

WYROK

z dnia 14 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice,

przy udziale:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum MIRBUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice

2) wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie w całości,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego - Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, na rzecz Zamawiającego - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice, stanowiącą koszty 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 w Katowicach.

Przewodniczący:

KIO 739/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego na „Budowę regionalnej drogi Racibórz - Pszczyna na odcinku od włączenia do DK 45 w gminie Rudnik do granicy miasta na prawach powiatu Rybnik - Etap 4 i Etap 5 Wschodnia Obwodnica Raciborza”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 248-572240 w dniu 26.12.2018 r. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Dnia 11.04.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (dalej jako Odwołujący) o odrzuceniu jego oferty. W dniu 23.04.2019 r. ww. wykonawca wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty, zaniechania poprawienia innej omyłki i w konsekwencji omyłek rachunkowych występujących w ofercie, a także ewentualnie zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty i w konsekwencji oczywistych omyłek rachunkowych;
3. ewentualnie - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w ramach której przeprowadzona zostanie procedura poprawienia a tzw. innej omyłki i w konsekwencji innych omyłek rachunkowych, ewentualnie również procedura wyjaśnienia treści oferty.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że w zgodnie z pkt 16 lit. c SIWZ, do oferty składanej w postępowaniu należało załączyć „Kosztorys Ofertowy, obejmujący wszystkie roboty niezbędne do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia zawarte w Przedmiarach Robót w układzie TER - Załącznik Nr 1, Opisie Przedmiotu Zamówienia, dokumentacji i specyfikacji”.

W ramach złożonej oferty Odwołujący przedstawił zbiorcze zestawienie kosztów oraz 24 kosztorysy, z czego dwukrotnie dokument zatytułowany „Kosztorys ofertowy Tabela Elementów Rozliczeniowych nr 11 - Zasilanie sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Podmiejską”. Powyższe stało się podstawą odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej

przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu: „braku złożenia w ofercie z dnia 01.04.2019 r. na epuap Kosztorysu TER 12 - Zasilanie Sygnalizacji Świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Rudzką. Wykonawca złożył dwukrotnie TER 11 Zasilanie Sygnalizacji Świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Podmiejską. W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że „powyższego nie można uznać jako błąd, który Zamawiający może poprawić w trybie art. 87 ustawy Pzp, ponieważ doprowadziłoby to do wprowadzenia nowej treści do złożonej oferty, a jest to niedopuszczalne po otwarciu ofert”. Odwołujący wywodzi, że jakkolwiek Zamawiający w jego opinii zasadnie rozważał możliwość dokonania poprawy oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ustawy Pzp, to doszedł do błędnej konkluzji, iż takie działanie byłoby niedopuszczalne po złożeniu oferty i wprowadzałoby do niej nową treść, nie znajdującą umocowania w dokumentach, którymi Zamawiający dysponował ze strony Odwołującego w momencie upływu terminu składania ofert.

Zarzut 1 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że ugruntowanym poglądem orzeczniczym jest, iż zastosowanie sankcji odrzucenia oferty, jako środka ostatecznie eliminującego z postępowania, wymaga szczególnej rozważliwej i poprzedzonej musi być wnikliwą analizą co do możliwości wdrożenia rozwiązań mniej dolegliwych - odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego traktowane winno być jako ostateczność, a zamawiający decydując się na takie rozwiązanie musi mieć pewność, że jest to jedyne zasadne w danej sytuacji rozwiązanie. Powyższe wywodzi z treści 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. Powołuje się na wyroki KIO 815/18, KIO 2458/18. Odwołujący wskazuje, że o niezgodności oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie jeśli zidentyfikowana nieprawidłowość dotyczyć będzie merytorycznego aspektu oferty i wskazywać, że zakres czy przedmiot zobowiązania wykonawcy, nie odpowiadałyby świadczeniu, które ma być realizowane na podstawie danej umowy (KIO 198/17). Podkreśla, że wszelkie wady oferty o charakterze formalnym nie mieszczą się w hipotezie normy prawnej zawartej w powołanym przepisie.

Zdaniem Odwołującego nie budzi wątpliwości, że jego oferta obejmuje pełen zakres świadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego, a więc zaoferował tak realizację zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Podmiejską, jak i realizację zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Rudzką. Odwołujący wskazuje, że wynika to chociażby z faktu uwzględnienia obu kosztorysów w ich zbiorczym zestawieniu składanym wraz z ofertą. Zamawiający niezasadnie sięgnął więc po sankcję odrzucenia oferty Odwołującego. Omyłki w tej ofercie zidentyfikowane miały bowiem charakter naprawialny i nie ograniczały względem SIWZ zakresu czy przedmiotu świadczenia.

