. Brodzik ze stali nierdzewnej do płukania stóp dla niepełnosprawnych (1 szt.),
- 2
6. Zjeżdżalnia rurowa ANAKONDA (60m) i rodzinna trójtorowa (15,3m),
7. Wykonanie plaży basenowej z nawierzchni bezpiecznej (wokół basenu rekreacyjnego, brodzika dla dzieci i wodnego placu zabaw(mała architektura)),
8. Wykonanie fundamentów pod brodzik dla dzieci, basen rekreacyjny, wodny plac zabaw i zjeżdżalnie,
9. Rozbiórki, roboty ziemne dla powyższych obiektów

B.ZAGOSPODAROWANIE TERENU

1. Wykonanie nawierzchni z kostki brukowej wokół basenów,
2. Pompowanie wody z otworów – igłofiltry.

C. PRZEBUDOWA BUDYNKU NA POTRZEBY SZATNI, KASY I TECHNOLOGII WODY,

D. TECHNOLOGIA WODY BASENOWEJ WRAZ Z POMPĄ CIEPŁA,

E. ZBIORNIK WYRÓWNAWCZY,

F. SIECI I INSTALACJE ELEKTRYCZNE,

G. INSTALACJE NISKOPRĄDOWE,

H. BRANŻA SANITARNA:

1. Instalacje wewnętrzne – budynek technologii wody,
2. Sieci zewnętrzne

I. MAŁA ARCHITEKTURA:

1. Ogrodzenie terenu niecek rekreacyjnych,
2. Ławki, kosze na śmieci na terenie basenów rekreacyjnych,
3. Stojaki na rowery,
4. Zieleń,
5. Roboty drogowe, chodniki.

ETAP II

A. BASENY REKREACYJNE

1. Baseny rekreacyjne ze stali nierdzewnej o powierzchni 936,50 m² z atrakcjami i torami do pływania,
2. Basen do skoków o pow. 125,90 m²,
3. Wieże do skoków 3m i 5m (mimo braku w dokumentacji projektowej Zamawiający zleca również wykonanie wieży do skoków 1m)

4. Brodziki ze stali nierdzewnej do płukania stóp (2 szt.)
5. Wykonanie plaży basenowej z nawierzchni bezpiecznej (wokół basenu rekreacyjnego, brodzika dla dzieci i wodnego placu zabaw)
6. Wykonanie fundamentów pod basen,
7. Rozbiórki, roboty ziemne dla obiektów powyższych.

B. PRZEBUDOWA BUDYNKU SZATNI I TECHNOLOGII WODY

C. TECHNOLOGIA WODY BASENOWEJ WRAZ Z POMPĄ CIEPŁA

D. KOMORY TECHNOLOGICZNE

E. INSTALACJE I SIECI ELEKTRYCZNE (wraz z montażem instalacji solarnej)

F. BRANŻA SANITARNA:

1. Sieci zewnętrzne,
2. Instalacje sanitarne wewnętrzne wraz z kolektorami słonecznymi.

G. ZAGOSPODAROWANIE TERENU

1. Ogrodzenie terenu oraz niecek basenowych
2. Wykonanie nawierzchni z kostki brukowej wokół basenów
3. Ławki, kosze na śmieci, leżaki, parasole,
4. Zieleń,
5. Taras drewniany,
6. Roboty drogowe (droga dojazdowa, parking, chodnik)

H. WYPOSAŻENIE.

III. Zakres zamówienia

1. Szczegółowy zakres zamówienia określa dokumentacja projektowa, materiały pomocnicze oraz Specyfikacja Techniczna. Przedmiar (załącznik nr) stanowi jedynie element pomocniczy do kalkulacji ceny przez Wykonawcę. Dokumentację projektową należy rozpatrywać łącznie z materiałami pomocniczymi.

3

2. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy,
3. Wykonawca ma obowiązek na bieżąco utrzymywać porządek i czystość oraz prowadzić roboty zgodnie z przepisami BHP,
4. Po zakończeniu robót Wykonawca zobowiązany jest uporządkować na swój koszt teren robót i przekazać go Zamawiającemu w terminie ustalonym na odbiór robót.
5. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, Wykonawca może zaoferować przedmioty równoważne o parametrach nie gorszych niż podane przez Zamawiającego. Wykazanie równoważności spoczywa na Wykonawcy, a szczegółowe wytyczne (dla wszystkich branż) w zakresie możliwości zastosowania produktów równoważnych zawarto w opisie technicznym dla branży teletechnicznej.

Co Izba uznała, za istotne Zamawiający w Dziale III SIWZ zatytułowanym "opis przedmiotu zamówienia" wskazał, że:

1. Szczegółowy zakres zamówienia określa dokumentacja projektowa, materiały pomocnicze oraz Specyfikacja Techniczna. Przedmiar (...) stanowi jedynie element pomocniczy do kalkulacji ceny przez Wykonawcę. Dokumentację projektową należy rozpatrywać łącznie z materiałami pomocniczymi.
2. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy.

W Dziale VII zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający wskazał, m.in., że:

O udzielenie zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1. nie podlegają wykluczeniu

1) podstawy wykluczenia z postępowania:

a) Zamawiający wykluczy Wykonawcę z postępowania w przypadkach określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz

b) Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1.

2. spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, tj. dotyczące:

3) zdolności technicznej lub zawodowej;

Warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie basenu odkrytego lub kompleksu basenów odkrytych o powierzchni lustra wody min. 900 m² i wartości co najmniej 10.000.000 zł brutto;

Następnie w Dziale XVI zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” zostało wskazane:

1) Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje.

2) Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia.

3) Cena może być tylko jedna.

4) Cena nie ulega zmianie przez okres ważności oferty (związania).

Pod słowem „Uwaga” w Dziale XVI SIWZ zostało wskazane, co następuje.

1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w formie kosztorysu ofertowego w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik do SIWZ.

2. Kosztorys ofertowy należy sporządzić według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze robót.

3. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert.

4. Tam, gdzie na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach robót, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót zgodnie ze sztuką budowlaną oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach.

5. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót.

6. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

7. Jeżeli złożona zostanie oferta, której wybór prowadzić będzie do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

8. Komisja przetargowa poprawi w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zamawiający będzie traktował jako:

a) oczywiste omyłki pisarskie bezsporne, nie budzące wątpliwości omyłki dotyczące np.:

- widocznej, mylnej pisowni wyrazu,

- ewidentny błąd gramatyczny,
- niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części,
- ewidentny błąd rzeczowy,
- rozbieżność pomiędzy ceną wpisaną liczbą i słownie,

b) oczywiste omyłki rachunkowe – omyłki dotyczące działań arytmetycznych na liczbach, np.:

- błędne obliczenie prawidłowo podanej w ofercie stawki podatku od towarów i usług,
- błędne zsumowanie w ofercie wartości netto i kwoty podatku od towarów i usług,
- błędny wynik działania matematycznego wynikający z dodawania, odejmowania, mnożenia i dzielenia.

c) inne omyłki – polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, np.:

- w przypadku wpisania przez Wykonawcę w pozycji kosztorysu ofertowego znaku „-”, zamiast ceny - Zamawiający uzna tą pozycję jako wycenioną na 0 zł;
- zamawiający poprawi omyłki polegające na błędnym wpisaniu ilości jednostek, nazwy jednostek miar, opisu pozycji oraz podstawy wyceny dostosowując ich treść do odpowiednich dokumentów wzorcowych zamieszczonych w SIWZ.

9. Brak jakiegokolwiek pozycji w złożonych przez wykonawcę formularzach wyceny nie będzie poprawiany i skutkować będzie odrzuceniem oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

10. Zamawiający poprawi omyłki polegające na

zdublowaniu tych samych pozycji w formularzu wyceny w następujący sposób:

- zamawiający wykreśli z formularza zdublowane pozycje pozostawiając tylko jedną z nich,
- po wykreśleniu zdublowanych pozycji zsumuje wartości podane w pozostawionych pozycjach i tak obliczoną cenę przyjmie jako cenę oferty.

11. W przypadku wystąpienia oczywistych omyłek opisanych poniżej Zamawiający poprawi je w następujący sposób:

1) w przypadku mnożenia cen jednostkowych i liczby jednostek miar:

- a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową,
- b) jeżeli cenę jednostkową podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar i ten zapis ceny jednostkowej, który odpowiada dokononemu obliczeniu ceny;

2) w przypadku sumowania cen za poszczególne części zamówienia:

- a) jeżeli obliczona cena nie odpowiada sumie cen za części zamówienia, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za części zamówienia,
- b) jeżeli cenę za część zamówienia podano rozbieżnie słownie i liczbą, przyjmuje się, że prawidłowo podano ten zapis, który odpowiada dokononemu obliczeniu ceny,

c) jeżeli ani cena za część zamówienia podana liczbą, ani podana słownie nie odpowiadają obliczonej cenie, przyjmuje się, że prawidłowo podano ceny za część zamówienia wyrażone słownie.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania wykonawca Techbud Spółka z o.o. złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą 22 387 950,50 złotych brutto składając w formularzu ofertowym oświadczenie, że będzie polegał na zasobach Przedsiębiorstwa Wielobranżowego ULBUD U. S. .

Jednocześnie Izba ustaliła, że wraz z ofertą wykonawca ten złożył kosztorys ofertowy w ramach którego w części dotyczącej technologii basenowej – etap I w poz. 7 zatytułowanej „Pompa przetłaczająca/namywająca np. DWC300/1,5 lub równoważna o mocy 1,5kW + zbiornik zarobowy zamykany o pojemności 500 litrów z mieszadłem mechanicznym wolnoobrotowym STWiORB poz. nr 5.3. dla jednostki miary „kpl” wskazał ilość 0.000, cenę jednostkową 10 247,39 zł oraz wartość pozycji 0.00. Dla pozycji nr 77 zatytułowanej „Rurociągi, kształtki i armatura ciśnieniowa PE łączona poprzez zgrzewanie - Basen dla niepływających, Brodzik z placem/Zewnętrzne (...)” wskazał dla jednostki miary „kpl” ilość 0.0000 cenę jednostkową 327 750,00 oraz wartość dla pozycji 0.00.

Zamawiający pismem z dnia 31.08.2018 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Techbud Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie złożonego kosztorysu ofertowego, gdzie w technologii basenowej – etap I w pozycji 7 oraz 77 wpisana jest wartość „0” w kolumnie ilość i czy wartość tych pozycji została ujęta w cenie ofertowej.

Wykonawca Techbud Spółka z o.o. w piśmie z dnia 03.09.2018 r. wskazał, że wartość pozycji 7 i 77 kosztorysu ofertowego technologii basenowej – etap I wynosi zero jednocześnie potwierdzając, że wartość tych dwóch pozycji została ujęta w całkowitej cenie ofertowej.

Zamawiający dwoma kolejnymi pismami z dnia 03.09.2018 r. wezwał wykonawcę Techbud Spółka z o.o. m.in. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ), wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty.

Wykonawca Techbud Spółka z o.o. pismem z dnia 05.09.2018 r. złożył m.in. wykaz robót budowlanych w którym wskazano „Budowę kompleksu basenów o łącznej powierzchni lustra

2011 m² w obiekcie „Energylandia” w okresie marzec 2016 do maj 2018 r. o wartości brutto 11 207 760,00 złotych. Dodatkowo dołączył dotyczący wskazanej wyżej inwestycji list referencyjny wystawiony na rzecz firmy BasenComplex Ł. A., jak również oświadczenie że ten ostatni podmiot będzie podwykonawcą i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Na wzorze stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ złożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez BasenComplex Ł. A. obejmujący udostępnienie wiedzy i doświadczenia poprzez nadzór nad robotami budowlanymi oraz wykonanie robot związanych z technologią basenową w ramach podwykonawstwa.

W dniu 11.09.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę wykonawcy Techbud Spółka z o.o. z ceną ofertową wynoszącą 22.387.950,58 złotych. Oferta wykonawcy A.G. GRAND opiewała na kwotę 22.622.374,44 złote, zaś oferta wykonawcy ZUW URBEX Spółka z o.o. na kwotę 23.672.716,16 złotych. W zakresie kryteriów pozacenowych wykonawcy zaoferowali identyczne parametry, tj. identyczny okres gwarancji oraz termin realizacji.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W zakresie rzutu art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12) i 16) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 22 ust, 1 pkt 1) i 2) Pzp oraz art. 22a ust 1 - 4 Pzp dotyczącego braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia Izba uznała, że treść dołączonego do oferty wykonawcy Techbud Spółka z o.o. zobowiązania podmiotu trzeciego nie pozwala na wyciągnięcie wniosków, które zostały zawarte w treści odwołania.

W przedłożonym w ramach uzupełnienia zobowiązaniu (załącznik nr 7 do SIWZ) określono następujący zakres dostępnych dla wykonawcy Techbud zasobów: *„Udostępnię swoją wiedzę i doświadczenie poprzez nadzór nad robotami budowlanymi oraz wykonanie robót związanych z technologią basenową w ramach podwykonawstwa”*. Jednocześnie, w

odpowiedzi na wezwanie w trybie art 26 ust. 2 Pzp, odrębnym pismem Techbud przedłożył wykaz robót budowlanych oraz referencje, na które się powołuje, obejmujące realizację całości robót budowlanych składających się na budowę kompleksu basenów o łącznej powierzchni lustra wynoszącej 2011 m² oraz łącznej wartości 11.207.760,00 złotych brutto wykonanych przez BasenComplex. W odniesieniu do tej realizacji przedłożono również list referencyjny.

W tym zakresie Odwołujący brak spełnienia warunku wywiódł z treści zobowiązania złożonego przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. uznając, że jest ono niepełne i nie koresponduje z treścią opisu przedmiotu zamówienia oraz treścią warunku. Jednakże, w ocenie Izby, do złożonego zobowiązania nie można podchodzić w sposób formalny, lecz należy odnieść je zarówno do praktyki funkcjonującej w obrocie, jak również dokonać jego celowościowej wykładni. Nie ulega bowiem wątpliwości, czego Odwołujący nie kwestionował, że podmiot trzeci, który udostępnił wykonawcy Techbud Spółka z o.o. swoje zasoby dysponuje adekwatnym do treści warunku doświadczeniem (vide list referencyjny złożony w toku postępowania). W treści złożonego zobowiązania jest mowa o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w ramach nadzoru nad robotami budowlanymi (co w ocenie Izby należy utożsamiać raczej z kierowaniem tymi robotami) oraz wykonaniem robót w ramach podwykonawstwa w zakresie technologii basenowej, które to sformułowanie, zdaniem Izby, należy rozumieć szeroko, a nie odnosić jedynie do pewnej części dokumentacji projektowej noszącej właśnie taki tytuł.

Podmiot trzeci zadeklarował, że będzie podwykonawcą w ramach realizacji robót na podstawie umowy na podwykonawstwo oraz oświadczył, że w tym zakresie udostępni swoją wiedzę i doświadczenie przez cały okres umowy pomiędzy Zamawiającym a Generalnym Wykonawcą. W ocenie Izby z powyższych dokumentów nie sposób wywieść, że podmiot trzeci ograniczył swój udział przy realizacji robót jedynie do technologii basenowej. Nadto, co należy odnieść do charakteru inwestycji, kierowanie robotami budowlanymi (dosł. „nadzór nad robotami budowlanymi”) jest ważkim sposobem udziału tego podmiotu przy realizacji kontraktu, obejmuje bowiem przewidzianą przepisami ustawy Prawo budowlane funkcję związaną z oceną zjawisk technicznych na budowie w przewidzianej przepisami formie, tj. przez wykorzystanie funkcji uczestnika procesu budowlanego. Tego rodzaju bezpośredni udział podmiotu trzeciego przy realizacji robót budowlanych Izba uznaje za w pełni wystarczający, gdyż obejmuje on nadzór nad procesem budowlanym, ocenę techniczną robót i zachodzących tam zjawisk technicznych, organizację tego procesu, w tym bezpośrednie wykonanie tego zakresu, który jest specyficzny dla tej inwestycji.

Argumentacją Odwołującego związana z wykonaniem niecek basenowych nie mogła doprowadzić do uwzględnienia powyższych zarzutów, gdyż co do zasady była oparta na przypuszczeniach wywiedzionych z treści zobowiązania do oddania do dyspozycji

wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ złożony przez wykonawcę Techbud Spółka o.o. na wezwanie Zamawiającego). Tego rodzaju formalne podejście do powyższego dokumentu nie może przysłaniać celu jakim jest zagwarantowanie w realizacji przedmiotu zamówienia udziału wykonawcy posiadającego wymaganą wiedzę i doświadczenie celem zapewnienia wsparcia dla podmiotu, który uzyskał zamówienie. Dodatkowo w odniesieniu do niecek basenowych Prezes Zarządu Techbud Spółka z o.o. wyjaśnił, że ich montaż odbywa się każdorazowo przy udziale producenta, tj. wyspecjalizowanych monterów wspierających generalnego wykonawcę. Oświadczenie to, zdaniem Izby, wpisuje się w powszechną praktykę na rynku budowlanym, gdyż tego rodzaju instrumenty wsparcia technicznego są bardzo częstym zjawiskiem przy dostawie na teren budowy specjalistycznych konstrukcji lub urządzeń. Wsparcie techniczne obejmuje nie tylko profesjonalną dostawę (*loco* budowa) i montaż urządzeń ale również ich uruchomienie i nadzór nad początkowym okresem od uruchomienia. Niektóre urządzenia i instalacje przechodzą bowiem po niewielkim okresie od uruchomienia przegląd techniczny celem wyeliminowania (korekty) nieprawidłowości przy ich eksploatacji.

Dostawcy dzięki takiemu wsparciu uzyskują jednocześnie pewność, co do właściwego zamontowania i uruchomienia oferowanych produktów, co jednocześnie powala w przyszłości ustrzec się przed niepożądanymi roszczeniami gwarancyjnymi z tytułu wadliwego montażu lub uruchomienia.

Stąd też, mając na uwadze powszechną praktykę funkcjonującą na rynku budowlanym, jak również kierując się funkcjonalną wykładnią złożonego przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. zobowiązania podmiotu trzeciego Izba uznała, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

II. Zarzuty z art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za uzasadnione.

Istotą działań opartych o treść art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest to, że wskazane tam omyłki lub niezgodności są poprawiane przez Zamawiającego, po ich samodzielnym dostrzeżeniu przez ten ostatni podmiot. Oznacza to, że podmiot zamawiający po analizie dokumentów składających się na treść oferty, dostrzegając nieprawidłowości w ich treści, jest w stanie w sposób samodzielny zidentyfikować i ustalić ich właściwą treść i jedynie w wyjątkowych wypadkach może swoje działania poprzedzić wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Choć, jak wyżej wskazano, orzecznictwo dopuszcza poprzedzenie czynności ujętej w tym przepisie wyjaśnieniami wykonawcy opartymi o treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia te nie mogą zmierzać do nadania treści oferty złożonej przez wykonawcę dowolnego kształtu, w tym w szczególności kształtu pożądanego na danym etapie postępowania wobec ustalonego

w jego toku rankingu ofert. Takie bowiem działanie stanowiłoby zgodę na dowolne (swobodne) kształtowanie oświadczenia woli wykonawcy zależnie od określonej sytuacji. Takie działanie jest w szczególności niedopuszczalne w przypadku, gdy wykonawca ma swobodny wybór w złożeniu określonego oświadczenia w sposób alternatywny pozwalający mu, zależnie od ustalonego już rankingu ofert, na doprowadzenie do uzyskania zamówienia niezależnie od istniejących okoliczności faktycznych.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Choć bezsporną kwestią w badanym postępowaniu było to, że Zamawiający przewidział formę wynagrodzenia ryczałtowego z drugiej strony w bardzo szczegółowy sposób określił On sposób jego wyliczenia na etapie przygotowywania oferty, w tym określił w sposób enumeratywny jakie omyłki i niezgodności będzie poprawiał w ofertach wykonawców, jak będzie przebiegał proces ich korekty oraz w jakich przypadkach dokona odrzucenia ofert, gdy dostrzeże niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Tak szczegółowe regulacje spowodowały, że Zamawiający nie miał pełnej swobody w kształtowaniu swoich oświadczeń woli w przypadku dostrzeżenia omyłek i niezgodności. Tymi szczegółowymi postanowieniami był związany zarówno Zamawiający, jak również wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia oraz w obecnej chwili jest nimi związana Izba rozpoznając zarzuty zawarte w odwołaniu. Ta szczegółowa instrukcja zawarta w Dziale XVI SIWZ pozwala na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podniesionych przez Odwołującego zarzutów. Tym samym, mając na uwadze zawarte tam regulacje, cena winna być przez wykonawców wyliczona w kosztorysie ofertowym sporządzonym ściśle (podkreślenie Izby) w oparciu o przedmiar robót. Pomocniczy charakter przedmiaru robót, o którym jest mowa w Dziale zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” oznaczał, że nie był on jedynym dokumentem zawierającym ten opis oraz, że wykonawcy mogą uzupełnić jego treść w przypadku, gdy zostaną dostrzeżone elementy przedmiotu zamówienia nie ujęte w tym przedmiarze. Przed ich uzupełnieniem mieli oni jednak obowiązek zgłosić ten fakt Zamawiającemu. (vide Rozdział XVI pkt 3 str. 11 SIWZ). Konsekwencją tego jest, że wykonawcy mogą wycenić większy zakres – nie wolno im było jednak pomijać pozycji tego przedmiaru. Wykonawcy mieli bowiem obowiązek określić wszystkie ceny jednostkowe oraz, co istotne, wszystkie wartości netto dla każdej pozycji (vide Rozdział XVI pkt 2 str. 10 SIWZ). Na str. 11 SIWZ w Rozdziale XVI pkt 8 ppkt 3 lit. c) Zamawiający wskazał ponadto, że *„zamawiający poprawi omyłki polegające na błędnym wpisaniu ilości jednostek, nazwy jednostek miar, opisu pozycji oraz podstawy wyceny dostosowując ich treść do odpowiednich dokumentów wzorcowych zamieszczonych w SIWZ.”* To postanowienie obligowało zatem Zamawiającego do uzupełnienia i poprawienia błędnie wpisanych jednostek miar – tak aby ilość ta była zgodna z ilością wskazaną w przedmiarze robót (jako dokumencie wzorcowym). Wymóg ten zatem odnieść należy do

błędnie określonej w ofercie wykonawcy Techbud Spółka z o.o. ilości jednostek dla poz. 7 i 77 kosztorysu odnoszącego się do technologii basenowej.

W zakresie wskazanych przez Odwołującego pozycji kosztorysu nr 7 i 77 dotyczących technologii basenowej wykonawcy Techbud określił wartości jednostkowe dla tych pozycji. Jednakże na skutek określenia ilości dla tych pozycji na poziomie „0” nie doszło, w wyniku takiej operacji w złożonym kosztorysie, do przypisania dla tych pozycji jakiegokolwiek dodatniej wartości końcowej. Była to oczywista niezgodność treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru (dokumentu wzorcowego, o którym mowa na str. 11 SIWZ w Rozdziale XVI pkt 8 ppkt 3 lit. c)), na skutek zaś roli jaką ten kosztorys pełnił w procesie ofertowania, w konsekwencji niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Tego rodzaju działanie wykonawcy Techbud Spółka z o.o.,. pozwalało mu dodatkowo na nadanie jego oświadczeniu woli dowolnego (alternatywnego) kształtu, w zależności od stwierdzonej w danym postępowaniu sytuacji wynikającej z rankingu ofert. Jeżeli bowiem ujęcie tych dwóch pominiętych pozycji nie miałyby wpływu na ranking złożonych ofert w interesie wykonawcy Techbud leżało złożenie oświadczenia, iż pozycje te nie zostały ujęte w sumarycznej wartości kosztorysowej – a zatem winno dojść do poprawienia przez Zamawiającego oferty w taki sposób, aby dodać pominięte ilości i tym samym wyliczone wartości wprowadzić jako pozycje do ceny całkowitej. W przypadku przeciwnym, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu, w interesie wykonawcy Techbud Spółka z o.o. leżało złożenie oświadczenia, że pozycje jednostkowe kosztorysu o numerach 7 i 77 zostały uwzględnione w cenie ofertowej – nie precyzując jednak, w jakich konkretnie pozycjach zostały one ujęte.

Gdyby tak było, jak wskazał na etapie postępowania wykonawca Techbud Spółka z o.o., pozycje, w ramach których hipotetycznie uwzględniono koszty z poz. 7 i 77 po ich pomniejszeniu o odpowiednio wartości 10.247,39 zł oraz wartość 327.750,00 zł powinno pozwalać na otrzymanie wartości stanowiącej iloczyn ujętych w tych pozycjach cen jednostkowych i określonych dla nich ilości. Analiza kosztorysu złożonego przez tego wykonawcę w części odpowiadającej technologii basenowej pozwoliła na ustalenie, że w tej części brak jest jakiegokolwiek innej pozycji kosztorysu choćby w przybliżeniu odpowiadającej wartości poz. nr 77 (327.750,00 zł). Prezes Zarządu wykonawcy Techbud Spółka z o.o. nie był jednocześnie w stanie na rozprawie wskazać pozycji, gdzie ujęto te koszty. Dodatkowo Jego wyjaśnienia, co do powodów takiego ujęcia, obarczone są oczywistym błędem logicznym. Jak wskazał bowiem w toku rozprawy powodem takiego ujęcia było przedstawienie przez podwykonawcę oferty na wykonanie tych robót w formie uniemożliwiającej jednoznaczne doprecyzowanie kosztów pozycji 7 i 77. Jednocześnie powyższe nie stało na przeszkodzie wskazaniu w kosztorysie przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. cen jednostkowych dla tych dwóch pozycji, co w konsekwencji przy prawidłowym przeniesieniu z przedmiaru jednostek miar w ilości 1 kpl w wartości całkowitej

dla tych pozycji dawałoby identyczną wartość jak cena jednostkowa. Oceniając te okoliczności oraz złożone wyjaśnienia nasuwa się wniosek, iż w tym wypadku doszło do celowego określenia przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. „zerowych” ilości aby istniała możliwość dowolnego kształtowania jego oświadczeń woli. Prezes Zarządu Techbud Spółka z o.o. wskazywał bowiem powody takiego opracowania kosztorysu, a więc wskazywał na świadome działanie przy jego sporządzeniu. Izba nie uznała jedynie uzasadnienia takiego działania, gdyż leżące u jego podstaw założenia są wewnątrznie sprzeczne i pozbawione racjonalności.

W tym miejscu Izba podzieliła w części, jako racjonalne i logiczne, tezy zaprezentowane w uzasadnieniu odwołania, że: *„Tego rodzaju zapis jest niewątpliwie omyłką wykonawcy Techbud, ponieważ z samej treści przedmiaru robót w zakresie technologii basenowej wynika, że ilość dla pozycji „Rurociągi, kształtki i armatura ciśnieniowa PE łączona poprzez zgrzewanie - Basen dla niepływających, Brodzik z placem/Zewnętrzne wynosi „1 kpl”. Co więcej, gdyby intencją wykonawcy było określenie wartości tej pozycji na zero złotych, to nie wpisywałby w kosztorysie ceny jednostkowej. Ponadto, nie sposób zakładać, że intencją wykonawcy nie było zaoferowanie i wykonanie tych robót oraz uwzględnienie ich wartości w kosztorysie, ponieważ są one wymagane zgodnie z przedmiarem stanowiącym załącznik do SIWZ.”* Dwa ostatnie zdania ww. argumentacji zasługują bowiem pełną na aprobatę, jednakże nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że mamy do czynienia z omyłką.

Izba podzieliła również stanowisko Odwołującego zaprezentowane w uzasadnieniu odwołania do zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdzie zostało wskazane, że *„(...) wartość pozycji 7 i 77 nie wynosi zero, ponieważ musi być co najmniej równa cenie jednostkowej.”* Powyższe wynika z zasad logiki oraz ogólnych zasad kosztorysowania robót budowlanych. Analizując złożony przez wykonawcę Techbud kosztorys ofertowy należy również zwrócić uwagę na fakt, że nie wprowadzono w nim tzw. „pozycji scalonych”, czy też innych specyficznych i indywidualnych metod wyliczania kosztów robót budowlanych. Jednakże nawet gdybyśmy mieli do czynienia z pozycjami scalonymi nie oznaczałoby to, że wartości jednostkowe pozycji mogłyby funkcjonować w całkowitym oderwaniu o ogólnej wartości dla pozycji, czy też wartości sumarycznej etapów i robót budowlanych w całości. Wartość jednostkowa pozycji kosztorysowej stanowi bowiem punkt wyjścia dla wartości całkowitej pozycji, przy uwzględnieniu wartości ujętej w kolumnie „ilość”, i następnie stanowi punkt wyjścia dla określenia wartości poszczególnych części kosztorysu (np. wg klasyfikacji branżowej lub klasyfikacji opartej na etapach) oraz w konsekwencji dla wartości sumarycznej robót budowlanych przy uwzględnieniu kosztów pośrednich, kosztów zakupu materiałów, czy też marży itp.

Nadto, co najistotniejsze dla uznania działań wykonawcy Techbud Spółka z o.o. za niedopuszczalne, sposób wyliczenia wynagrodzenia ściśle w oparciu o dołączony przez

Zamawiającego przedmiar robót został określony w Rozdziale XVI SIWZ – stanowiącym podstawę do oceny przez Zamawiającego poprawności opracowania kosztorysu ofertowego i w konsekwencji poprawności wyliczenia przez wykonawcę ceny ofertowej.

Zgodnie z Działem XVI SIWZ:

„1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w formie kosztorysu ofertowego w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik do SIWZ.

2. Kosztorys ofertowy należy sporządzić według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze robót. (podkreślenie Izby).

5. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót”.

W ocenie Izby Odwołujący w sposób prawidłowy wywiódł konsekwencje wynikające z takich postanowień SIWZ wskazując, w uzasadnieniu odwołania, że: *„Tym samym, w ocenie Odwołującego, zgodnie z SIWZ kosztorys stanowi integralną część oferty, a cena ofertowa miała stanowić sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu zgodnie z przedmiarem robót. Nie było zatem dopuszczalne, aby cena ofertowa mogła zawierać pozycje niewycenione w kosztorysie, ponieważ w takim przypadku suma wartości kosztorysu nie równałaby się cenie ofertowej.”*

Powyższe oznacza, że wykonawca Techbud wskazując, że pozycje jednostkowe nr 7 i 77 kosztorysu ofertowego zostały ujęte w cenie ofertowej wprowadził Zamawiającego w błąd, w rozumieniu treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jednocześnie, w ocenie Izby, Zamawiający nie dokonując poprawienia kosztorysu ofertowego zgodnie z wytycznymi ujętymi w treści Rozdziału XVI SIWZ (regulującymi sposób jego sporządzenia) naruszył treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie doprowadzając treści oferty wykonawcy Techbud do zgodności z treścią SIWZ. Nie ulega bowiem wątpliwości, że regulacje Rozdziału XVI SIWZ określały formę i treść oferty wykonawcy precyzując w jaki sposób winna zostać wyliczona cena ofertowa, którym to wymogom wykonawca Techbud nie uczynił zadość sporządzając kosztorys ofertowy wbrew postanowieniom pkt 1, 2 oraz 5 Rozdziału XVI SIWZ.

Bez poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający dokonał jednocześnie wyboru oferty sporządzonej wbrew postanowieniom SIWZ, czym naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż możliwość odstąpienia od odrzucenia oferty w takim wypadku występuje jedynie wówczas, gdy dochodzi do zastosowania instytucji uregulowanej w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – czego Zamawiający nie uczynił. Dodatkowo, jak wskazał na etapie postępowania wykonawca Techbud Spółka z o.o., nie

wyraziłby on zgody na takie ukształtowanie jego oświadczenia woli, gdyż nie prowadziłyby ono do uzyskania przez niego zamówienia. Poprawienie przez Zamawiającego ewentualnej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez dopisanie poprawnych jednostek miar (1 kompletu dla poz. 7 i 77 kosztorysu) wymusiłoby zwiększenie wartości zaoferowanych robót o sumę kwot 10.247,39 zł oraz 327.750,00 zł – co w konsekwencji prowadziłyby do zmiany rankingu ofert, gdyż wówczas oferta Techbud Spółka z o.o. uplasowałaby się na drugim miejscu w tym rankingu.

W ustalonym przez Izbę stanie faktycznym wykonawca Technobud Spółka z o.o., aby być konsekwentnym, w przypadku poprawienia przez Zamawiającego niezgodności treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, aby doprowadzić do jej zgodności z Rozdziałem XVI SIWZ, winien nie wyrazić zgody na taki sposób poprawienia oferty – który nasuwa się po analizie pkt 1, 2 i 5 Rozdziału XVI SIWZ w kontekście jego oświadczenia zawartego w piśmie z dnia z dnia 3 września 2018 r., w którym oświadczył, że wartości pozycji 7 i 77 wynoszą zero, jednocześnie podając, że wartość tych dwóch pozycji została ujęta w cenie ofertowej. Założenie to spowodowało o jednoczesnym uwzględnieniu zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które to przepisy są stosowane alternatywnie.

Tym samym Zamawiający miał obowiązek samoistnie poprawić dostrzeżone niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie uczynił tego, lecz zwrócił się do wykonawcy Techbud Spółka z o.o. z pytaniem dotyczącym tych niezgodności, co doprowadziło do tego, że wykonawca ten skorzystał z istniejącej w jego kosztorysie „luki” składając nieprawdziwe oświadczenie, że wartości te zostały uwzględnione w cenie złożonej oferty. To doprowadziło, w ocenie Izby, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ – winna zostać zatem odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Taka jest bowiem konsekwencja złożonego przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. oświadczenia zawartego w piśmie z dnia 03.09.2018 r. W zakresie zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba uznała go za zasadny kierując się oceną szeregu oświadczeń złożonych przez wykonawcę Techbud Spółka z o.o. Oświadczenia te pozostają w stosunku do siebie w oczywistej opozycji, są one bowiem wynikiem intencjonalnych okoliczności, których celem było takie ukształtowanie treści tych oświadczeń, aby na konkretnym etapie postępowania, przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych mających miejsce po terminie złożenia ofert, możliwe było uzyskanie zamówienia. Jak Izba bowiem wskazała na wstępie nie jest możliwe aby wartość poz. 7 i 77 została uwzględniona w cenie ofertowej w bliżej niesprecyzowanych innych pozycjach, gdyż za oczywiste należy uznać, że jeżeli wykonawca Techbud Spółka z o.o. znał wartości jednostkowe poz. 7 i 77 prostszą operacją było określenie dla nich prawidłowych jednostek miar w postaci 1 kpl i przemnożenie ich przez wartości jednostkowe dla uzyskania cen dla tych pozycji kosztorysowych (*de facto* o tej samej wartości). Za nielogiczne i nieracjonalne

należy uznać działanie polegające na „rozbiciu” tych wartości pomiędzy bliżej niesprecyzowane pozycje całego kosztorysu, gdyż takie działanie nie przynosiłoby żadnych wymiernych korzyści oraz uniemożliwiłoby osiągnięcie celów, na które wskazywał w toku rozprawy Zamawiający, tj. nie umożliwiłoby śledzenia postępu robót i ewentualnego ich rozliczenia, w przypadku odstąpienia od umowy. Choć Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe miał prawo do szczegółowego określenia sposobu jego obliczenia, co też uczynił. Nadał on duże znaczenie kosztorysowi ofertowemu, pozbawiając wykonawców w znacznym zakresie swobody przy jego sporządzeniu.

Stąd też winien na etapie oceny ofert w sposób rygorystyczny podejść do jego oceny. Zaniechania w tym zakresie doprowadziły do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. Dodatkowo umożliwienie wykonawcy złożenia nieuprawnionych w tym przypadku wyjaśnień doprowadziło do złożenia oświadczenia wprowadzającego w błąd Zamawiającego, które miało istotny wpływ na przebieg postępowania – pozwoliło bowiem uznać za najkorzystniejszą ofertę o treści niezgodnej z treścią SIWZ.

III. W zakresie zarzutów art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż został on wskazany jako zarzut alternatywny – zatem uwzględnienie zarzutów z art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powoduje, że pozostałe zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie, gdyż jako alternatywne zostały niejako „skonsumowane” przez zarzuty uwzględnione przez Izbę. Tym samym uwzględnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powoduje, że uwzględnienie pozostałych zarzutów opartych na tych samych okolicznościach faktycznych nie mogło mieć miejsca.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich

rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

