

WYROK

z dnia 10 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2019 r. przez Odwołującego - wykonawcę W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. W. K. Zakład Robót Drogowych i Inżynierjno Instalacyjnych w Wołominie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Powiat Wołomiński, przy udziale wykonawcy Tombruk sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. 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:

Uzasadnienie

Powiat Wołomiński (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę drogi powiatowej nr 4307W na odcinku od węzła Wola Raszewska do skrzyżowania w miejscowości Zwierzyniec w ramach zadania Rozbudowa drogi powiatowej nr 4307W na odcinku od węzła Wola Raszewska do skrzyżowania w miejscowości Zwierzyniec; gmina Radzymin, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 kwietnia 2019 r., pod nr 543563-N-2019.

21 czerwca br. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Tombruk sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca T”), co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) w dniu 25 czerwca br. przez wykonawcę W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. W. K. Zakład Robót Drogowych i Inżynierijno Instalacyjnych w Wołominie (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1, 1a i 2 pkt 3 przez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. dokonanie niedopuszczalnych, istotnych zmian w treści oferty Wykonawcy T, przez samowolną zmianę przez Zamawiającego wartości wynagrodzenia ryczałtowego określonego w tej ofercie, będącej wynikiem samodzielnego zsumowania poszczególnych pozycji z załączonych kosztorysów;
2. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, Dz.U z 2019 r., poz. 1145 j.t. („Kc”), przez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. obniżenie wartości oferty Wykonawcy T będącej wynikiem samodzielnego zsumowania poszczególnych pozycji z załączonych kosztorysów, podczas gdy zgodnie z SIWZ wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a zatem może ulec zmianie w wyniku ponownego przeliczenia kosztorysów, które w sprawie niniejszej mają charakter jedynie pomocniczy;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz nieuprawnione przyznanie ofercie Wykonawcy T nienależnej liczby punktów w kryterium ceny i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że nie przedstawia ona najkorzystniejszej ceny;
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez jego niezastosowanie, tj. nieodrzućenie oferty Wykonawcy T, pomimo że zastosował błędną (zawyżoną) stawkę VAT w zakresie części oferty, co wyraźnie przyznał w piśmie z dnia 4 czerwca 2019 r.; podczas gdy art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp wyraźnie obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania oraz uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia, ponieważ jego oferta uzyskała drugą co do wysokości liczbę punktów, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania oraz prawidłowego rozstrzygnięcia przetargu oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) wynagrodzenie wykonawcy zostało określone jako ryczałtowe. Zgodnie z załącznikiem nr 4 określającym istotne postanowienia umowy w § 7 ust 1 wynagrodzenie wykonawcy zostało *expressis verbis* wskazane jako ryczałtowe, a jednocześnie § 8 statuuje dodatkowe obowiązki wykonawcy, gdzie również wprost wskazano, że są one uwzględnione w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Żadne postanowienie SIWZ, ani powołane istotne postanowienie umowy nie wskazywały na możliwość ewentualnej zmiany wynagrodzenia określonego jako ryczałt.

Zgodnie z zestawieniem ofert Odwołujący zobowiązał się do wykonania prac objętych zamówieniem publicznym za kwotę 5.484.383,36 zł, zaś Wykonawca T - za kwotę 5.497.005,64 zł. Różnica wyniosła zatem 12.622.18 na korzyść Odwołującego.

Pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawcę T do złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie treści oferty. Zamawiający wskazał, że w formularzu ofertowym cena za wykonanie zadania, została wskazana w kwocie 4.469.110,28 zł netto, zaś po zsumowaniu formularzy cenowych załączonych do oferty cena wyniosła 4.450.824,20 zł netto.

W odpowiedzi Wykonawca T, pismem złożonym w dniu 10 czerwca 2019 r., wskazał,

że różnica wynika z faktu zaimplementowania przez arkusz kalkulacyjny, w którym przygotowywana była oferta, kwoty netto dla formularza robót drogowych w kwocie 4.055.968,53 zł w miejsce wartości 4.037.682,55 zł.

Zamawiający w piśmie z dnia 10 czerwca 2019 r. poinformował, że na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp została poprawiona inna omyłka w kosztorysie ofertowym branża energetyczna w poz. 5.12, polegająca na błędnym iloczynie ceny jednostkowej i ilości robót. Ponadto Zamawiający poinformował, bez wskazania podstawy prawnej, że samodzielnie zsumował załączone do oferty kosztorysy i określił na nowo wartość oferty Wykonawcy T na kwotę 4.450.892,20 zł netto.