2. Zarzut naruszenia art 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że intencją wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie (KIO 302/18), przy czym w odróżnieniu od innych omyłek zdefiniowanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, omyłki takie wcale nie muszą mieć charakteru oczywistego (KIO 528/18) i dotyczyć mogą nawet istotnych elementów oferty. Odwołujący podnosi, że istotne jest nie to, jakie elementy ulegają poprawieniu, ale jaka jest konsekwencja tej poprawy (KIO 2810/11). Wskazuje, że kluczowym jest ustalenie znaczenia pojęcia istotnych zmian w treści oferty, powołuje się na wyroki KIO 302/18, KIO 2810/11). Podkreśla, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. "kazu lamp na obwodnicy Wrocławia" czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Odwołujący podnosi, że dopuszcza się więc możliwość poprawiania samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Podnosi, że w okolicznościach sprawy - wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego - skorzystanie z mechanizmu poprawienia innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie stanowiłoby wprowadzenia nowej treści do złożonej oferty. Wskazuje, że wszelkie informacje, które byłyby niezbędne dla dokonywania rozliczeń za wykonanie prac z zakresu zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Rudzką (objętych kosztorysem ofertowym nr 12) wynikały bowiem z treści oferty złożonej przez Odwołującego. Zauważa, że analogiczne pozycje - opisane w sposób tożsamy i odwołujące się do tej samej Specyfikacji Technicznej - wskazane zostały w Kosztorysie ofertowym nr 11, załączonym do oferty Odwołującego. Wywodzi, że oba kosztorysy odnoszą się do zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu,

dlatego oczywistym jest, że Odwołujący przewidział je na identycznym poziomie, skoro kalkulowane były na potrzeby tego samego postępowania, z uwzględnieniem ściśle określonych (tożsamy) wymagań Zamawiającego w zakresie każdego ze skrzyżowań. Z tego wywodzi, że na bazie złożonej oferty bez przeszkód ustalić można więc intencje Wykonawcy i wdrożyć mechanizm poprawy oferty z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która odzwierciedlając te intencje, nie będzie przekraczała granicy istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący zestawiał informacje, które znalazły się w jego ofercie (Kosztorys 11) z informacjami, których według Zamawiającego brakuje w sposób uniemożliwiający dokonywanie rozliczeń w zakresie zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Rudzką (Kosztorys 12). Z zestawienia wynika tego, że elementy w sposób tożsamy opisany w kosztorysie 12 w pozycjach 1 - 18 w kosztorysie 11 z oferty Odwołującego zostały wycenione w tożsamo opisanych pozycjach 1-3, 5-19 (dwie pozycje różniły się natomiast przypisanymi im numerami).

Zdaniem Odwołującego ww. zestawienie pokazuje w jednoznaczny sposób, że ceny jednostkowe konieczne dla rozliczeń zakresu zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Rudzką można zidentyfikować w ofercie złożonej przez Odwołującego. Podnosi, że okoliczność przyjęcia takich samych stawek dla skrzyżowania z ul. Podmiejską (kosztorys nr 11) oraz dla skrzyżowania z ul. Rudzką (kosztorys nr 12), jak zostało powyżej wskazane, wynika z konieczności respektowania tożsamy wymagań Zamawiającego i dokonywania kalkulacji tych zakresów w tym samym czasie. Podnosi, że potwierdza to również praktyka rynkowa. Odwołujący zwraca uwagę, że z udostępnionych mu ofert konkurencji wynika, że inni wykonawcy (Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. czy Konsorcjum Mirbud) również przyjmowali tożsame stawki w obu analogicznych kosztorysach. Podnosi, że Zamawiający dokonując właściwej analizy możliwości dokonania poprawy oferty Odwołującego winien wziąć pod uwagę tę okoliczność, zwłaszcza, że jest ona uwzględniana również w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, np. KIO 67/11. Wskazuje, że jego intencje co do przyjętych cen jednostkowych wynikają już chociażby z faktu podwójnego załączenia kosztorysu zatytułowanego - „Kosztorys ofertowy Tabela Elementów Rozliczeniowych nr 11 - Zasilanie sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Podmiejską”. Podnosi, że omyłka polegała na naniesieniu cen jednostkowych dot. skrzyżowania z ul. Rudzką na kosztorys zatytułowany ulicą Podmiejską - niemniej w intencji Odwołującego „zdublowany” kosztorys dotyczyć miał właśnie skrzyżowania z ul. Rudzką. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dysponując tym „zdublowanym” dokumentem i wyrażonymi w nim cenami jednostkowymi po dokonaniu obliczeń matematycznych, uwzględniających narzucone ilości, bez przeszkód samodzielnie mógł dokonać czynności poprawienia oferty Odwołującego, doprowadzając do formalnej jej zgodności z treścią SIWZ i nie ingerując w żadnej mierze w jej aspekt merytoryczny.

Odwołujący wywodzi, że w konsekwencji postulowanej poprawy, Zamawiający ustaliłby wartość kosztorysu nr 12 i w następstwie dokonałby poprawy omyłek rachunkowych związanych z obliczeniami dotyczącymi zbiorczej wartości kosztorysów i ceny ofertowej. Konsekwencją dokonanej poprawy byłby wzrost ceny całkowitej oferty Odwołującego o 4 799,01 zł (tj. 0,02%), co w świetle przytoczonych powyżej twierdzeń i orzecznictwa, nie stanowiłoby istotnej zmiany treści oferty i mieściłoby się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podnosi, że skala zmian jest nieznaczna, a intencje wykonawcy odczytać można na podstawie analogicznych pozycji (a dodatkowo wynikają one z załączenia „zdublowanego” kosztorysu). Intencją wykonawcy - niezakwestionowaną przez Zamawiającego - było zaoferowanie pełnego zakresu świadczenia (co potwierdza zbiorcze zestawienie kosztorysów i ilość kosztorysów załączonych do oferty). Dokonana poprawa odzwierciedlałaby więc pierwotny sens oferty, nie tworząc żadnego nowego oświadczenia w tym zakresie.

Odwołujący podnosi, że omyłką są zarówno błędy w przygotowaniu oferty i w odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak również pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz etc.) (KIO 2810/11). Wywodzi, że Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza możliwość dokonywania poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp również względem cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych, co bezpośrednio potwierdza zasadność żądań Odwołującego w tym zakresie - np. wyroki KIO 67/11, KIO 1946/11, KIO 1049/18.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wdrożenie mechanizmu poprawy innej omyłki, która wystąpiła w ofercie Odwołującego, poprzez przyjęcie dla rozliczeń dot. zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Rudzką (kosztorys nr 12) cen jednostkowych przedstawionych w kosztorysie nr 11 - Zasilanie sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Podmiejską. Konsekwencją powyższego byłoby ustalenie wartości kosztorysu nr 12 na poziomie 585.322,86 zł; wartości zbiorczej kosztorysów na poziomie: 228 981 274,01 zł; kwoty tymczasowej na poziomie: 22 898 127,40 zł oraz globalnej ceny ofertowej na poziomie: 251 879 401,41 zł.

3. Zarzut ewentualny - naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślając, że jego zdaniem Zamawiający miał wszelkie dane, aby samodzielnie poprawić ofertę Odwołującego, co respektuje obowiązującą zasadę aby poprawa omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odbywała się bez pomocy ze strony wykonawcy, to z daleko posuniętej ostrożności wskazuje, iż orzecznictwo dopuszcza aby procedurę poprawy z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzedzić wyjaśnieniami w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o ile wyjaśnienia te nie wykreują zupełnie nowego oświadczenia, nie znajdującego umocowania w treści złożonej oferty. Odwołujący podnosi, że skorzystanie z wcześniejszych wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę ma więc w pewnym sensie charakter wyjątkowy, po który sięgnąć można w ograniczonym zakresie, niemniej jeśli wyjaśnienia te odnosiłyby się wyłącznie do sposobu rozumienia treści zawartych już w ofercie to wówczas można wykorzystać je również w ramach mechanizmu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powołuje się na wyrok KIO 2457/14. Odwołujący wskazuje wobec powyższego, że nawet jeśli Zamawiający miałby wątpliwości co do intencji wykonawcy wynikających z faktu załączenia zdublowanego kosztorysu - to w intencjach tych mógł się utwierdzić w drodze wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie musiałby pozyskiwać od Wykonawcy jakichkolwiek nowych danych w zakresie wyceny zasilania sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu z ul. Rudzką, a jedynie wyjaśnić sposób rozumienia informacji już zawartych w ofercie. Innymi słowy, Zamawiający wyjaśniłby znaczenie zdublowanego kosztorysu i zasadności przyjęcia stawek już w ofercie odzwierciedlonych - takie wyjaśnienia zdaniem Odwołującego nie kreowałyby tym samym nowych treści, a Wykonawca nie wprowadzałby nowych cen jednostkowych, co w konsekwencji ewentualnie czyniłoby dopuszczalnym skorzystanie z takich wyjaśnień przed dokonaniem poprawienia oferty.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego naruszają również zasadę

prowadzenia postępowania w sposób respektujący art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że podjęte przez Zamawiającego środki nie są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu, a więc naruszają zasadę proporcjonalności podniesioną do rangi ustawowej. Podnosi, że Zamawiający nie przeprowadził wymaganego testu proporcjonalności, eliminując z postępowania wykonawcę oferującego pełen zakres świadczenia i zdolnego do wykonania zamówienia. Odwołujący wywodzi, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp, stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (vide wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 roku; sygn. akt X Ga 23/07).

Zamawiający w dniu 9.05.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jak również o stwierdzenie braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania, wobec okoliczności, iż cena jego oferty znacznie przenosi budżet Zamawiającego, który nie może być zwiększony.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MIRBUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. z siedzibą dla lidera w Skierniewicach oraz wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W toku rozprawy przed Izłąbą strony podtrzymały swoje stanowiska.

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, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wobec okoliczności, iż cena jego oferty przenosi kwotę, którą Zamawiający dysponuje na realizację zamówienia. Izba uznała, iż w sytuacji w której Odwołujący pozostaje uczestnikiem postępowania tj. jego oferta nie została prawomocnie odrzucona a on wykluczony z udziału w postępowaniu, to okoliczność dotycząca ceny oferty nie może skutkować uznaniem braku interesu we wniesieniu odwołania. Jak zasadnie podnosił Odwołujący, budżet przeznaczony na realizację zamówienia może zostać zmieniony, nie jest to wykluczone przepisami prawa. Jest to okoliczność obiektywna i niezależnie od twierdzeń Zamawiającego o definitywnym charakterze kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, to stwierdzenie braku interesu po stronie Odwołującego, gdy możliwość uzyskania zamówienia zależna jest od decyzji Zamawiającego byłoby zbyt daleko idącym ograniczeniem możliwości wniesienia środka ochrony praw, jakim jest odwołanie. Decyzja Izby wpisuje się w jednolity kierunek orzecniczy, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie uznawała, iż wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania w sytuacji, gdy cena jego oferty przekraczała kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (por. np. wyrok KIO z 11.05.2017 r., KIO 803/17, z 17.05.2018 r., KIO 851/18). Bezpodstawne pozostają również twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, bowiem Przystępujący Strabag złożył ofertę najkorzystniejszą, której prawidłowość nie została przez Odwołującego zakwestionowana. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec czego uznanie oferty Strabag za najkorzystniejszą nie jest jeszcze przesądzone. Termin kwestionowania wyboru tej oferty (w tym uznania jej za skutecznie złożoną) rozpocznie bieg z dniem przekazania informacji o jej wyborze, bowiem w tym dniu wykonawcy dopiero powezmą informację o uznaniu przez Zamawiającego oferty Strabag za prawidłową i najkorzystniejszą.

Przystępując do rozpoznania sprawy Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie był pomiędzy stronami sporny, nie będzie zatem powtarzany.

Izba zwraca uwagę na następujące postanowienia SIWZ:

Zgodnie z SIWZ, pkt 16 - Opis sposobu przygotowania ofert:

2. Zawartość oferty:

c) Kosztorys Ofertowy, obejmujący wszystkie roboty niezbędne do realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia zawarte w Przedmiarach Robót w układzie TER - Załącznik nr 1, Opisie Przedmiotu Zamówienia, dokumentacji i specyfikacjach.

Pkt 20 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny

3. Kosztorys Ofertowy ma być sporządzony w układzie TER - Załącznik nr 1 do SIWZ, zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, dokumentacją i specyfikacjami.

a) Kwota netto (bez podatku VAT), wszystkich robót musi stanowić sumę iloczynów odpowiednio skalkulowanych cen jednostkowych robót i ilości jednostek przedmiarowych robót zawartych w Przedmiarach Robót,

(■■■)

4. Wykonawca jest zobowiązany wycenić wszystkie elementy zawarte w Przedmiarach Robót w układzie TER - Załącznik nr 1 do SIWZ i uwzględnić koszty o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

(■■■)

7. Wykonawca nie może podać w złożonym Kosztorysie Ofertowym ceny 0 (zero) w przypadku ceny jednostkowej „0” oferta Wykonawcy zostanie odrzucona zgodnie

z przepisami ustawy PZP.

Załącznik nr 6 do SIWZ - wzór umowy:

Ust. 4 pkt 1 Wartość szacunkowego wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy wynosi, zgodnie z kosztorysem ofertowym Wykonawcy, stanowiącym integralną część Oferty...(…). Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu Umowy ma charakter kosztorysowy. Rzeczywista wartość wynagrodzenia Wykonawcy zależy od wykonanego zakresu Przedmiotu umowy.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie, jako niezasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zarzuty odwołania oceniła łącznie, jako zasadzające się na jednej podstawie faktycznej oraz ściśle powiązanych podstawach prawnych.

Odwołujący wywodził, że do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp doszło wobec odrzucenia jego oferty, pomimo iż brak załączenia do oferty kosztorysu nr 12 - zasilanie oświetlenia skrzyżowania z ul. Rudzką, nie stanowiło o niezgodności przedmiotu lub zakresu świadczenia, a dotyczyło jedynie formy oferty, a zaistniała omyłka podlegała sanowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że wobec tożsamyh pozycji kosztorysowych zawartych w kosztorysie nr 11 - zasilanie oświetlenia skrzyżowania z ul. Podmiejską, możliwym było dokonanie prostego przeliczenia - przemnożenia cen jednostkowych zawartych w kosztorysie nr 11 przez ilości podane w kosztorysie nr 12 (wg. wzoru kosztorysu stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ). Zdaniem Odwołującego takie działanie pozwoliłoby na poprawienie omyłki w jego ofercie, jak kwalifikował niezałączenie kosztorysu nr 12.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego w zakresie możliwości sanacji braku załączenia kosztorysu nr 11 w trybie poprawienia omyłki jest bezpodstawną. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że poprzez dokonanie „przeliczenia” cen z kosztorysu nr 11 z jego oferty razy ilości z wzoru kosztorysu nr 12 i sporządzenie na tej podstawie brakującego kosztorysu nr 12 nie stanowiłoby wprowadzenia nowych informacji do treści oferty i uzupełnienia oświadczenia woli. W pierwszej kolejności zważyć należy, że to wykonawca odpowiedzialny jest za przygotowanie oferty i to po jego stronie, jako podmiotu profesjonalnego, leży założenie należytej staranności przy tej czynności. Niedopuszczalnym jest wymaganie od Zamawiającego, by uzupełniał braki w ofertach wykonawców poprzez samodzielne ustalanie, jakie ceny jednostkowe być może zaoferowałby wykonawca i następnie dokonywanie przeliczeń, które również winny leżeć w gestii wykonawcy. Takie działanie nie tylko stanowiłoby przekroczenie kompetencji Zamawiającego, ale również stałoby w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Ocena braku kosztorysu jako merytorycznego braku oferty, skutkującego jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej KIO (por. np. wyrok z 30.11.2017 r., KIO 2407/17). Dalej, pozbawione podstaw faktycznych są twierdzenia Odwołującego o oczywistości założenia, że w kosztorysie nr 12 przyjąłby takie same ceny jak w kosztorysie nr 11. Jak wynika z przedłożonych przez Zamawiającego wyciągów z ofert pozostałych wykonawców, tylko jeden z nich (na sześciu) przyjął identyczne ceny jednostkowe w kosztorysie 11 i 12 (wykonawca konsorcjum MIRBUD). Zatem dokonanie przeliczeń przy założeniach wskazywanych przez Odwołującego, obarczone byłoby daleko idącą uznaniowością po stronie Zamawiającego. Co więcej, jak sam wskazuje Odwołujący, cena za roboty objęte kosztorysem nr 12 wskazana w zbiorczym zestawieniu kosztów dołączonym do jego oferty nie odpowiada iloczynowi cen jednostkowych z kosztorysu nr 11 i ilości z kosztorysu nr 12. Zamawiający nie miał więc podstaw dla przyjęcia, że Odwołujący przyjął identyczne ceny jednostkowe w obu kosztorysach. Oceny tej nie zmienia wywodzona w toku rozprawy okoliczność, iż ceny w kosztorysach 11 i 12 oparte były o ofertę podwykonawcy, na dowód czego Odwołujący taką ofertę złożył. Zamawiający treść oferty wykonawcy ustala na podstawie dokumentów znajdujących się w jego posiadaniu w momencie otwarcia ofert, uzupełnienie treści oferty wykonawcy w oparciu o dokument złożony w postępowaniu odwoławczym nie jest dopuszczalne. Za bezpodstawne i całkowicie nieudowodnione Izba uznała twierdzenia Odwołującego, że zdublowany kosztorys 11 miał dotyczyć skrzyżowania z ulicą Rudzką i że całości oferty można było odczytać intencję zaoferowania pełnego zakresu świadczenia. Po pierwsze, kosztorysy dotyczące ul. Podmiejskiej i ul. Rudzkiej nie różniły się jedynie nazwami - różna była liczba pozycji, różne były ilości materiałów itp. Po

drugie, nie można uznać, że dla stwierdzenia prawidłowego sformułowania oferty wystarczające jest ogólne oświadczenie o chęci wykonania zamówienia - takie założenie czyniłoby wszystkie dodatkowe obwarowania przewidziane dla oferty, w tym w szczególności obowiązki złożenia kosztorysów, zbędnymi i niewiążącymi, co w rezultacie prowadziłoby do niekontrolowanej swobody wykonawców w manipulacji treścią oferty.

W odniesieniu do ww. różnicy pomiędzy ceną kosztorysu nr 12 ze zbiorczego zestawienia kosztów z oferty Odwołującego a ewentualną ceną „uzupełnionego” (poprzez ww. przeliczenie) kosztorysu nr 12 dodać należy, że Odwołujący stał na stanowisku, iż cenę z zestawienia zbiorczego, jak również cenę globalną oferty, należało poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - jako oczywistą omyłkę rachunkową. W ocenie Izby działanie takie byłoby niedopuszczalne i stałoby w rażącej sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Celem dokonania poprawienia tej „omyłki” zgodnie z żądaniem Odwołującego, Zamawiający musiałby najpierw przyjąć, że wolą Odwołującego było zaoferowanie identycznych cen jednostkowych w kosztorysach 11 i 12, następnie dokonać przeliczenia, a potem, na podstawie własnych ustaleń dotyczących ceny - dokonać poprawienia omyłki w zbiorczym zestawieniu kosztów i globalnej cenie oferty. Zaistniała rozbieżność pomiędzy zbiorczym zestawieniem kosztów a sugerowanymi przez Odwołującego wyliczeniami ceny kosztorysu nr 12 w pełni ukazuje, że nie jest dopuszczalna tak daleko idąca ingerencja zamawiającego w ofertę wykonawcy, jak żąda tego Odwołujący. Przyzwolenie na taką manipulację ofertą doprowadza do sytuacji, w której to zamawiający, nie wykonawca, kształtuje treść oferty i w oparciu o ukształtowaną przez siebie treść decyduje, że kwoty wprost wskazane w ofercie wykonawcy stanowią omyłkę rachunkową. Dodać także należy, że poprawienie omyłki w zbiorczym zestawieniu kosztów w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 nie jest możliwe także z uwagi na brak podstaw dla przyjęcia, że oczywistą omyłkę stanowi jedyne wskazanie ceny kosztorysu nr 12, które znalazło się w ofercie Odwołującego. Zamawiający nie ma podstaw dla przyjęcia, że to akurat cena w zbiorczym zestawieniu kosztów stanowi omyłkę, a nie np. błędne jest ww. założenie o identyczności cen, co wyklucza przyznanie omyłce cechy „oczywistości”.

Należy również wskazać, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia „inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. W przedmiotowej sprawie poprawienie omyłki, którego żądał Odwołujący, stanowiłoby uzupełnienie samej treści oferty o pominięty przez Odwołującego element, o jeden z wymaganych dwudziestu czterech kosztorysów. W ocenie Izby taka modyfikacja oferty stanowi istotną zmianę jej treści, a co za tym idzie, nie jest dopuszczalne uzupełnienie brakującego kosztorysu nr 12 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por. również np. wyroki KIO z dnia 31.07.2017 r., KIO 1411/17, z 12.10.2017 r., KIO 1998/17).

Odwołujący podnosił również, że w przypadku uznania, że nie zachodziły podstawy do samodzielnego poprawienia oferty przez Zamawiającego, to powinien był on wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wywodził, że wyjaśnienia te odnosiłyby się wyłącznie do sposobu rozumienia treści zawartych już w ofercie, a Zamawiający nie pozyskiwałby żadnych nowych danych - tj. wyceny w kosztorysie nr 12, a jedynie uzyskałby wyjaśnienia, jak rozumieć zdublowany kosztorys nr 11. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest oczywiście bezzasadne. Artykuł 87 ust. 1 ustawy Pzp nie daje uprawnienia do uzupełnienia treści oferty, a jedynie wyjaśnienia treści istniejących. Nie sposób przyjąć, że ewentualne wskazanie przez

Odwołującego, że zdublowanie kosztorysu nr 11 należy rozumieć w ten sposób, że jego wolą było zaoferowanie identycznych cen jednostkowych w kosztorysie nr 12, nie kreuje nowej treści oferty w postaci „uzupełnienia” kosztorysu nr 12. Co więcej, poprawienie oferty w następstwie wyjaśnień w ww. trybie stanowiłoby również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania. Ostatnia ze wskazanych zasad w szczególności stoi na przeszkodzie przeprowadzeniu żądanych zmian w ofercie Odwołującego. Zważyć bowiem należy, że z uwagi na ww. niezgodność cen w zbiorczym zestawieniu kosztów, Zamawiający najpierw uzyskałby wyjaśnienia, że ceny z kosztorysu 11 należy przepisać i przemnożyć do kosztorysu 12, następnie po dokonaniu tej czynności uzyskałby wynik inny niż w zestawieniu zbiorczym, po czym miałby (zgodnie z żądaniem Odwołującego) dokonać zmiany ceny w rzeczonym zestawieniu i globalnej cenie ofertowej. Takie postępowanie, prowadzące do zmian treści oferty i w następstwie kluczowego jej elementu - ceny w oparciu jedynie o oświadczenia wykonawcy, nie może być zaakceptowane. Należy zwrócić uwagę, że dopuszczenie takiej praktyki umożliwiałoby wykonawcom dowolne manipulowanie cenami ofert po terminie ich składania. Analizując możliwość przeprowadzenia procedury wyjaśnień przed dokonaniem poprawienia innej omyłki, nie można pominąć drugiej części dyspozycji art. 87 ust. 1, zgodnie z którą „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą

negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie

jakiegokolwiek zmiany jej treści". W ocenie Izby, normę tę należy odczytywać szczególnie w powiązaniu z zasadą przejrzystości postępowania. W sytuacji, gdy zamawiający zwraca się o wyjaśnienia wykonawcy, które w rezultacie prowadzą do wprowadzenia nowego elementu do oferty, a następnie, na podstawie tego nowego elementu, zmienia cenę globalną oferty, postępowanie traci przejrzystość w stopniu, w którym może zachodzić podejrzenie, że wyjaśnienia w rzeczywistości przybrały formę negocjacji. Wobec powyższego, przeprowadzenie procedury wyjaśnień i sanacji oferty Odwołującego stałoby w sprzeczności zarówno z art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jak i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Rozważania te należy odnieść również do argumentów Odwołującego, iż celem wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp było „uelastycznienie” procedury, żeby uniknąć konieczności odrzucania ofert dotkniętych nieistotnymi wadami. Granicą owego uelastycznienia jest zakaz negocjacji oraz zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania, które nie mogą zostać naruszone w toku prowadzenia procedury wyjaśnień i sanowania oferty.

Reasumując, mając na uwadze kosztorysowy charakter zamówienia oraz przewidziany w przepisach SIWZ obowiązek przedłożenia wraz z ofertą kosztorysów obejmujących całość przedmiotu zamówienia, Zamawiający zasadnie uznał, że niezłożenie przez Odwołującego kosztorysu nr 12 stanowiło niezgodność oferty z SIWZ i poprawnie dokonał odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Izby brak jest podstaw dla uznania, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania, gdyż, jak wskazano powyżej, nie było ku temu podstaw.

Z uwagi na posiłkowy charakter zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do zarzutów omówionych powyżej, wobec stwierdzenia ich niezasadności, brak jest podstaw dla uznania, że doszło do naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: