

WYROK

z dnia 31 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 lipca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2019 r. przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A. ul. Pomorska 26 a; 83-200 Starogard Gdański w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina - Miasto Grudziądz ul. Ratuszowa 1, 86-300 Grudziądz reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu ul. Ludwika Waryńskiego 34 A; 86-300 Grudziądz

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wybranej wykonawcy WNORTEX D. W.

2. kosztami postępowania obciąża Gmina Miasto Grudziądz ul. Ratuszowa 1, 86-300 Grudziądz reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu ul. Ludwika Waryńskiego 34 A; 86-300 Grudziądz

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A. ul. Pomorska 26 a; 83-200 Starogard Gdański tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Gmina Miasto Grudziądz ul. Ratuszowa 1, 86-300 Grudziądz reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu ul. Ludwika Waryńskiego 34 A; 86-300 Grudziądz kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A. ul. Pomorska 26 a; 83-200 Starogard Gdański, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołującym jest Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna ul. Pomorska 26a, 83-200 Starogard Gdański zwany dalej „odwołującym” a zamawiającym jest Gmina Miasto Grudziądz reprezentowana przez Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu ul. Ludwika Waryńskiego 34A 86-300 Grudziądz zwana dalej „zamawiającym”. Postępowanie dotyczy zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Przebudowa ulicy Sienkiewicza w Grudziądzu” w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa i przebudowa infrastruktury transportu publicznego wraz z zakupem taboru autobusowego w Grudziądzu”, numer postępowania ZDM.ZP.261.2.6.2019 .

odwołanie

W imieniu i na rzecz odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „PZP”) wniesione zostało odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę WNORTEX D. W. zwany dalej „wykonawcą wybranym”.

Wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucono zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy PZP:

- (1) przepisu art. 92 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy PZP przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy wybranego mimo, że oferta ta powinna być odrzucona jako że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”)
- (2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z powodu jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- (3) przepisu art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 83 ust. 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równości wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniosł o:

- (1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę wybranego jako najkorzystniejszej,
- (2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem zarzutów i argumentacji podniesionych w niniejszym odwołaniu,
- (3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazuje na interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust 1 ustawy PZP. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Biorąc pod uwagę fakt, iż oferta złożona przez wykonawcę wybranego winna być odrzucona jako niezgodna z treścią siwz, oferta odwołującego powinna być wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Wartość przedmiotu zamówienia jest niższa od wartości zamówień określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29.01.2004 r. ustawy PZP.

Odwołanie jest wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP. Zgodnie z treścią tego przepisu odwołanie wnosi się terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy PZP albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. W niniejszej sprawie odwołujący powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu

15.07.2019 r., a informacja ta została umieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

Uzasadnienie odwołania

Odwolujący ubiega się o uzyskanie zamówienia publicznego na przedmiotowe roboty budowlane. Zgodnie z pkt. 12. SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” cena oferty powinna być wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy- Załącznik nr 2a do SIWZ. Cena oferty powinna obejmować koszty wszystkich następujących po sobie czynności, niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych robót z dokumentacją projektową i wymaganiami podanymi w szczególności w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, a także wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Jeżeli w opisie pozycji kosztorysu ofertowego nie uwzględniono pewnych czynności czy robót tymczasowych związanych z wykonaniem danej roboty budowlanej (np. roboty przygotowawcze, porządkowe, a w szczególności koszty związane ze składowaniem i utylizacją materiałów rozbiórkowych, oznakowanie terenu prowadzonych robót, zmian w organizacji ruchu, koszty zajęcia pasa drogowego, obsługę geodezyjną, organizację placu zaplecza budowy, odwadnianie wykopów, wykonywanie dróg montażowych, wykonywania, montażu i demontażu deskowań, pielęgnowania betonu i wszelkich innych prac pomocniczych na placu budowy i na stanowiskach roboczych), to koszty tych czynności i robót powinny być przez Wykonawcę uwzględnione w cenie określonej dla danej pozycji lub rozrzucone na wszystkie pozycje poprzez ujęcie ich w kosztach ogólnych budowy.

Rozliczenia między wykonawcą a zamawiającym mogą być prowadzone wyłącznie w złotych polskich. Wszystkie ceny muszą być wyrażone z dokładnością co do jednego grosza.

Za wykonanie zamówienia zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Zgodnie z treścią § 5 ust. 6 projektu umowy, wynagrodzenie wykonawcy, rozliczane w sposób, o którym mowa w ust. 3 oraz ust. 4, stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót wyliczonych i zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru w księdze obmiaru oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 niniejszej Umowy.

W pozycji numer 44 w kosztorysie ofertowym - Załączniku Nr 2a do oferty, zamawiający określił ilość robót polegających na wykonaniu koryta, zgodnie ze specyfikacją D.04.04.01.

Wykonawca wybrany nie wycenił pozycji numer 44 w kosztorysie ofertowym.