Odwołujący podał, że Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawił inną omyłkę rachunkową (w zakresie elektryki), jednakże w nieznanym Odwołującemu trybie dokonał zsumowania załączonych do oferty kosztorysów i określił na nowo wartość oferty Wykonawcy T. W trybie sprostowania oczywistej omyłki działanie Zamawiającego było niedopuszczalne, bowiem dokonał korekty, która spowodowała istotną zmianę w treści oferty, tj. obniżyła wartość wynagrodzenia ryczałtowego o kwotę 18.285,98 zł. Nie ulega bowiem wątpliwości, że skoro wynagrodzenie wykonawcy zostało określone jako ryczałtowe, to załączone do oferty kosztorysy mają jedynie charakter pomocniczy i nie mogą stanowić podstawy korekty oferty.

Zdaniem Odwołującego w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego błędy rachunkowe wskazane w kosztorysie nie mają żadnego znaczenia i nie mogą stanowić podstawy do sprostowania określonego w formie ryczałtu wynagrodzenia. Tym bardziej, że SIWZ oraz Załącznik nr 4 zawierający istotne postanowienia umowy nakładają na wybranego wykonawcę dodatkowe obowiązki rodzące koszty po stronie wykonawcy, które nie znajdują żadnego odzwierciedlenia w zestawieniach kosztorysowych.

Popelnione przez Zamawiającego błędy na etapie oceny ofert skutkowały wadliwym uznaniem, że złożona przez Wykonawcę T oferta na kwotę 5.497.005,64 zł jest „nieaktualna”, a obowiązujące jest wyliczenie Zamawiającego. Gdyby Zamawiający przyjął jako właściwe wynagrodzenie Wykonawcy T określone w jego ofercie (w kwocie 5.497.005,64 zł) musiałby dojść do oczywistych konkluzji, że oferta Odwołującego (w kwocie 5.484.382,36 zł) jest ofertą najkorzystniejszą. Przyznanie Odwołującemu 59,89 punktów, a ofercie Wykonawcy T 60 punktów jest dalece niezasadne biorąc pod uwagę, że oferta Odwołującego jest niższa o kwotę 12.622,18 zł.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 4 czerwca 2019 r. Wykonawca T poinformował Zamawiającego, że w złożonej przez niego ofercie nastąpiły dwie omyłki rachunkowe. Pierwsza w kosztorysie ofertowym dla branży energetycznej w poz. 5.12 w iloczynie ceny jednostkowej i ilości robót. Druga polegała na błędnym zastosowaniu wartości stawki VAT 23% w miejsce stawki 8% dla kosztorysu branży zieleń, co - zdaniem Odwołującego - powinno zostać zakwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny uzasadniający odrzucenie oferty Wykonawcy T na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i powołaniu na przytoczoną poniżej argumentację.

Zamawiający wskazał, że nie mógł naruszyć art. 87 ust. 1a Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w tej sprawie

Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu Zamawiający nie naruszył także art. 87 ust. 1, ani ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający potwierdził, że co do zasady nie jest możliwe dokonywanie zmian w treści oferty z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 Pzp. W orzecznictwie podkreśla się jednak, że wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 Pzp, w którym użyto słowa „może” nie można wywodzić z tego przepisu, że wyjaśnienie treści ofert stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego, lecz uznaje się, że skorzystanie z procedury opisanej w powołanym przepisie stanowi jego obowiązek. Inne rozumienie tego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 Pzp i mogłoby prowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza.

Zatem, w ocenie Zamawiającego, dokonując oceny ofert, należy sprawdzić, czy wykonawcy spełniają wymogi określone w Pzp i SIWZ. W przypadku, zaś gdy zaistnieją wątpliwości co do treści oferty, zamawiający powinien również żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert, co prawidłowo miało miejsce w tej sprawie.

Podkreślić przy tym należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp został wprowadzony w celu

uniknięcia licznych przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Dopuszcza się zatem poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic, itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki.

Zamawiający dodał, że czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i nie może się uchylić od jej wykonania nawet w sytuacji, gdyby zmiana miała dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a także wtedy, gdy skutkiem dokonanej poprawki miałyby być zmiana ceny oferty.

Następnie Zamawiający stwierdził, że ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia nie wyłącza uprawnień Zamawiającego w zakresie badania kosztorysów ofertowych, co potwierdza orzecznictwo Izby (m.in. wyroki z 27 stycznia 2014 r., KIO 50/14, czy z 16 listopada 2012 r., KIO 2392/12, KIO 2410/12). Co więcej, kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości Zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania i oceny ofert oraz umożliwia poprawienie oferty zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 87 ust. 2 Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. za pomocą przedmiarów. Treść przedmiarów była przedmiotem szczegółowych zapytań ze strony wykonawców oraz odpowiedzi Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że nie naruszył także art. 139 ust. 1, ani art. 7 ust. 3 Pzp, ponieważ dokonał prawidłowego wyboru Wykonawcy T, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu. Zamówienie zostało udzielone zgodnie z przepisami Pzp, w wyniku poprawnego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, co potwierdza dokumentacja Postępowania i argumenty przedstawione w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Zamawiającego, wbrew zarzutom odwołania Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jako że nie miał podstaw do zastosowania tego przepisu.

Z orzecznictwa Izby wynika, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej „Ustawa o VAT”) podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Natomiast pozostałe stawki VAT, w tym 8%, można stosować wyłącznie w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania powinna być stosowana ta stawka, ponieważ korzystanie ze stawek preferencyjnych nie jest obowiązkiem wykonawców, ale ich uprawnieniem. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, że w tej sprawie to stawka 8% VAT do robót z zakresu zieleni jest zgodna z przepisami prawa, w szczególności, że faktu tego nie potwierdza również okoliczność sporządzenia przez Zamawiającego kosztorysu inwestorskiego z zastosowaniem również 23% stawki VAT. Zamawiający podkreślił, że wszyscy oferenci zastosowali do tego elementu zamówienia stawkę VAT w wysokości 23%. Skoro Ustawa o VAT oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów Pzp, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Dodał, że wyższa stawka VAT w ofercie Wykonawcy T nie naruszyła także art. 7 ust. 1 Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca T, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy T do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie Strony postępowania odwoławczego i Przystępujący podtrzymali omówione powyżej stanowiska w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Wykonawcy T, wezwań Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty z 29 maja i 7 czerwca br. wraz

z odpowiedziami udzielonymi przez Wykonawcę T 4 i 10 czerwca br., zawiadomienia Wykonawcy T o poprawieniu tzw. innych omyłek w treści oferty z 10 czerwca 2019 r. wraz ze zgodą Przystępującego na dokonanie tej czynności, udzieloną pismem z 11 czerwca br., wezwania Wykonawcy T do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z 12 czerwca 2019 r. wraz z udzielonymi wyjaśnieniami (pismo z 13 czerwca br.) i zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 21 czerwca 2019 r.

Na podstawie ww. dokumentów skład orzekający uzupełniająco podaje niewskazane w odwołaniu okoliczności stanu faktycznego istotne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

W zakresie postanowień charakteryzujących wynagrodzenie wykonawcy w Rozdziale XII ust. 1 SIWZ wskazano, że „Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, łącznie z kosztami wszystkich zastosowanych materiałów i urządzeń. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie ewentualne opłaty celne, wszystkie podatki, łącznie z podatkiem od towarów i usług - VAT. Podana cena jest obowiązująca w całym okresie ważności oferty”.

Zgodnie z wzorem formularza oferty (pkt 1) wykonawca miał wskazać na wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia, obliczone zgodnie z formularzem cenowym (kosztorysem) stanowiącym integralną część oferty. Kosztorysy, w podziale na poszczególne branże robót, stanowiły załączniki do SIWZ.

W § 7 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający przesądził o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, doprecyzowując w § 7 ust. 2, że zawiera ono wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego i bezusterkowego wykonania przedmiotu umowy, w szczególności robocizny, mobilizacji i demobilizacji, sprzętu, transportu oraz materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy.

W następstwie dwukrotnych wyjaśnień treści oferty Przystępującego Zamawiający - pismem z 10 czerwca 2019 r. - poinformował ww. wykonawcę, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawił tzw. inne omyłki, dotyczące poz. 5.12 kosztorysu ofertowego dla branży energetycznej oraz sumowania załączonych do oferty kosztorysów, na co uzyskał zgodę Wykonawcy T w dniu 11 czerwca 2019 r.

Następnie Zamawiający zbadał ofertę Przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny i dokonał jej wyboru, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W przedstawionym powyżej stanie faktycznym zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 87 ust. 1, 1a, ust. 2 pkt 3 oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 632 Kc skład orzekający nie zgodził się z postawioną w odwołaniu tezą, że - po pierwsze - Zamawiający dokonał istotnej, samowolnej zmiany treści oferty Wykonawcy T, a po drugie - że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorysy ofertowe mają jedynie pomocnicze znaczenie, a zamawiający pozbawiony jest możliwości badania ich treści.

W odniesieniu do przedstawionych twierdzeń Izba wskazuje, że niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego modelu należytego wykonawcy wynagrodzenia żaden przepis Pzp nie zwalnia zamawiającego z obowiązku weryfikacji poprawności obliczenia ceny oferty, zwłaszcza w przypadkach, w których - jak w tej sprawie - wykonawcy zobligowani byli do przedstawienia dokumentów stanowiących podstawę wyliczenia ceny oferty. Nadmienić należy, że przepis art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp, zgodnie z którym w przypadku oferty z ceną ryczałtową przyjmowało się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony w wyniku nowelizacji z 2008 r.

Wyrażone powyżej zapatrywanie znajduje potwierdzenie w treści formularza oferty i powoduje, że pogląd o niewiążącym charakterze kosztorysów jest chybiony. Nie zmienia go okoliczność, że zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtu, ponieważ - zgodnie z przywołanym przez Odwołującego przepisem art. 632 Kc - wywiera ona co do zasady jedynie ten skutek, że wykonawca nie może domagać podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Przepis ten nie oddziałuje na sferę spoczywających na zamawiającym obowiązków w zakresie badania oferty, w wyniku którego powstać może konieczność, przykładowo, poprawienia występujących w ofercie omyłek, czy przeanalizowania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Nota bene nie trudno zauważyć, że przyjęcie poglądu o niewiążącym charakterze kosztorysów utrudniałoby, o ile nie uniemożliwiałoby zamawiającemu skuteczne przeprowadzenie procedury z art. 90 Pzp (która ad casum miała miejsce), której dopuszczalność nie jest ograniczona przyjętym w danej sprawie modelem wynagrodzenia wykonawcy.

Reasumując, pogląd, jakoby zamawiający, ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy, był zwolniony z obowiązku weryfikowania poprawności obliczenia ceny oferty jest nietrafny i nie wynika ipso iure z istoty i charakteru ryczałtu.

W konsekwencji ocenie poddać należało prawidłowość podjętych przez Zamawiającego czynności wyjaśniających, w których Izba nie dopatrzyła się naruszenia zakazu prowadzenia z Przystępującym negocjacji dotyczących złożonej oferty. Lektura skierowanych do Wykonawcy T wezwań prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego było ustalenie przyczyn różnicy pomiędzy wysokością ceny całkowitej wskazanej w treści formularza oferty a sumą cen za realizację robót w poszczególnych branżach, wynikających z załączonych do oferty kosztorysów. Zamawiający, uzyskawszy w dniu 4 i 10 czerwca br., wyjaśnienia w powyższym zakresie, znajdujące, co należy podkreślić, potwierdzenie w treści kosztorysów dla branży drogowej i energetycznej, dokonał poprawienia ujawnionych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, informując o tym Przystępującego i uzyskując jego zgodę na dokonanie tej czynności. Ergo nie sposób twierdzić, że działanie Zamawiającego było samowolne, czy samodzielne. Zdaniem Izby, wprowadzone zmiany nie były również istotne w rozumieniu wspomnianego powyżej przepisu, o czym świadczy ich niewielka wartość w stosunku do ceny całkowitej oferty po dokonanej korekcie (poniżej 0,5%), a także fakt, że nie miały one na celu wprowadzenia do treści oferty nowego elementu, czy dokonania modyfikacji świadczenia wykonawcy, a jedynie usunięcie wewnętrznej nieścisłości w treści oferty.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). Wywodzony był on z okoliczności przyznania się przez Wykonawcę T, w wyjaśnieniach z 4 czerwca br., do zastosowania błędnej stawki VAT dla robót w branży zieleni. Niewątpliwie obaj wykonawcy zastosowali do wskazanych robót 23-procentową stawkę VAT, do czego byli uprawnieni, jako że przepisy podatkowe nie przewidują negatywnych skutków zastosowania podstawowej stawki podatku. Zachowanie Wykonawcy T było zatem prawidłowe, tym bardziej że treść wspomnianych wyjaśnień potwierdza, że określeniu przez Przystępującego stawki VAT towarzyszyły wątpliwości.

W konsekwencji wybór oferty Wykonawcy T był prawidłowy i nie narusza przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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 j.t.).

Przewodniczący: