‚Sygn. akt: KIO 372/19

WYROK
z dnia 15 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot) – Lider konsorcjum oraz**NDI S.A**z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot) – Partner konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A**z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-734 Warszawa)

przy udziale wykonawcy – **S. Ł.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. Ł. ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z siedzibą w Żaganiu przy ul. Lotników Alianckich 13 (68-100 Żagań) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie oraz **NDI S.A**. z siedzibą w Sopocie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie oraz **NDI S.A**. z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Sp. z o.o.**z siedzibą w Sopocie oraz **NDI S.A**. z siedzibą w Sopocie na rzecz zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A**z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 372/19

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” na *zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Prace na linii kolejowej nr 358 Zbąszynek – Gubin realizowanego w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 358 Zbąszynek – Gubin na odcinku Zbąszynek – Czerwieńsk – II Etap* (nr referencyjny: IREZA5i-216-02/18, nr postępowania: 9090/IREZA5/23127/06735/18/P), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 listopada 2018 r., pod numerem 2018S 221-506706.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI Sp. z o.o.z siedzibą w Sopocie oraz NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zwani dalej: „odwołującym” w dniu 4 marca 2019 r. wnieśli odwołanie od niezgodnych z Pzp czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę – S. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. Ł. ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z siedzibą w Żaganiu (zwanego dalej: „przystępującym”), pomimo że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
3) zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej przystępującego, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujacego, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wynikającym z pkt 13.5 Tomu I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (IDW) oraz z Tabeli 2 „Branża ogólna” Tomu IV SIWZ Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO) i nie miał w tej sytuacji zastosowania przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujacego, pomimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu w zakresie, w jakim sumaryczna wartość pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej dotyczących wykonania dokumentacji projektowej przekracza dopuszczalną wartość wynikającą z pkt 13.5 Tomu 1 SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (IDW) oraz z Tabeli 2 „Branża ogólna” Tomu IV SIWZ Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO);
3) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez prowadzenie postępowania z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegający na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej

przystępującego, pomimo iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp;
4) art. 7 ust. 1 Pzp – poprzez prowadzenie postępowania przez zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz zasady przejrzystości w taki sposób, że zamawiający nie stosował zapisów SIWZ jednakowo do wszystkich wykonawców i nie kierował się przy prowadzeniu postępowania literalnymi zapisami specyfikacji, którą sam sporządził.

Mając na uwadze postawione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- odrzucenia oferty przystępującego;
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów Pzp. Odwołujący wskazał, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę zgodną z SIWZ, a zatem był uprawniony do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, składania w jej toku postąpień i następnie uzyskania zamówienia. W dniu 21 lutego 2019 r. zamawiający zaprosił do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej siedmiu wykonawców, w tym odwołującego i przystępującego. W wyniku przebiegu aukcji elektronicznej i postąpień dokonanych w jej toku przez poszczególnych wykonawców, oferta przystępującego została sklasyfikowana na 1. miejscu, a odwołującego na 2. miejscu w rankingu ofert. Skoro jednak oferta przystępujacego – zdaniem odwołującego – podlega obligatoryjnemu odrzuceniu, to na 1. miejscu powinna zostać sklasyfikowana jego oferta, a nie przystępującego. Tym samym – w ocenie odwołującego – niezgodne z przepisami Pzp zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego bezpośrednio uniemożliwiło odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie zamówienia. Jednocześnie odwołujący podkreślił, iż interes we wniesieniu niniejszego odwołania przysługiwał mu już przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej. Konkurowanie w toku aukcji elektronicznej z przystępującym, którego oferta podlega odrzuceniu, może bowiem prowadzić do zaburzenia przebiegu i wyników takiej aukcji. Skoro przed rozpoczęciem aukcji oferta przystępującego była ofertą z najniższą ceną, to niezgodny z przepisami udział tego wykonawcy w aukcji wpływa bezpośrednio na wysokość postąpień odwołującego, jakich musiał on dokonać w celu ostatecznego sklasyfikowania jego oferty na 1. miejscu w rankingu ofert. Tym samym odwołujący wyjaśnił, że może ponieść szkodę wynikającą z zaniechania odrzucenia oferty przystępujacego. Szkoda ta wyraża się w konieczności obniżenia ceny ofertowej odwołującego w toku aukcji elektronicznej do poziomu poniżej ceny zaoferowanej przez przystępującego, który to wykonawca w ogóle nie powinien być brany pod uwagę z uwagi na konieczność odrzucenia jego oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił sposób obliczenia ceny, w tym w zakresie pozycji dotyczących wykonania dokumentacji projektowej. Ostateczna wersja postanowień SIWZ w tym przedmiocie została wprowadzona zmianą nr 7 do SIWZ z dnia 2 stycznia 2019 r. Zgodnie z postanowieniami pkt 13.5 SIWZ (IDW) w brzmieniu nadanym ww. zmianą nr 7: *Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (Tabela 2 Branża ogólna Lp. 1-6) nie może przekroczyć 5% wartości wszystkich pozycji z Tabeli 1 Zestawienie zbiorcze - z wyłączeniem Kwoty Warunkowej oraz Kosztów Komunikacji Zastępczej (…).* Ponadto odwołujący wyjaśnił, że zamawiający dokonując ww. zmiany nr 7 zaktualizował również Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO), w ramach którego w uwagach do Tabeli 2 „Branża ogólna" w informacji opatrzonej * wskazał – *Suma wartości pozycji 1-6 nie może przekroczyć 5% sumy wartości wszystkich pozycji wskazanych w tabl. 1 Zestawienie Zbiorcze z wyłączeniem kwoty warunkowej oraz wartości komunikacji zastępczej*. Tym samym postanowienia SIWZ w powyższym przedmiocie były zatem jasne i precyzyjne, a treść Tomu I - Instrukcja Dla Wykonawców (IDW) była spójna z Tomem IV- Rozbicie Ceny Ofertowej. Niemniej zdaniem odwołującego pomimo powyższego, przystępujący złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ w zacytowanym wyżej zakresie. Sumaryczna wartość pozycji RCO w ofercie przystępujacego dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (Tabela 2 „Branża ogólna" Lp. 1-6) przekracza bowiem 5% wartości wszystkich pozycji z Tabeli 1 „Zestawienie zbiorcze" z wyłączeniem kwoty warunkowej oraz kosztów komunikacji zastępczej. Odwołujący zamieścił w odwołaniu Tabelę 1 „Zestawienie zbiorcze" i Tabela 2 „Branża ogólna" z oferty przystępującego.

Jak wskazał odwołujący z tych tabel wynikało, że sumaryczna wartość pozycji 1-6 w Tabeli 2 „Branża ogólna" wynosi 5.128.000 zł (pięć milionów sto dwadzieścia osiem tysięcy złotych), a zatem przekracza dopuszczalną wartość tych pozycji wskazaną przez zamawiającego w pkt 13.5 Tomu I SIWZ (IDW) oraz w uwagach do Tabeli 2 „Branża ogólna" Tomu IV SIWZ (RCO). W świetle wartości wskazanych w Tabeli 1 „Zestawienie zbiorcze", maksymalna sumaryczna wartość pozycji 1-6 w Tabeli „Branża ogólna" mogła wynosić maksymalnie: 5.094.052,06 zł. Tym samym oferta przy jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że opisana powyżej niezgodność oferty przystępującego z zapisami SIWZ ma charakter nieusuwalny. Zamawiający nie mógł w tej sytuacji skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem opisana sytuacja niezgodności oferty przystępującego z zapisami SIWZ nie jest omyłką. W tym stanie faktycznym elementem wykluczającym możliwość usunięcia niezgodności oferty przystępującego z SIWZ nie jest waga błędu znajdującego się w ofercie przystępujacego, ale fakt, iż zamawiający bez ingerencji w treść oświadczenia woli przystępujacego nie jest w stanie sam skorygować zaistniałej niezgodności.

Odwołujący przede wszystkim podkreślił, że warunek opisany przez zamawiającego w pkt 13.5 SIWZ (IDW) jest zapisany w sposób jasny i precyzyjny. Treść tych zapisów i ich wyraźne sformułowanie oznacza, iż przy zaistnieniu błędu przystępującego, co do wyceny oferty z pominięciem ww. warunku - zamawiający nie może sam bez udziału wykonawcy dokonać poprawy niniejszego błędu. Innymi słowy, aby oferta przystępującego spełniała warunek dotyczący proporcji, to zamawiający musiałby albo obniżyć: „sumaryczną wartość pozycji RCO w ofercie ECO-BAZA dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (Tabela 2 „Branża ogólna" Lp. 1-6)" albo podwyższyć którąś z „pozycji z Tabeli 1 „Zestawienie zbiorcze" z wyłączeniem kwoty warunkowej oraz kosztów komunikacji zastępczej". Bez porozumienia się z przystępującym, zamawiający nie mógł tego uczynić.

Ponadto zdaniem odwołującego opisane uchybienie wypełnia także przesłanki odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust.

1 pkt 6 Pzp, albowiem stanowi błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Cena wskazanych powyżej pozycji dotyczących wykonania dokumentacji projektowej została bowiem obliczona niezgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w dokumentacji przetargowej. Gdyby przystępujący zastosował się do wytycznych zamawiającego, to zarówno cena ww. pozycji, jak i całkowita cena oferty byłaby odmienna.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący wyjaśnił, że zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w piśmiennictwie dotyczącym ww. przepisu wskazuje się, że etap zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej poprzedzony jest etapem badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty. Na ww. okoliczność odwołujący przytoczył fragment wyroku Izby z dnia 30 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 400/16.

Zdaniem odwołującego poprzez zaproszenie przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, zamawiający naruszył podstawowe zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Stan, w którym w aukcji elektronicznej bierze udział wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona, jest bowiem nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto w ocenie odwołującego zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania doznała uszczerbku w niniejszym postępowaniu, z uwagi na zachowanie zamawiającego, który nie stosował zapisów SIWZ jednakowo do wszystkich wykonawców i nie kierował się przy prowadzeniu postępowania literalnymi zapisami specyfikacji, którą sam sporządził. Postępowanie zamawiającego godziło również w zasadę przejrzystości postępowania, albowiem dokonał on rozszerzającej wykładni zapisów SIWZ - dla jednego oferenta tj. przystępującego, mimo że jego oferta nie spełniała jednoznacznych kryteriów dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – S. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. Ł. ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z siedzibą w Żaganiu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 15 marca 2019 r., zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego wniosku. Podobnie przystępujący na posiedzeniu złożył oryginał swojego pisma procesowego, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na całkowitą niezasadność podniesionych w nim zarzutów także podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawcę S. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. Ł. ECO-BAZA Przedsiębiorstwo Wielobranżowe z siedzibą w Żaganiu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1) dokumentacji nadesłanej w dniu 11 marca 2019 r. przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD w tym w szczególności z treści:
   - Tomu I SIWZ – Instrukcje dla Wykonawców (zwanego dalej: „IDW”);
   - Tomu II SIWZ – Warunki Umowy;
   - oferty przystępującego;
   - pisma przystępujacego z dnia 24 stycznia 2019 r. stanowiącego informację o wystąpieniu omyłki w ofercie wraz z załącznikami;
   - pisma zamawiającego z dnia 15 lutego 2019 r. stanowiącego zawiadomienie przystępującego o poprawieniu omyłek;
   - pisma przystępujacego z dnia 18 lutego 2018 r. stanowiącego oświadczenie o wyrażeniu zgody na poprawienie innych omyłek;
   - pisma zamawiającego z dnia 21 lutego 2019 r. stanowiącego zaproszenie przystępujacego do udziału w aukcji elektronicznej;
2) złożonych przez zamawiającego na rozprawie pism: wykonawcy Track Tec Construction Sp. z o.o. z dnia 27 lutego 2019 r. z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz załącznikami oraz zamawiającego z dnia 1 marca 2019 r. udostępniającego protokół wraz z wymienionymi załącznikami;
3) złożonego przez przystępującego dowodu w postaci wydruku str. 1 i 30-31 SIWZ z innego postępowania przetargowego.

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

Zgodnie z postanowieniami pkt 13.5 IDW w brzmieniu nadanym zmianą nr 7 z dnia 2 stycznia 2019 r. *Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (Tabela 2 Branża ogólna Lp. 1-6) nie może przekroczyć 5% wartości wszystkich pozycji z Tabeli 1 Zestawienie zbiorcze - z wyłączeniem Kwoty Warunkowej oraz Kosztów Komunikacji Zastępczej (…).* Natomiast w pkt 13.6 IDW zamawiający określił informacje dotyczące zastosowania „innej omyłki” wskazując *W przypadku, gdy w wypełnionym przez Wykonawcę RCO wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, Zamawiający poprawi je w sposób opisany niżej, w szczególności:*

w przypadku braku pozycji — Zamawiający poprawi RCO poprzez dopisanie treści brakującej pozycji, jednostki miary, liczby jednostek oraz wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za

włączoną do innych pozycji wypełnionego RCO,

- *w przypadku błędnie wpisanej „Nazwy elementu rozliczeniowego" — Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie poprawnej nazwy elementu rozliczeniowego pozostawiając niezmienioną dla tej pozycji zaoferowaną w RCO cenę jednostkową i wartość,*
- *w przypadku błędnie wpisanej „Jednostki miary" — Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie poprawnej jednostki miary pozostawiając niezmienioną dla tej pozycji zaoferowaną w RCO cenę jednostkową i wartość,*
- *d)w przypadku błędnie wpisanej „Liczb jednostek" - Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie poprawnej liczby jednostek i dokona obliczenia wartości tej pozycji poprzez przemnożenie poprawnej liczby jednostek przez cenę jednostkową podaną w RCO,*
- *w przypadku braku w RCO „Ceny jednostkowej" — Zamawiający dokona obliczenia ceny jednostkowej jako ilorazu, w którym za dzielną przyjmie się wskazaną w RCO wartość, a za dzielnik liczbę jednostek. Jeżeli otrzymana cena jednostkowa będzie posiadała więcej niż dwa miejsca po przecinku, Zamawiający zaokrągli ją zgodnie z zasadami matematyki i ponownie dokona obliczenia wartości jako iloczynu liczby jednostek i ceny jednostkowej (po zaokrągleniu),*
- *przypadku braku w RCO „Ceny jednostkowej" i „Wartości" - Zamawiający poprawi RCO poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego RCO.*

W tomie II SIWZ w subklauzuli 14.1 dotyczącej ceny kontraktowej zamawiający określił, że:*Jeżeli nie jest podane inaczej w Kontrakcie, to:*

a) *Cena Kontraktowa będzie zryczałtowaną Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem;*
b) *Wykonawca będzie płacił wszystkie podatki, należności i opłaty wymagane do płacenia przez niego według Kontraktu, a Cena Kontraktowa nie będzie korygowana za względu na jakikolwiek z tych kosztów;*
c) *jakiekolwiek ilości, które mogą być umieszczone w jakimś Wykazie, są ilościami szacunkowymi i nie mają być brane za faktyczne i poprawne ilości Robót, których realizacji wymaga się od Wykonawcy; oraz*
d) *jakiekolwiek dane dotyczące ilości lub cen, umieszczone w jakimś Wykazie, będą używane do celów podanych w tym Wykazie.*

Natomiast w subklauzuli 14.2 tomu II SIWZ dotyczącej płatności zaliczkowej zamawiający wskazał, że:*Zamawiający udzieli Wykonawcy zaliczki w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, jeżeli Wykonawca wystąpi o zaliczkę oraz przedstawi zabezpieczenie zaliczki zgodnie z postanowieniami niniejszej SubKLAUZULI.*

W terminie 21 dni od Daty Rozpoczęcia Wykonawca przekaże Zamawiającemu wniosek o wypłatę I raty zaliczki, wynoszącej 3% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. We wniosku tym Wykonawca wskaże swój rachunek bankowy, na który dana rata zaliczki ma zostać wpłacona.

Następnie, w terminie 21 dni od zaakceptowania przez Zamawiającego Projektu Budowlanego przedstawionego przez Wykonawcę, przekaże Zamawiającemu wniosek o wypłatę II raty zaliczki, wynoszącej 7% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. We wniosku tym Wykonawca wskaże swój rachunek bankowy, na który dana rata zaliczki ma zostać wpłacona.

W dniu 14 stycznia 2019 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. Oferta przystępującego została opatrzona numerem 5 i wskazywała kwotę 103 611 041,10 zł netto.

Przystępujący pismem z dnia 24 stycznia 2019 r. poinformował zamawiającego o wystąpieniu omyłki w jego ofercie. W przedmiotowym piśmie przystępujący wskazał m. in., że *Pierwsza popełniona omyłka sprowadza się do wadliwego wypełnienia dokumentu Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO") w Tabeli 2. Na etapie przenoszenia wartości z ofert podwykonawczych uzyskanych na etapie poprzedzającym złożenie oferty do RCO popełniona została omyłka polegająca na uzupełnieniu pozycji nr 5 i 7 tabeli 2 RCO w sposób odwrotny od zamierzonego, tj. poprzez przypisanie do pozycji nr 5 (projekty wykonawcze) wartości wynikającej z oferty podwykonawczej właściwej dla pozycji nr 7 (wycinka drzew, oferta podwykonawcza skutkująca wyceną wycinki na kwotę 780.000 zł), z kolej dla pozycji nr 7 wpisana została wartość właściwa dla pozycji nr 5 (również poparta ofertą podwykonawczą, skutkująca wyceną projektów wykonawczych na kwotę 600.000 zł[1]). Na dowód niezamierzonego i omyłkowego charakteru zaistniałej sytuacji załączam oferty podwykonawcze na zakres prac przewidziany w tabeli nr 2 pozycje nr 5 i 7 RCO. Z uwagi na fakt, iż obie oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ECO-BAZA, Wykonawca wnosi o objęcie treścią ofert podwykonawczych tajemnicą przedsiębiorcy w trybie art. 8 ust. 3 Pzp (uzasadnienie w dalszej części pisma).*

Powyższe stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż w treści pkt. 13.5 Instrukcji dla Wykonawców Zamawiający wskazał, że sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (tabela 2, poz. 1-6 RCO) nie może przekroczyć wartości 5% wszystkich pozycji z Tabeli 1 z wyłączeniem Kwoty Warunkowej oraz Kosztów Komunikacji Zastępczej. Jeśliby omyłka ta nie została poprawiona, to wartość pozycji 1-6 z tabeli 2 RCO w ofercie ECO-BAZY nieznacznie przekroczy próg 5% (tak skalkulowana wartość pozycji 1-6 daje łącznie 5,03% wartości ceny ofertowej).

Następnie zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2019 r. (sygn. IREZA5i-216-02/2018) w pkt 2) poinformował, że poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty:*

(…)

W Rozbiciu Ceny Ofertowej:

- biorąc pod uwagę wyjaśnienia Wykonawcy złożone w dniu 24.01.2019r. inną omyłkę polegającą na zamianie w Tabeli 2. Branża ogólna kwot „koszt jednostkowy" i wartość" pomiędzy. pozycja Lp. 5. Projekty wykonawcze i pozycją Lp. 7. Wycinka drzew:
- Lp. 5:

Jest:

5.	Projekty wykonawcze	1	kpl.	780 000,00 zł	780 000,00 zł

Po poprawieniu omyłki:

5.	Projekty wykonawcze	1	kpl.	600 000,00 zł	600 000,00 zł

Lp. 7:
Jest:

7.	Wycinka drzew	1	kpl.	600 000,00 zł	600 000,00 zł

Po poprawieniu omyłki:

7.	Wycinka drzew	1	kpl.	780 000,00 zł	780 000,00 zł

W odpowiedzi na ww. pismo, przystępujący pismem z dnia 18 lutego 2019 r. działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp oświadczył, iż wyraża zgodę na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących zmiany treści oferty,szczegółowo wyspecyfikowanych w piśmie nr IREZA5i-216-02/2018 z dnia 15 lutego 2019 r.
Tym samy zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2019 r. zaprosił przystępujacego do udziału w aukcji elektronicznej.
W reakcji na to odwołujący pismem z dnia 25 lutego 2019 r. (sygn. L.dz. /DPP/MS/2502/2019) na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp poinformował zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego, tj. zaproszeniu przystępujacego do udziału w aukcji elektronicznej, którego oferta podlega odrzuceniu oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując okoliczności faktyczne dla swojego stanowiska.
Zamawiający nie odrzucił oferty przystępujacego.

Zgodnie z art. 189 ust. 1 pkt 2 zamawiający odrzuca ofertę jeżeli *jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*, a zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 zamawiający odrzuca ofertę jeżeli *zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu*.
Natomiast zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp *Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu*.
Wskazany w odwołaniu art. 7 ust. 1 określa podstawowe zasady udzielania zamówień i stanowi, że zamawiający *przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Przechodząc do meritum uzasadnienia na wstępie należy wskazać, że odwołujący przyznał na rozprawie, iż dopiero w dniu rozprawy – w związku ze złożoną odpowiedzią na odwołanie oraz stanowiskiem pisemnym przystępujacego – dowiedział o zastosowaniu przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w stosunku do oferty przystępującego. Z tego względu w odwołaniu nie zostały podniesione okoliczności faktyczne związane z zastosowaniem tego przepisu (w tym przede wszystkim dotyczące czynności zamawiającego z dnia 15 lutego 2019 r. dotyczącej poprawienia omyłki w zakresie pkt 5 i 7 Tabeli nr 2 pn. Branża ogólna). W konsekwencji zarówno zamawiający jak i przystępujący mając na uwadze treść art. 192 ust. 7 Pzp, który stanowi, że *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu* oraz art. 191 ust. 2 Pzp, który stanowi, że *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania* wskazywali, że rozstrzygnięcie przez Izbę o prawidłowości zastosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp będzie niedopuszczalne z uwagi na zestawienie treści odwołania ze stanem faktycznym mającym miejsce w postępowaniu.

Izba uznała, że ww. wniosek nie może zostać uwzględniony. W treści odwołania tj. w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (str. 2) oraz w pkt 14 i 15 (str. 5) odwołujący wskazywał wyraźnie, że w jego ocenie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie miał zastosowania i zamawiający nie mógł z niego skorzystać. Co prawda odwołujący sam przyznał, że na dzień złożenia odwołania nie miał wiedzy o zastosowaniu tego przepisu przez zamawiającego to jednak nie można stwierdzić, że w ten sposób został pozbawiony możliwości jego kwestionowania za pomocą odwołania. Treść art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest jasna i sposób wyraźny nawiązuje do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w ten sposób, że niedopuszczalne jest odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ w sytuacji zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z zawartymi w nim przesłankami. Tym samym oba przepisy pozostają we wzajemnej relacji, która nie może zaskakiwać uczestników postepowania przetargowego. Oczywiście odwołujący zdecydował się na dość duże ryzyko polegające na kwestionowaniu czynności zamawiającego przy niedokładnym ustaleniu i znajomości stanu faktycznego sprawy, niemniej wskazana powyżej relacja obu przepisów daje Izbie w takiej sytuacji możliwość rozpatrywania zarzutu obejmującego także prawidłowość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym wypadku w ocenie Izby odwołujący po prostu uznał, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może mieć w żaden sposób zastosowania co – jak wskazano powyżej – zostało wyartykułowane w odwołaniu.

W związku z tym Izba uznała, że uzasadnienie podniesione w odwołaniu umożliwiło zarówno zamawiającemu jak i przystępującemu podjęcie polemiki z odwołującym i w żadnym wypadku nie mogli oni zostać zaskoczeni zarzutem naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp co – należy przyznać na marginesie – znalazło swój wydźwięk w ich stanowiskach pisemnych, w których dość szczegółowo odnieśli się do możliwości zastosowania tego przepisu w postępowaniu. Ponadto w przedmiotowej sprawie Izba wzięła pod uwagę argumentację przytoczoną przez odwołującego na rozprawie,

która referowała do wyroku z dnia 29 stycznia 2018 r. o sygn. akt KIO 2746/17, a w którym wskazano, że *Na poparcie swojego stanowiska Izba przywołuje treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem Zamawiający zobowiązany jest do zbadania oferty, z zastrzeżeniem ewentualnego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w przypadku wystąpienia niezgodności treści oferty z SIWZ - niekwalifikującej się do poprawienia w toku postępowania – Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z konstrukcji tego przepisu wnioskować również można, to że ewentualny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – t.j. niezgodności treści oferty z SIWZ - jest zawsze zarzutem dalej idącym, wobec zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - niewłaściwego poprawienia innej omyłki.*

Niemniej dokonane powyżej przez Izbę ustalenie w zakresie możliwości rozstrzygnięcia co do prawidłowości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie oznacza, że odwołanie podlegało uwzględnieniu. Jak wskazano powyżej odwołujący o zastosowaniu przez zamawiającego wobec oferty przystępujacego ww. przepisu dowiedział na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania. Odwołujący argumentował na rozprawie, że nie mógł mieć wglądu do korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym, gdyż wynika to z art. 96 ust. 3 Pzp i stwierdził, że wgląd taki mógłby uzyskać dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, co do dnia rozprawy jeszcze nie nastąpiło. Interpretacja przepisów Pzp oraz sposób przedstawiania argumentacji na poparcie postawionych zarzutów jest indywidualną sprawą każdego wykonawcy składającego odwołanie niemniej tacy wykonawcy w ocenie Izby powinni dążyć do dokładnego ustalenia stanu faktycznego i wynikających z niego konsekwencji prawnych, gdyż ma to przełożenie na jakość przedstawionej argumentacji. Tymczasem odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie korespondencji pomiędzy zamawiającym i przystępującym czym ograniczył sobie możliwość zawarcia w odwołaniu skutecznej argumentacji na jego poparcie. Jak ustaliła Izba zamawiający umożliwiał innym wykonawcom wgląd do załączników do protokołu obejmujących także korespondencję z przystępującym w zakresie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp co wynika ze złożonych na rozprawie dokumentów w postaci pism: wykonawcy Track Tec Construction Sp. z o.o. z dnia 27 lutego 2019 r. z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz załącznikami oraz zamawiającego z dnia 1 marca 2019 r. udostępniającego protokół wraz z wymienionymi załącznikami (z wyjątkiem tych zastrzeżonych jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa). Powyższe oznacza, że zamawiający w praktyce udostępniał wykonawcom załączniki do protokołu i w tym aspekcie nie można mówić o hipotetycznych założeniach. Okoliczność ta zdaniem Izby miała wpływ na argumentacja odwołującego i doprowadziła do tego, że dopiero na rozprawie próbował on ją konkretyzować i odnosić do zaistniałego stanu faktycznego. Mając na uwadze argumentację odwołującego zawartą w odwołaniu oraz podaną na rozprawie Izba stwierdziła, że kwestionował on prawidłowość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp podając twierdzenia, które można podzielić na trzy aspekty:

- po pierwsze odwołujący wskazał, ze zamawiający nie mógł skorzystać z ww. przepisu ponieważ opisana niezgodność oferty przystępujacego z postanowieniami SIWZ nie jest omyłką i przedmiotowym stanie faktycznym elementem wykluczającym możliwość usunięcia niezgodności oferty przystępującego z SIWZ nie jest waga błędu znajdującego się w ofercie przystępujacego, ale fakt, iż zamawiający bez ingerencji w treść oświadczenia woli przystępujacego nie jest w stanie sam skorygować zaistniałej niezgodności;
- po drugie odwołujący stwierdził, że w związku z pismem przystępującego z dnia 24 stycznia 2019 r. oraz pismem zamawiającego z dnia 15 lutego 2019 r. stanowiącym zawiadomienie o poprawieniu omyłek w stosunku do oferty przystępującego, doszło do niedopuszczalnych negocjacji pomiędzy zamawiającym a przystępującym, co stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp oraz że w związku ze złożeniem pisma z dnia 24 stycznia 2019 r., przystępujący miał więcej czasu na złożenie oferty niż inni wykonawcy w postępowaniu, co naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- po trzecie odwołujący wyjaśnił, że błąd w ofercie przystępującego jest nieusuwalny na etapie realizacji zamówienia i zwrócił uwagę na klauzulę 14.4 tomu II SIWZ dotyczącą warunków płatności, wskazując w swojej ocenie, że zamawiający w sposób niedopuszczalny faworyzował przystępującego.

Jeśli chodzi o pierwszy aspekt twierdzeń przywołanych przez odwołującego Izba przyjęła i w pełni zaaprobowała argumentacje zawartą w wyrokach z dnia 13 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1088/17 oraz z dnia 29 sierpnia 2017 sygn. akt KIO 1727/17. Wskazano w nich, że w zakresie możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, niemniej nie może mieć charakteru absolutnego gdyż przy rozstrzyganiu o prawidłowości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy brać pod uwagę indywidualny stan każdej rozpatrywanej sprawy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty" charakter „innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie zwracał się do przystępujacego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i jak wynika z dokumentów będących w dyspozycji Izby sam złożył wyjaśnienia w zakresie popełnionej omyłki załączając do nich stosowne dokumenty, które zamawiający wziął pod uwagę i dokonał poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika z wyroku z dnia 2 lipca 2018 r. o sygn. akt KIO 1185/18*„Zamawiający poprawia w ofercie: (…) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (…). Oczywiście poprawienie takiej omyłki może (a czasami nawet powinno) odbywać się z udziałem wykonawcy, ale to uczestnictwo nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oferty spowodowanej nowym oświadczeniem woli*. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie działanie przystępujacego nie doprowadziło do wytworzenia nowej treści oferty spowodowanej nowym oświadczeniem woli.

Ponadto Izba uznała, że sytuacja zaistniała w postępowaniu mogła zatem zostać potraktowana jako spełniająca przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprawiona omyłka dotyczy elementów cenotwórczych, a więc elementów składających się na ofertę. Nie sposób jednak uznać jej za „istotną zmianę w treści oferty". W powyższym zakresie Izba wzięła pod uwagę to, iż:

- w żaden sposób nie wpływa ona na cenę końcową oferty, która pozostaje bez zmian (poprawienie omyłki doprowadziło

jedynie do modyfikacji wewnętrznej struktury kalkulacji ofertowej poprzez zamianę wartości przypisanych do pozycji nr 5 i 7 tabeli nr 2 RCO, odpowiednio 780.000 zł i 600.000 zł);
- w wyodrębnionej przez zamawiającego kategorii, jaką są prace projektowe zmiana sumarycznej wartości jest znikoma - suma pozycji od 1 do 6 tabeli 2 RCO zmienia się raptem z 5 128 000 zł na 4 948 000 zł tym samym przesunięcia pomiędzy pozycjami RCO, których dotyczy poprawiona omyłka sprowadzają się do kwoty 180.000 zł, co stanowi 0,17% wartości ceny ofertowej netto zaoferowanej przez przystępującego;
- pierwotne przekroczenie wartości referencyjnej określonej przez zamawiającego w pkt 13. 5 IDW nastąpiło o 0,033%.
Warto także zwrócić uwagę, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie Pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.* Zamawiający w pkt 13.4 IDW dopuścił możliwość poprawienia omyłek w RCO i przedstawił otwarty katalog sytuacji w jakich takich poprawek dokona.
W konkluzji dla tej części argumentacji podniesionej przez odwołującego Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie odwołujący nie wskazywał żadnych konkretnych okoliczności, które świadczyłyby o niedopuszczalnym zastosowaniu przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wobec oferty przystępujacego, poprzestając na przyjęciu nieuzasadnionego okolicznościami założenia, że ww. niezgodności mają charakter nieusuwalny.
Jeśli chodzi o drugi aspekt podniesiony przez odwołującego w stosunku do czynności zamawiającego Izba wskazała, że w odwołaniu nie został postawiony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. O ile wskazywana powyżej relacja pomiędzy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pozwoliła Izbie na rozstrzygnięcie co do prawidłowości zastosowania tego drugiego o tyle rozstrzygniecie w zakresie art. 87 ust. 1 Pzp w sytuacji niewskazania tego zarzutu w odwołaniu – mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 192 ust. 7 Pzp – nie mogła zostać przedmiotem orzekania przez Izbę. Podobnie Izba uznała, że przystępujący w piśmie z dnia 24 stycznia 2019 r. wskazał jedynie sposób skonstruowania swojej oferty przez co twierdzenie odwołującego, że przystępujący miał więcej czasu na złożenie oferty niż inni wykonawcy w postępowaniu nie mogło znaleźć akceptacji.
W zakresie trzeciego aspektu wskazanego przez odwołującego Izba także uznała, że nie może on być podstawą uwzględnienia odwołania. W ocenie Izby wprowadzona poprawka nie rzutuje na przebieg realizacji przyszłej umowy o zamówienie publiczne, gdyż cena zaproponowana przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu miała charakter ryczałtowy (co wynika z subklauzuli 14.1 tomu II SIWZ), a przewidziane przez zamawiającego zaliczki będą udzielane od ceny kontraktowej (co wynika z subklauzuli 14.2 tomu II SIWZ), a ta nie uległa zmianie na skutek poprawienia omyłki.
W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.
W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Izba przyjęła za własne stanowisko zamawiającego, że w zakresie tego zarzutu odwołujący poprzestał jedynie na gołosłownym stwierdzeniu, iż cena wskazanych powyżej pozycji dotyczących wykonania dokumentacji projektowej została obliczona niezgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w dokumentacji projektowej, tym samym mając na uwadze zasadę rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 kc w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp, należy stwierdzić, że odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu w zakresie tego zarzutu bowiem nie wykazał okoliczności uzasadniających postawioną tezę. Ponadto Izba przyznała słuszność twierdzeniom przystępującego, że w niniejszej sprawie uznać należy, że z błędem w obliczeniu ceny mielibyśmy do czynienia, gdyby sytuacja przekroczenia wynikającego z IDW limitu 5% była efektem przyjęcia przez przystępującego innego zakresu prac lub np. wadliwej stawki VAT. Właśnie w takiej sytuacji nastąpiłaby kumulacja przesłanek odrzucenia oferty, o których odwołujący wspomniał w odwołaniu (oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp jako niezgodna ze specyfikacją, bez możliwości jej poprawienia oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny). Taka sytuacja jednak nie wystąpiła, a wykazana powyżej dopuszczalność poprawienia omyłki jednoznacznie wyklucza możliwość zakwalifikowania jej jako zdarzenia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.
W konsekwencji oddalenia zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 91b ust. 1 Pzp, gdyż nie miał podstaw do niezaproszenia przystępujacego do udziału w aukcji elektronicznej. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 91b ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.
Ponadto w wyniku niepotwierdzenia się żadnego z ww. zarzutów Izba nie miała podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, który wskazuje na podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

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

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:…….