Co istotne, oferty złożone przez pozostałych wykonawców w postępowaniu, tj. przez odwołującego, Konsorcjum firm: Firma Budowano - Drogowa PRASBET Spółka Jawna W. H. M. S. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo - Usługowe MEL-KAN Spółka z o.o. oraz BETPOL S.A., uwzględniały wycenę pozycji nr 44 w kosztorysach ofertowych i określały zarówno cenę jednostkową jak i wartość tej pozycji.

W toku badania i oceny ofert zamawiający uznał wycenę pozycji numer 44 w kosztorysach ofertowych odwołującego, Konsorcjum firm: Firma Budowano - Drogowa PRASBET Spółka Jawna W. H. M. S. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo - Usługowe MEL-KAN Spółka z o.o. oraz BETPOL S.A. za oczywistą omyłkę rachunkową i dokonał jej poprawienia w ten sposób, że usunął cenę jednostkową określoną w wyżej wymienionej pozycji kosztorysu ofertowego jak i wartość tej pozycji kosztorysowej. Zamawiający uwzględnił konsekwencje rachunkowe wynikające z poprawienia omyłki w cenie ofert wykonawców obniżając ich wartość. Poprawienie omyłki rachunkowej przez zamawiającego naruszało w sposób oczywisty przepis art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy PZP, jednakże na powyższą czynność odwołującemu nie przysługiwało odwołanie z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym poglądem prezentowanym w orzecznictwie jak i w doktrynie, „oczywista omyłka rachunkowa jest wynikiem niepoprawnie przeprowadzonych działań arytmetycznych i stanowi nieprawidłowy wynik uzyskany z błędnie wykonanego dodawania, odejmowania, mnożenia lub dzielenia. Omyłki rachunkowe to błędy we wszystkich działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Omyłka musi mieć też charakter niezamierzony. Omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, lecz także wtedy, gdy fakt jej istnienia może być jednoznacznie stwierdzony podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z opisem wynikającym z SIWZ. Oczywista omyłka występuje także wtedy, gdy mimo zastosowania prawidłowej stawki

VAT, wykonawca nieprawidłowo wyliczył kwotę tego podatku”. Omyłki rachunkowe to zatem omyłki, które polegają na błędnym wykonaniu działań matematycznych.

Dokonane przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert czynności polegające na poprawieniu omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego jak i pozostałych wykonawców, z

wyjątkiem oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, miały zatem na celu dostosowanie treści tych ofert do treści oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, po to aby zamawiający mógł wybrać ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą.

Takie działanie zamawiającego było nieuprawnione, bowiem oferta wykonawcy wybranego w świetle wymogów określonych w siwz winna być odrzucona z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, poprawienie omyłki rachunkowej spowodowało zmianę oświadczenia woli wykonawców, zawartego w treści ich ofert, co jest niedopuszczalne.

Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta, rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Dla uznania zgodności treści oferty z treścią siwz nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia (zwykle w formularzu ofertowym), wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Nawet w przypadku postępowania prowadzonego w trybie zapytania o cenę wymagane jest przynajmniej zidentyfikowanie oferowanego przedmiotu. Ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty powinna wynikać jej zgodność z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz, składającymi się na treść zobowiązania wykonawcy. W konsekwencji tej zgodności, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Brak kosztorysu ofertowego (jeżeli był wymagany), brak pozycji w załączonym kosztorysie czy dołączenie kosztorysu uproszczonego zamiast szczegółowego — to przykłady braków powodujących nieodpowiedniość oferty w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to bowiem ograniczenie składanych informacji w stosunku do żądanych przez zamawiającego i nie może być uznane za działanie zgodne z treścią SIWZ (także Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 27.09.2007 r., sygn. akt Ga 88/07, niepubl.). Błędów takich nie można konwalidować w drodze zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kosztorys bez wątpienia stanowi merytoryczną część oferty, zresztą o dużym znaczeniu dla określenia przedmiotu i zakresu oferowanego świadczenia oraz jego ceny czy kosztu poszczególnych elementów - i w przypadku jego braku, błędów lub wad nie może podlegać uzupełnieniu czy to w całości, czy o informacje w nim niezawarte. Podobnie, Izba w wyroku z dnia 10.08.2016 r. (KIO 1295/16, Legalis, KIO 1309/16, Legalis, KIO 1311/16, Legalis) wskazała, że: "Postanowienia dotyczące płatności, sposobu rozliczenia, mogą stanowić istotne wymagania zamawiającego - treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku kosztorysowego wynagrodzenia co do zasady taki przymiot posiadają. W konsekwencji zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca, który pominął część pozycji lub zaniechał ich wyceny, nie może być w sytuacji lepszej, niż wykonawca, który wycenił wszystkie pozycje kosztorysowe, lecz ich cenę przeniósł do innych pozycji, o ile przeniesienie takie pozbawione jest przymiotu istotności. Pogląd przeciwny rażąco naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców".

Należy również zwrócić uwagę, że brak wyceny pozycji numer 44 w kosztorysie ofertowym w ofercie wykonawcy wybranego, nie może być kwalifikowane jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty (w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP). Poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nie może bowiem prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści siwz, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Tylko przez przyzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Niedopuszczalnym jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.

Reasumując, wobec przedstawionej powyżej argumentacji odwołanie jest uzasadnione. Odwołanie jest wniesione w terminie. Odwołujący spełnił warunki formalne, gdyż opłata od odwołania w wysokości 10.000 zł została wniesiona, a kopia odwołania została Zamawiającemu przekazana w terminie na wniesienie odwołania.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Przebudowa ulicy Sienkiewicza w Grudziądzu” w ramach zadania inwestycyjnego p.n. Budowa i przebudowa infrastruktury transportu publicznego wraz z zakupem taboru autobusowego w Grudziądzu”, numer postępowania ZDM.ZP.2612.6.2019 w którym dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę WNORTEX D. W. zwany dalej „wykonawcą wybranym”.

Odwołujący wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

W związku z wyborem najkorzystniejszej oferty zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy: art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy wybranego mimo, że oferta ta powinna być odrzucona jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równości wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący żądał nakazania przez Izbę:

unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę wybranego jako najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Biorąc pod uwagę fakt, iż oferta złożona przez wykonawcę wybranego winna być odrzucona jako niezgodna z treścią siwz, oferta odwołującego powinna być wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Wartość przedmiotu zamówienia jest niższa od wartości zamówień określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Odwołanie wniesiono w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustaw to jest w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W niniejszej sprawie odwołujący powziął informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 15.07.2019 r. i informacja ta została umieszczona na stronie internetowej zamawiającego. Odwołanie zostało wniesione za wpływem bezpośrednim w dniu 19 lipca 2019 roku.

Zamawiający zajął stanowisko w sprawie składając pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 29 lipca 2019 roku) na posiedzeniu w dniu 31 lipca 2019 roku, złożoną na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów: z dokumentów w postaci notatki sporządzonej do przedmiotowego postępowania przetargowego sporządzonej w dniu 9 lipca 2019 r. na okoliczność wystąpienia oczywistej omyłki rachunkowej w dokumentacji przetargowej — pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej wraz z załącznikami, w tym wydrukiem korespondencji elektronicznej przesłanej w dniu 8 lipca 2019r., oraz z zeznań świadków w osobach: B. S. - specjalisty ds. kosztorysowania spółki: Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (projektant) do J. B. na okoliczność wystąpienia oczywistej omyłki rachunkowej w dokumentacji przetargowej — pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej, adres dla doręczeń: ul. R. 12, 40-555 Katowice, Ł. C. — inspektora w Zarządzie Dróg Miejskich w Grudziądzu, członka komisji przetargowej na okoliczność wystąpienia oczywistej omyłki rachunkowej w dokumentacji przetargowej — pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej, adres dla doręczeń: Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu, ul. Ludwika Waryńskiego 34A, 86-300 Grudziądz i A. S. - inspektora w Zarządzie Dróg Miejskich w Grudziądzu sekretarza komisji przetargowej na okoliczność wystąpienia oczywistej omyłki rachunkowej w dokumentacji przetargowej — pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej, adres dla doręczeń: Zarząd Dróg Miejskich w Grudziądzu, ul. Ludwika Waryńskiego

34A, 86-300 Grudziądz oraz z przesłuchania stron na okoliczności wymienione w punktach powyżej. Wniesiono również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego.

Przy czym na posiedzeniu z udziałem stron pełnomocnik zamawiającego cofnął wnioski co do przesłuchania stron oraz B. S. - specjalisty ds. kosztorysowania spółki: Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (projektant) do J. B. na okoliczność wystąpienia oczywistej omyłki rachunkowej w dokumentacji przetargowej — pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej.

Zamawiający co prawda liczy się z konsekwencjami wynikającymi z art.82 ust.3 w związku z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. Niemniej w odpowiedzi na odwołanie powołuje się na art. 87 ust. 2 pkt 3 jako wyjątek od reguły, który umożliwia dokonanie poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający do zaistniałej sytuacji przypisuje treść tego przepisu (art.87 ust.2 pkt 3 ustawy) jako wyjątek od zasady, który umożliwił nie odrzucenie oferty wykonawcy wybranego jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art.89 ust.1 pkt 2 ustawy). Jak podnosi zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jeżeli w ofercie wykonawcy występują inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, oferta taka (tłumacząc a contrario przepis 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) nie powinna być odrzucona.

Zamawiający powołuje się na następujące okoliczności w związku z prowadzonym postępowaniem. W dniu 08.07.2019 roku komisja przetargowa dokonała otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu. Komisja poddała ocenie m.in. złożone kosztorysy ofertowe, stanowiące załącznik 2a do formularzy ofertowych. W wyniku ich sprawdzenia, komisja przetargowa stwierdziła wystąpienie omyłki polegającej na błędnym wskazaniu ilości robót ziemnych. Przedmiotowa omyłka została odkryta w pozycji 44 kosztorysów ofertowych branży drogowej złożonych przez uczestników przetargu. Pozycja 44 wyżej wymienionego kosztorysu dotyczy robót związanych z wykonaniem koryta na ul. Sienkiewicza. Zamawiający przygotowując kosztorys ofertowy błędnie w tej pozycji wskazał ilość 14.242,20 m² prac związanych z wykonaniem koryta. Kosztorys ofertowy posiada pozycję nr 43 „PODBUDOWA”, która swym zakresem obejmuje podpozycję nr 44 „Wykonanie koryta” oraz kolejne pozycje 45, 46, 47, 48, 49 oraz 50 które, wskazują konkretne głębokości poszczególnych korytowań. Wszystkie pozycje kosztorysowe dotyczące poszczególnych rodzajów robót oraz podpozycję powinny być zaznaczone jako „X”. Sytuacja taka ma miejsce we wszystkich pozostałych pozycjach całego kosztorysu ofertowego w miejscach co do których niezbędne jest wskazanie zmiennych zakresów poszczególnych robót, takich jak: średnica pni drzew, głębokość koryta, rodzaj nawierzchni, rodzaj materiałów. Komisja przetargowa po ujawnieniu tej omyłki skontaktowała się w dniu otwarcia ofert telefonicznie z projektantem dokumentacji projektowej (za pomocą, której to dokumentacji opisany został przez Zamawiającego przedmiot zamówienia) - pracownikiem spółki „Mosty Katowice Sp. z o.o.” i jeszcze w tym samym dniu uzyskała odpowiedź i wyjaśnienia dotyczące wskazanej omyłki w pozycji nr 44. W odpowiedzi mailowej Pan B. S. — specjalista ds. kosztorysowania ze strony projektanta wyjaśnił, iż w pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej omyłkowo wskazana została ilość wykonania koryta w poz. 44 (wpis: „14.242,20 m²”) i nie powinna się ona tam znajdować, a pozycja ta powinna być zaznaczona jako opis podkategorii kosztorysu ofertowego znakiem — „X” Komisja przetargowa po uzyskaniu tej informacji ponownie przeanalizowała kosztorysy ofertowe złożone przez uczestników przetargu. W związku z informacją uzyskaną od projektanta podjęto decyzję, aby w oparciu o art.87 ust.2 PZP sprostować powstałą omyłkę. Sprostowanie polegać miało na usunięciu z oferty każdego z oferentów pozycji nr 44 kosztorysu branży drogowej i jednocześnie pomniejszenie wskazanej kwoty w ofercie każdego z nich o wartość wspomnianej pozycji. Z uwagi na fakt, iż jeden z oferentów — WNORTEX D. W. z siedzibą w Dywitach nie wypełnił pól: cena jednostkowa i wartość robót netto w pozycji 44 Komisja uznała, iż w przypadku tego uczestnika przetargu nie jest koniecznym dokonywanie poprawki jego oferty. W protokole z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 09.07.2019 r. Komisja uwzględniła konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, w związku z czym cena wynikająca z ofert złożonych przez: Odwołującego, BET POL S.A. z siedzibą w Bydgoszczy oraz PRASBET sp. j. z siedzibą w Grudziądzu uległa obniżeniu w każdym z tych trzech przypadków. W przypadku WNORTEX D. W. z siedzibą w Dywitach cena oferty nie uległa zmianie.

Komisja po wykonaniu tej czynności stwierdziła, iż usunięcie pozycji 44 nie spowodowało zmiany kolejności poszczególnych złożonych ofert w związku z czym, podjęta została decyzja o poinformowaniu oferentów o tym fakcie i przystąpieniu do czynności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty. W dniu 15 lipca 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty o czym powiadomił wszystkich uczestników przetargu. Najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez WNORTEX D. W. z siedzibą w Dywitach. Przedmiotową decyzję Zamawiający uzasadnił tym, że oferta ta zawierała najkorzystniejszy bilans w kryteriach: cena i okres gwarancji i w związku z tym uzyskała najwyższą liczbę punktów w wyniku oceny ofert przeprowadzonej przez Zamawiającego.

Jak sam zamawiający przyznaje w odpowiedzi na odwołanie „Można mieć zasadne wątpliwości co do tego czy Komisja przetargowa słusznie zakwalifikowała omyłkę w dokumentacji przetargowej i ofertach uczestników przetargu jako „oczywistą omyłkę” w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 2 ust PZP. Czy nie powinna to być „inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty”, czyli omyłka o której wspomina art.87 ust.2 pkt 3 PZP. W takiej sytuacji nie byłoby bowiem jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że Zamawiający nie miałby podstaw do odrzucenia żadnej oferty z taką omyłką, a to z uwagi na brzmienie art.89 ust. 1 pkt 2 in finem, a więc cały wywód prawny odwołania byłby w takiej sytuacji bezprzedmiotowy. Można mieć również wątpliwości co do tego, czy Zamawiający dokonując na podstawie art. 87 ust.2 PZP poprawki (de facto swojej omyłki pisarskiej), powtórzonej przez oferentów poprzez wypełnienie pozycji 44, nie powinien dokonać dalej idącego sprostowania owej omyłki, polegającego na wykreśleniu w formularzach ofertowych złożonych przez wszystkich czterech uczestników wszystkich pól z pozycji 44, nie tylko ceny jednostkowej i wartości robót, ale także dwóch pól dotyczących jednostki, tj.: nazwy i ilości, tak aby w polach tych nie widniał żaden wpis.

Wszystkie te czynności doprowadziłyby jednak do jednego skutku. Wyboru tej samej oferty, która została wybrana przez Komisję przetargową.

Powyższa sytuacja, w ocenie Zamawiającego wyczerpuje hipotezę normy wyrażonej przez ustawodawcę w art. 192 ust.2 PZP. Nawet bowiem, gdy Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego (co w ocenie Zamawiającego nie miało miejsca) należy stwierdzić, że dokonana czynność (polegająca na poprawce Zamawiającego poprzez wyeliminowanie wszelkich kwot z pozycji 44 kosztorysu ofertowego) nie miała i nie mogła mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Co za tym idzie, zgodnie z brzmieniem art. 192 ust.2 PZP Izba nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę WNORTEX D. W. jako najkorzystniejszej. Wbrew temu, co zarzuca Zamawiającemu Odwołujący nie naruszył art. 7 ust.1 PZP. Postępowanie zostało przeprowadzone przez Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający dołączył notatkę służbową komisji przetargowej z której wynika co następuje.

„Grudziądz, dnia 09.07.2019 Notatka do postępowania przetargowego pn. Przebudowa ulicy Sienkiewicza w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa i przebudowa infrastruktury transportu publicznego wraz z zakupem taboru autobusowego w Grudziądzu”

W dniu 08.07.2019 roku dokonano otwarcia ofert dla przedmiotowego zadania inwestycyjnego. Po zakończeniu części jawnej postępowania komisja przetargowa przystąpiła do weryfikacji złożonych ofert. Ocenie poddana została zarówno część dokumentów formalno - prawnych jak i w części dotyczącej kosztorysów ofertowych. W trakcie sprawdzania kosztorysów ofertowych (które stanowią załącznik 2a do dokumentów przetargowych) komisja przetargowa stwierdziła omyłki pisarskiej (błędnie wskazana ilość robót ziemnych). Przedmiotowa omyłka została odkryta w pozycji 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej. Pozycja 44 w/w kosztorysu dotyczy robót związanych z wykonaniem koryta na ul. Sienkiewicza. Zamawiający przygotowując kosztorys ofertowy błędnie w tej pozycji wskazał ilość 14.242,20 m2 prac związanych z koryta. Kosztorys ofertowy posiada pozycję nr 43 „PODBUDOWA”, która swym zakresem obejmuje podpozycję nr 44 „Wykonanie koryta” oraz kolejne pozycje 45, 46, 47, 48, 49 oraz 50 które, wskazują konkretne głębokości poszczególnych korytowań. Wszystkie pozycje kosztorysowe dotyczące poszczególnych rodzajów robót oraz podpozycję powinny być zaznaczone jako „x”. Sytuacja taka ma miejsce we wszystkich pozostałych pozycjach całego kosztorysu ofertowego w miejscach co do których niezbędne jest wskazanie zmiennych zakresów poszczególnych robót, takich jak: średnica pni drzew, głębokość koryta, rodzaj nawierzchni, rodzaj materiałów (załącznik część kosztorysu ofertowego załączonego na stronie Zamawiającego, kolorem żółtym zaznaczono pozostałe przypadki występowania pozycji głównej i podpozycji). Komisja przetargowa po ujawnieniu tej omyłki skontaktowała się telefonicznie z projektantem dokumentacji projektowej (za pomocą, której opisany został przedmiot zamówienia) przedstawicielem firmy „Mosty Katowice Sp. z o.o.” i jeszcze w tym samym dniu otrzymano odpowiedź i wyjaśnienia dotyczące wskazanej omyłki w pozycji nr 44. Pan B. S. — specjalista ds. kosztorysowania w odpowiedzi mailowej (załącznik do notatki) iż w pozycji nr 44 kosztorysu ofertowego branży drogowej omyłkowo wskazana została ilość wykonania koryta poz. 44 i nie powinna się ona tam znajdować, a pozycja ta powinna być zaznaczona jako opis podkategorii kosztorysu ofertowego znakiem — „X”. Komisja przetargowa po uzyskaniu tej informacji ponownie przeanalizowała kosztorysy ofertowe złożone przez potencjalnych wykonawców. W związku z informacją uzyskaną od projektanta podjęto decyzję, aby sprostować powstałą omyłkę. Sprostowanie polegać ma na usunięciu z oferty każdego z potencjalnych Wykonawców pozycji nr 44 kosztorysu branży drogowej i jednocześnie pomniejszenie wskazanej kwoty w ofercie potencjalnego Wykonawcy o wartość wspomnianej pozycji. Komisja po wykonaniu tej czynności stwierdziła, iż usunięcie pozycji 44 nie spowodowało zmiany kolejności poszczególnych złożonych ofert w związku z powyższym podjęto decyzję o poinformowaniu Wykonawców o tym fakcie i przystąpieniu do czynności

związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Na rozprawie strony złożyły następujące oświadczenia.

Odwolujący wnosząc o uwzględnienie odwołania wskazał na następujące okoliczności w sprawie. Podtrzymał zarzut sprzeczności treści oferty z siwz co do oferty Wnortex D. W., według obowiązującego siwz wykonawca miał obowiązek wypełnić w kosztorysie pozycję 44 kosztorysu. Z uwagi na przewidywany sposób rozliczeń uwzględniając projekt umowy i rozliczenia na podstawie kosztorysu powykonawczego w oparciu o formularz ofertowy, w tym kosztorys ofertowy. Powołuje się na obowiązek wypełnienia kosztorysu w związku ze złożoną ofertą. Nie zgadza się z twierdzeniami zamawiającego, że wykreślenie pozycji 44 wypełnionych przez pozostałych wykonawców nie ma wpływu na wynik postępowania, bo gdyby Wnortex D. W. wypełnił pozycję 44, to nie wiadomo jaki byłby wynik postępowania, czyli nie ma znaczenia argumentacja o wykreśleniu jako niemającym wpływu na wynik postępowania, bo nie znamy oferty, która miała u wykonawcy wybranego wypełnioną pozycję 44 - przedmiaru robót. Zaznacza, że ceny w kosztorysie są elementem ceny, a cena jest istotnym elementem umowy, w związku z tym nie podanie cen jednostkowych powoduje sprzeczność treści oferty z siwz tj. przedmiotem robót.

Co do sugerowanej omyłki niemającej istotnego wpływu na ofertę, to ta dyspozycja nie może mieć miejsca, bo nie wiadomo, jak należało poprawić ofertę wykonawcy wybranego. Ponadto podnosi jak w odwołaniu to jest niewypełnienie przewidzianej pozycji 44 przez wykonawcę wybranego nie stanowi omyłki rachunkowej.

Z kolei zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania podnosił. Okoliczności wskazane w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły dlatego, że omyłkowo doprowadzono do umiejscowienia w kosztorysie pozycji 44, a skutkowałoby to koniecznością dwukrotnej zapłaty przez zamawiającego. Należy uwzględnić, że wystąpiła specyficzna sytuacja, bo stwierdzenie tego błędu nastąpiło już po otwarciu ofert. Usunięcie tej pozycji nastąpiło w związku z sugestią, iż wykonawca mógł mieć dwukrotnie zapłacone, co w praktyce nie nastąpiłoby, bo nie pozwala na to ustawa o finansach publicznych, a konkretne głębokości były wymienione właśnie w pozycji podbudowa. Także gdybyśmy nie dokonali poprawienia pozostałych ofert i pozostawili wypełnione pozycje 44, to i tak przy rozliczeniu nie dokonilibyśmy zapłaty za te pozycje.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej na płycie CD przez zamawiającego.

Izba odmówiła dowodu z przesłuchania świadków uznając, że są to okoliczności prawne a nie

inne np.: techniczne - dokumentacyjne wymagające wyjaśnienia ich istoty a ponadto dokumentacja (protokoły komisji przetargowej, e-mail z kosztorysantem) jak i notatka służbowa przy odpowiedzi na odwołanie wyjaśnia wyczerpująco okoliczności, powody i cel dokonanych czynności przez zamawiającego w związku z poz. 44 kosztorysu ofertowego.

Izba zważyła

Zamawiający w niniejszym postępowaniu po otwarciu ofert stwierdził, że w kosztorysie ofertowym (zał. Nr 2a do siwz) do wypełnienia w składanej ofercie zawarte są zbędne (ponad miarę) pozycje, które nie powinny być wycenione (załącznik nr 2 do siwz formularz ofertowy - cena ofertowa brutto - na podstawie kosztorysu ofertowego załącznik 2a). Powyższe oznacza, że zamawiający po złożeniu ofert stwierdził, że zbędnie w kosztorysie ofertowym wymienił pozycję, która jest uwzględniona w innych (poprzedzających ją) pozycjach kosztorysowych. I tak elementy pozycji 44 „wykonanie koryta” znajdują się w pozycji 43 „podbudowy” jak i w pozycjach następnych kosztorysu to jest w poz. 45,46,47,48, 49 oraz poz. 50. Powyższa okoliczność jest bezsporna, ponieważ nie została zakwestionowana przez odwołującego jak i wynika z dokumentacji przekazanej do akt sprawy. Izba na podstawie dokumentacji przetargowej zarówno postanowienia siwz (pkt 12 opis sposobu obliczenia ceny) jak i załącznika nr 5 do siwz - Umowa ustaliła, że obowiązuje wynagrodzenie kosztorysowe dla wykonawcy (cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy - Załącznik nr 2a do SIWZ). Z kolei co do już samej umowy to zgodnie z § 5 ust.6 - „wynagrodzenie Wykonawcy, rozliczane w sposób, o którym mowa w ust.3 oraz w ust.4 , stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót wyliczonych i zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru w księdze obmiaru oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie

ofertowym lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 niniejszej

Umowy". Z powyższych postanowień siwz w tym umowy wynika, że w niniejszym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie kosztorysowe. Obowiązkiem wykonawców było złożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego według załączonego do siwz przedmiaru robót (załącznik nr 2a do siwz). W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców w tym wykonawca wybrany i odwołujący. Wszyscy wykonawcy, poza wykonawcą wybranym, złożyli wypełnione kosztorysy według przedmiaru robót (kosztorys ofertowy - zał.nr 2a do siwz). Tylko wykonawca wybrany nie złożył kosztorysu ofertowego według pozycji w nim obowiązujących, ponieważ nie wypełnił poz. 44 poz. Kosztorysu to jest pominął w wycenie „wykonanie koryta”. Komisja przetargowa, po złożeniu ofert przez czterech wykonawców stwierdza, że niepotrzebna w przedmiarze robót jest poz. 44 kosztorysu ofertowego (przedmiaru robót). Jak zresztą stwierdził na rozprawie pełnomocnik zamawiającego, nie byłoby zapłacone za wycenione roboty w poz. 44 kosztorysu ofertowego. Przy czym Izba ustaliła, że wynagrodzenie będzie wypłacane na podstawie kosztorysu powykonawczego, co potwierdza prawdziwość stwierdzenia pełnomocnika zamawiającego (§ 5 ust.6 umowy). Istotnymi co do samych już rozliczeń są postanowienia Umowy zawarte w § 8 umowy, które przewidują dla zmiany robót sposób ich rozliczeń czy to według pozycji z kosztorysu ofertowego czy to według stawek „SEKOCENBUD”. Powyższe postanowienia świadczą o tym, że nie ma decydującego znaczenia dla rozliczeń za przedmiot umowy kosztorys ofertowy w zakresie ilości przewidzianych w nim robót tylko pozycje z kosztorysu są wyznacznikiem do rozliczeń na podstawie obmiaru robót.

Natomiast zamawiający na rozprawie stwierdził, że tylko wykonawca wybrany zorientował się o zbędności wypełnienia poz. 44 kosztorysu. Pozostali trzej wykonawcy w tym odwołujący wypełnili wszystkie poz. Kosztorysu. Natomiast komisja przetargowa po otwarciu ofert zorientowała się jak to nazwano o błędzie kosztorysowym i wystąpiła do kosztorysanta zewnętrznego o wyjaśnienie i otrzymała odpowiedź o zbędności poz. 44 kosztorysu. W Tym stanie rzeczy komisja postanowiła o skreśleniu wyceny w poz. 44 u wszystkich trzech wykonawców. Dokonując pomniejszenia wycen kosztorysowych w poz. 44 otrzymano nowe kwoty wynagrodzeń i jednocześnie otrzymano wyceny porównywalne z wykonawcą wybranym, który poz. 44 przedmiaru nie uwzględnił w kosztorysie. Argumentem zamawiającego jest to, że oferta wykonawcy wybranego zarówno gdy wykonawcy mieli wypełnione poz. 44 jak i po skreśleniu wynagrodzenia z poz. 44 oferta tego wykonawcy w każdej ze wspomnianych okoliczności była ofertą najkorzystniejszą. W zaistniałej sytuacji zamawiający bez jakichkolwiek wahań dokonał wyboru oferty wykonawcy wybranego, który składając ofertę pominął poz. 44 kosztorysu. Tę zaistniałą sytuację pełnomocnik zamawiającego kwalifikuje do art. 192 ust.2 ustawy to jest okoliczności wskazującej na to, że

naruszenie przepisu nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ przed skreśleniem w pozostałych ofertach poz. 44 jak i po skreśleniu w ofertach poz. 44, oferta wykonawcy wybranego była i jest ofertą najkorzystniejszą. Całe rozumowanie zamawiającego skupia się na treści postanowień siwz. Z tego rozumowania zamawiający wywodzi legalność swoich czynności co do zmiany postanowień siwz po złożeniu ofert i wprowadzeniu zmian w ofertach wykonawców. Dla zamawiającego nie ma znaczenia dla oceny legalności swoich czynności okoliczność, że po złożeniu ofert wprowadza najpierw zmiany w siwz (skreśla pozycje 44 kosztorysu ofertowego) po czym po tej zmianie zmienia treść złożonych ofert wykonawców (za wyjątkiem wykonawcy wybranego) dostosowując treść złożonych ofert (wynagrodzenie brutto) do dokonanych zmian kosztorysu ofertowego (skreślenie poz. 44 kosztorysu). W ofercie wykonawcy wybranego zamawiający nie dokonuje zmian wysokości wynagrodzenia, ponieważ ten wykonawca w swojej kalkulacji pominął poz. 44 kosztorysu ofertowego.

Zamawiający w swoich czynnościach nie uwzględnia przepisu art.38 ust.4 ustawy zgodnie z którym zamawiający może przed upływem terminu składania ofert dokonać zmiany siwz. Dla zamawiającego ten przepis prawa nie stanowi granicy czasowej dokonania zmian w siwz, ponieważ według jego praktyki zmienia postanowienia siwz również po upływie terminu składania ofert. Takiej czynności zamawiający dokonał uznając, że należy zmienić kosztorysy trzech pozostałych wykonawców, którzy wypełnili kosztorysy zgodnie z siwz to jest nie pomijając w wycenie poz. 44 kosztorysu „wykonanie koryta”. Natomiast zamawiający po złożeniu ofert zamawiający opierając się na stanowisku zewnętrznego kosztorysanta postanowił zmienić pozycje kosztorysu skreślając poz. 44. i przez to usuwając z wynagrodzenia wykonawców tę pozycję. Zamawiający pomija okoliczność zmiany siwz po złożeniu ofert tylko podkreśla jako efekt swoich czynności usunięcie omyłki rachunkowej w ofertach pozostałych wykonawców poza wykonawcą wybranym.

Izba oceniając te czynności zamawiającego pod kątem ich zgodności z prawem po pierwsze stwierdza, że nie miał on podstaw prawnych do zmiany wynagrodzenia kosztorysowego pozostałych wykonawców, którzy wypełnili wszystkie pozycje kosztorysowe w tym poz. 44 a nie jak wykonawca wybrany wycenił przedmiar robót z pominięciem poz. 44 obowiązującego na dzień składania ofert kosztorysu ofertowego. W tym miejscu Izba stwierdza, że wykonawca wybrany nie miał prawa składając kosztorys ofertowy pominąć wyceny poz. 44 wykonanie koryta. Słusznie pełnomocnik odwołującego stwierdza, że jest to istotny błąd w ofercie, ponieważ dotyczy ceny czyli istotnego elementu umowy, którymi jest przedmiot i cena (zamówienia publiczne to umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą,

których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane). Wykonawca wybrany nie miał podstawy prawnej do pominięcia poz. 44 kosztorysu ofertowego na podstawie obowiązującego siwz w tym przedmiarze robót. W świetle postanowień siwz obowiązujących na dzień składania

ofert wykonawca wybrany nie miał prawa pominąć w wycenie poz. 44 przedmiaru robót, ponieważ powinien ją wycenić jak to uczynili pozostali wykonawcy. Powyższe zachowanie wykonawcy wybranego naraziło go na skuteczny zarzut podniesiony przez odwołującego to jest sprzeczności treści jego oferty z treścią siwz. Skoro przedmiar robót na dzień składania ofert zawierał poz. 44 to każdy wykonawca miał obowiązek ją wycenić i wypełnić składając ofertę wraz z kosztorysem ofertowym. Izba nie znajduje usprawiedliwienia dla czynności wykonawcy wybranego to jest pominięcia przy wycenie przedmiaru czyli przy złożeniu kosztorysu ofertowego pozycji kosztorysu (poz.44), która powinna być wyceniona. Nawet w kontekście zmiany sposobu oceny ofert dokonanej przez zamawiającego to jest wyrzucenia z ofert pozostałych wykonawców poz. 44 kosztorysu ofertowego. Czynność zamawiającego byłaby skuteczna pod względem prawnym tylko wtedy gdyby nastąpiła przed terminem składania ofert (art.38 ust.4 ustawy). Wówczas wykonawcy, którzy wyceniliby poz. 44 kosztorysu to jest wykonanie koryta, pomimo jej wykreślenia z kosztorysu, mieliby postawiony zarzut sprzeczności treści ich oferty z treścią siwz. Natomiast nie można dokonywać zmian w ofertach wykonawców, na wskutek zmian siwz (zmiany w przedmiarze robót) przeprowadzonych po upływie terminu składania ofert.

Reasumując Izba stwierdza, że zamawiający nie miał prawa do zmian w ofertach pozostałych trzech wykonawców po ich złożeniu, w związku z dostrzeżeniem po upływie terminu składania ofert, że poz. 44 wykonanie koryta w przedmiarze robót jest zbędna. Zamawiający powinien oceniać ważność ofert na podstawie treści siwz obowiązującej na dzień składania ofert. Czynnością wymaganą przez prawo po stronie zamawiającego jest dyskwalifikacja oferty wykonawcy wybranego, który nie wycenił poz. 44 przedmiaru nie mając do tego żadnej podstawy prawnej. Zamawiający powinien ofertę wykonawcy wybranego odrzucić jako sprzeczną z obowiązującą treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast zamawiający nie mając podstaw prawnych dopasowuje oferty pozostałych wykonawców do błędnie złożonej oferty wykonawcy wybranego, który bezpodstawnie nie wycenił poz. 44 przedmiaru. Twierdzenie zamawiającego, że naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust.2 ustawy) jest nieuprawnione, ponieważ zamawiający powinien na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 w związku z art.82 ust.3 ustawy odrzucić ofertę wykonawcy wybranego a nie ją wybrać. Wówczas ma to wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta odwołującego, znajdująca się na drugiej pozycji w rankingu ofert, może być wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba rozstrzygając odwołanie jak i dokonane czynności przez zamawiającego miała na uwadze treść art. 180 ust.2 pkt 6 ustawy to jest, że postępowanie ma charakter podprogowy.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonej faktury vat.

Przewodniczący: