

Sygn. akt: KIO 3297/20

WYROK
z dnia 14 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą**

w Bielsku – Białej w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bielsko-Biała**,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECON S.A.**

z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3297/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECON S.A. z siedzibą w Sosnowcu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw - Wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECON S.A. z siedzibą w Sosnowcu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku – Białej** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw - Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECON S.A. z siedzibą w Sosnowcu** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku – Białej** kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 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 Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3297/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Bielsko – Biała [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *rozbudowę budynku Przedszkola nr 4 przy ul. Kazimierza Wielkiego 12 w Bielsku-Białej* (znak postępowania: ZP.271.2.79.2020.JB).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 czerwca 2020 r. pod numerem 555018-N-2020.

W dniu 14 grudnia 2020 r. wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Bielsku – Białej [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy (tj. wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona, jako niezgodna z SIWZ);
2. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie niedozwolonych ustawą negocjacji dotyczących złożonej oferty, w zakresie kalkulacji cen jednostkowych pozycji pominiętych w kosztorysie ofertowym oraz poprawienie w treści oferty innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, pomimo braku zaistnienia przesłanek warunkujących zastosowanie tego trybu;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako że jest niekompletna i nie zawiera wyceny wszystkich wymaganych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych,
5. oraz innych niż w/w przepisów ustawy wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia;
3. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenia oferty firmy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A., a to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz warunkami wskazanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
4. dopuszczenie dowodów przywołanych w treści odwołania w celu wykazania okoliczności w nim wskazanych;
5. zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Odwołujący wskazał, iż z informacji uzyskanych w trybie dostępu do informacji publicznej, a to wskutek dokonanego wglądu do protokołu z postępowania i udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że Zamawiający nie tylko dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale także w toku postępowania i oceny ofert dopuścił się szeregu uchybień proceduralnych (m.in. skutkujących naruszeniem art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), prowadzących bezpośrednio do wadliwego sklasyfikowania oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. na najwyższym miejscu listy rankingowej ofert złożonych w postępowaniu i dokonaniu czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając powyższe, w pierwszej kolejności Odwołujący odniósł się do zastosowanego przez Zamawiającego trybu udzielenia wyjaśnień oraz poprawienia w ofercie uznanej za najkorzystniejszą innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W toku badania i oceny ofert Zamawiający w ofercie firmy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. stwierdził m.in. braki pozycji kosztorysowych w zakresie kosztorysu branży budowlanej, obejmujących swym zakresem odpowiednio: poz. 233, 234 i 235. Pozycje powyższe zamieszczone były w dokumentacji przetargowej udostępnionej przez Zamawiającego, a to w kosztorysie branży budowlanej (załącznik nr 10 do SIWZ) i w toku całego postępowania przetargowego nie podlegały zmianom, mającym na celu wyłączenie ich z zakresu przedmiotowego postępowania. Stwierdzone braki pozycji kosztorysowych w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A., były sygnalizowane Zamawiającemu przez Odwołującego w piśmie z dnia 22.10.2020 r., zawierającym wezwanie do dokonania rzeczywistej i rzetelnej oceny ofert oraz rozważenia obiektywnej konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A.

w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Pomimo zarzutów podniesionych w przywołanym wyżej piśmie, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. w stosunku do stwierdzonych braków pozycji kosztorysowych, zwrócił się do wykonawcy za pismem z dnia 04.11.2020 r., wzywając go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Odwołujący zwrócił uwagę na treść wezwania skierowanego do wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. oraz wyjaśnienia złożone przez wykonawcę pismem z dnia 9 listopada 2020 r. wraz z przedłożoną szczegółową kalkulacją kosztorysową dla poszczególnych pozycji.

Odwołujący podniósł, że wskazane przez wykonawcę pozycje źródłowe odnoszą się odpowiednio do następujących zakresów robót:

1. Dla wyceny brakującej pozycji 233 - pozycję „ława pod krawężniki betonowa z oporem - beton klasy C12/15”;
2. Dla wyceny brakującej pozycji 234 - pozycję „Nawierzchnia wylewana dwuwarstwowa: EPDM grubości 10 mm i SBR o grubości 35 mm na podbudowie „ET” o grubości zgodnej z systemem producenta” oraz pozycję „opaska żwirowa wokół budynku, szczegółowo w lokalizacji wskazanej w części rysunkowej, projektuje się opaskę żwirową ze żwiru płukanego frakcji 8-16 mm gr. 3 cm wyłożonej na geowłókninie. Opaska szerokości min. 40 cm ograniczona od zewnątrz obrzeżem betonowym 6x30x100 cm”, proponując cenę jednostkową 23,72 zł netto, podczas gdy ceny wskazane w proponowanych pozycjach wg złożonego wraz z ofertą kosztorysu wynoszą odpowiednio: 224,18 zł netto (nawierzchnia) oraz 135,54 zł netto (opaska żwirowa ograniczona obrzeżem);
3. Dla wyceny brakującej pozycji 235 — pozycję: „Kostka betonowa. W obrębie placu zabaw projektuje się nawierzchnię z kostki betonowej. Kostka na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 3 cm, podbudowie betonowej gr. 12 cm i warstwie odsączającej gr. 10 cm. Kostka betonowa o wymiarach 20x30x6 cm i 30x20x6 cm układana w cegielkę. Przyjąć 80% w kolorze granito i 20% w kolorze nero. Ostatecznie wzór układania do ustalenia na etapie budowy.”

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający przy ocenie ofert dysponował jedynie kosztorysami ofertowymi uproszczonymi, tj. zawierającymi pozycje scalone (bez rozbitcia na wartości R-robocizna, M-materiał, S-sprzęt), a nie kosztorysami szczegółowymi, na podstawie których mógłby samodzielnie dokonać poprawy w treści oferty w sposób wskazany przez wykonawcę, z jednoczesnym dokonaniem ich modyfikacji, m.in. poprzez „uwzględnienie proporcji wynikających z wymaganych grubości” nawierzchni.

Na podstawie złożonych przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. wyjaśnień Zamawiający dokonał zmian w treści złożonej oferty, stosując w tym celu procedurę opisaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przyjmując wartości wskazane przez wykonawcę.

Odwołujący podkreślał, że ingerencja Zamawiającego w treść ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ma każdorazowo charakter wyjątku, wyjątki zaś - zgodnie z ogólną zasadą *exceptiones non sunt extendendae* - nie mogą być nigdy traktowane rozszerzająco. Odniósł się do linii orzeczniczej KIO dotyczącej poprawy omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przywołując wyrok KIOz dnia 26.11.2019 r. sygn. akt: KIO 2304/19, wyrok KIO z dnia 27.09.2019 r. sygn. akt: KIO 1801/19. Wcześniejsza ingerencja wykonawcy w tym zakresie powoduje nie tylko zniekształcenie obiektywnej oceny oferty przez Zamawiającego, ale też kwalifikowana winna być jako podjęcie *sui generis* negocjacji co do treści złożonej oferty i to w zakresie jej *essentialia negotii*, jakim jest cena ofertowa. Powyższe potwierdza również fakt, iż

w stosunku do pozostałych pozycji kosztorysowych oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A., zawierających inne omyłki, polegające na niezgodności treści oferty z SIWZ Zamawiający dokonał ich samodzielnej poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawiając jednocześnie cenę ofertową i informując wykonawcę, iż niewyrażenie przez niego zgody na poprawę omyłek w terminie 3 dni od daty doręczenia pisma skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Odwołujący uzasadniał, że sam Zamawiający z piśmie z dnia 04.11.2020 r. kierowanym do wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. wskazał, że „Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprawa oferty wymaga samodzielnego działania Zamawiającego. Możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania przez Wykonawcę. (...) W sytuacji braku możliwości ustalenia przedmiotowych cen jednostkowych, tj. kosztu bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku dla wskazanych pozycji, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.” Jak wynika z przywołanych wyżej okoliczności faktycznych, Zamawiający nie tylko nie potrafił samodzielnie dokonać poprawy omyłek w treści oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECON S.A. (wobec czego zwrócił się o wskazanie kalkulacji dla pominiętych w kosztorysie ofertowym pozycji), ale też złożona oferta wykonawcy w swej treści nie zawierała pozycji analogicznych do pominiętych,

w szczególności w zakresie poz. 234 kosztorysu branży budowlanej, dla której wykonawca wskazał kalkulacje wg poz. 236 dla branży drogowej - nakazując jednocześnie Zamawiającemu uwzględnienie proporcji wynikających z wymaganych grubości nawierzchni oraz poz. 249 branży budowlanej w zakresie obrzeża betonowego. Wskazane pozycje nie zawierają zakresów analogicznych do brakujących, zaś wskazana przez wykonawcę w piśmie z dnia 09.11.2020 r. kalkulacja (23,72 zł netto) w żaden sposób nie daje się wprost wyprowadzić z cen wskazanych w przywołanych pozycjach kosztorysu uproszczonego (odpowiednio 224,18 zł netto oraz 135,54 zł netto). W tym zakresie złożona oferta została przez wykonawcę uzupełniona o dodatkową kalkulację, co jest działaniem niedopuszczalnym w świetle obowiązujących przepisów.

Odwołujący wskazał, iż z analogicznych powodów, tj. braku wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych przy jednoczesnym braku pozycji analogicznych w treści oferty Zamawiający odrzucił oferty innych wykonawców (Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADAMEX K.P. Sp. z o.o.). Zdaniem Odwołującego powyższe stanowi naruszenie równego traktowania wykonawców, o którym mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem

w analogicznej sytuacji Zamawiający dokonał odrzucenia oferty jednego z nich, ofertę drugiego zaś poprawił, po uprzednim zawniostkowaniu o „przedstawienie szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych kosztorysu ofertowego” pominiętych w treści złożonej oferty, co ostatecznie skutkowało udzieleniem zamówienia temuż wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią wyjaśnień wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECÓN S.A. z dnia 09.11.2020 r. - wykonawca ten miał świadomość braku w kosztorysach ofertowych wskazanych pozycji 233, 234 i 235 dla branży budowlanej i celowo pozycje te pominął. Zamawiający natomiast, na żadnym etapie postępowania przetargowego nie wskazał, iż rezygnuje z powyższego zakresu robót i nie wymaga wyceny w/w pozycji kosztorysowych. A *contrario* - wszyscy pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zamieścili w swych ofertach kalkulacje dla tychże pozycji, a Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie dokonał ich poprawy w ten sposób, że zmienił ich wartość na „0”, jako pozycji wyłączonych spod wyceny, co jednoznacznie świadczy o zamiarze objęcia tychże pozycji przedmiotem zamówienia. Wobec tego oferta, która tych (lub jakichkolwiek innych) pozycji nie zawiera, jest ofertą niekompletną, co Zamawiający jasno wyraził w części VI pkt I ppkt 1. SIWZ, wymagając, aby kosztorysy ofertowe, załączone obligatoryjnie do oferty, sporządzone były w oparciu o przedmiary robót i zawierały m.in. cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej.

Odwołujący uzasadniał, że Zamawiający - pomimo celowego pominięcia przez wykonawcę poz. 233-235 kosztorysu budowlanego - dokonał poprawy treści oferty, w oparciu o dodatkową kalkulację wykonawcy, niedająca się wyprowadzić wprost z treści oferty, po uprzedniej konsultacji z nim w zakresie sposobu dokonania poprawy, przez co naruszył w istotny sposób przepisy ustawy. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 09.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1919/19, uchwałę KIO z dnia 11.09.2019 r., sygn. akt: KIO/KU 57/19 oraz wyrok SO w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18. W tak ukształtowanym stanie faktycznym wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane BUDECÓN S.A. jako najkorzystniejszej jest niedopuszczalny i świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, albowiem zgodnie z przedstawioną wyżej argumentacją, popartą zapisami SIWZ, oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji, tj. niekompletna.

W świetle powyższego zdaniem Odwołującego należało uznać, iż Zamawiający swoim zachowaniem naruszył wskazane na wstępie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, które to naruszenia łącznie oraz każde z osobna miały istotny wpływ na wynik postępowania, tj. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, rzutując jednocześnie na zasady ogólne Prawa zamówień publicznych, odnoszące się do obowiązku zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w piśmie z dnia 29 grudnia 2020 r. oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego - wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECÓN S.A. z siedzibą w Sosnowcu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, #x200eo której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane BUDECÓN S.A. z siedzibą w Sosnowcu [dalej „Budecon” lub „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 17 grudnia 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz

z wyjaśnieniami oraz zmianami, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Budecon, wezwanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2020 r. skierowane do ww. wykonawcy, wyjaśnienia wykonawcy Budecon z dnia 9 listopada 2020 r., pismo Zamawiającego z dnia 24 listopada 2020 r. dotyczące poprawienia w ofercie Budecon innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pismo Budecon z dnia 25 listopada 2020 r. wyrażające zgodę na poprawę innych omyłek w kosztorysie branży budowlanej oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z częścią VI pkt I ppkt 2 SIWZ, kosztorysy ofertowe (w oryginale), sporządzone w oparciu o przedmiary robót, zawierające co najmniej: opis pozycji, ilość robót wraz z jednostką, cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, wartość pozycji oraz cenę ogółem, sporządzone w oparciu o SIWZ wraz z załącznikami obejmujące

wycenę poszczególnych elementów zamówienia z wyszczególnieniem składników ceny

(w szczególności rg, kp, zysk). Ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych (netto) mają zawierać robociznę, materiał z kosztami zakupu, sprzęt, koszty pośrednie i zysk.

Zgodnie z części X pkt 3 SIWZ, Zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysów ofertowych. W myśl części XII pkt 3 SIWZ, cena oferty stanowić będzie wynagrodzenie kosztorysowe. Zamawiający wymaga dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych.

W kosztorysie dla branży budowlanej (załącznik nr 10 do SIWZ) Zamawiający wskazał:

1. poz. 233, KNR 231/402/3: Ława pod krawężniki betonowa zwykła;
2. poz. 234, KNR 231/407/3: Plac z nawierzchnią poliuretanową należy zamknąć obrzeżem betonowym 6x30x100 cm oraz wykończyć natryskiem (mieszanka granulatu EPDM zmieszana z PU) o gr. Min. 3 mm. M 62,100;
3. poz. 235, KNR 11/321/1: Kostka betonowa [płyty ażurowe W obrębie placu zabaw projektuje się nawierzchnię z kostki betonowej. Kostka na podsypce cementowo – piaskowej 1:4 gr 3 cm, podbudowie betonowej gr. 12 cm i warstwie odsączającej gr. 10 cm. Kostka betonowa o wymiarach 20x30x6 cm i 30x20x6 cm układana w cegielkę. Przyjąc 80% kostki

w kolorze granitu i 20% w kolorze nero. Ostatecznie wzór układania do ustalenia na etapie budowy.

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 31 sierpnia 2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 63 o treści: „poz. nr 223 – 236 – projektowany plac zabaw dla dzieci – prosimy

o potwierdzenie ilości robót dla w/w pozycji – z rysunku zagospodarowania terenu PZT1 wynika zupełnie inna powierzchnia projektowanego placu zabaw” Zamawiający wskazał, że zmienia obmiar w pozycjach 223 – 236 i następnie podał zmieniony obmiar dla poz. 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 236.

Przystępujący wraz z ofertą złożył m.in. kosztorys dla branży budowlanej, który nie zawierał pozycji 233, 234 i 235 oraz kosztorys dla branży drogowej.

Pismem z dnia 4 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, iż załączony do oferty kosztorys dla branży budowlanej nie zawiera trzech pozycji (nr 233, 234, 235). W związku z ww. brakiem, Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, obejmujących przedstawienie szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych kosztorysu ofertowego lub wyodrębnionych szczegółowych pozycji oferty wykonawcy. Zamawiający wskazał, że na podstawie cen zawartych w ofercie wykonawcy, będzie miał możliwość ustalenia cen jednostkowych dla zrealizowania robót opisanych w trzech pozycjach przedmiaru robót. Powyższe umożliwi Zamawiającemu ewentualne wyliczenie cen jednostkowych

a w konsekwencji dokonanie poprawy oferty. W sytuacji braku możliwości ustalenia przedmiotowych cen jednostkowych, tj. kosztu bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku dla wskazanych pozycji, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 9 listopada 2020 r. Przystępujący wskazał, iż kosztorys dla branży budowlanej został sporządzony przez wykonawcę z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 63, w wyniku której Zamawiający dokonał zmiany przedmiaru robót w pozycjach 223 – 236, zgodnie z załączonym do odpowiedzi tabelarycznym zestawieniem. Wykonawca wskazał, że ww. tabela oprócz zmian ilościowych w poszczególnych pozycjach różni się w stosunku do wcześniej obowiązującego przedmiaru robót, tym że nie zawiera w swej treści pozycji 233, 234 i 235. Z powyższych powodów można było wywieść, że Zamawiający nie oczekuje przedstawienia w ramach złożonych ofert osobnych kalkulacji dla ww. pozycji.

Wykonawca wskazał, iż podniesione wątpliwości dotyczą w istocie wyłącznie warstwy graficznej złożonej oferty. Podkreślał, że oferta ma charakter kompletny i zawiera zobowiązanie do wykonania całego zakresu zamówienia.

Wykonawca wyjaśnił, że szczegółowa kalkulacja cen jednostkowych w stosunku do pozycji nr:

1. 233 wynosi 508,12 zł netto za m³ a jej wyliczenie może nastąpić na podstawie pozycji nr 4 kosztorysu dla branży drogowej;
2. 234 wynosi 23,72 zł netto za m a jej wyliczenie nastąpić może na podstawie pozycji nr 236 kosztorysu dla branży budowlanej w zakresie nawierzchni poliuretanowej EPDM (z uwzględnieniem proporcji z wymaganych grubości) oraz pozycji 249 kosztorysu dla branży budowlanej w zakresie obrzeża betonowego 6x30x100 cm;
3. 235 wynosi 127,71 zł netto za m² a jej wyliczenie nastąpić może na podstawie pozycji nr 247 kosztorysu dla branży budowlanej.

Jednocześnie Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztorysową dla ww. pozycji.

Pismem z dnia 24 listopada 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił w ofercie wykonawcy Budecon inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, tj. w kosztorysie ofertowym branży budowlanej, w elemencie 2.2 Projektowany plac zabaw dla dzieci, dopisując:

1. pozycję 233, KNR 231/402/3: Ława pod krawężniki betonowa zwykła. Uwaga: pozycja tożsama z pozycją nr 4 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej, dla której cena jednostkowa wynosi 508,12 zł/m³;
2. pozycję 234, KNR 231/407/3: Plac z nawierzchnią poliuretanową należy zamknąć obrzeżem betonowym 6x30x100 cm oraz wykończyć natryskiem (mieszanka granulatu EPDM zmieszana z PU) o gr. Min. 3 mm. M 62,100. Uwaga: cena jednostkowa ustalona na podstawie ujętych w ofercie wykonawcy (poz. 236 i poz. 249), zawierających koszt robocizny, materiałów oraz koszty pośrednie i zysk. Zamawiający wyliczył cenę jednostkową pozycji, która wynosi 23,72 zł/m;
3. poz. 235, KNR 11/321/1: Kostka betonowa [płyty ażurowe W obrębie placu zabaw projektuje się nawierzchnię z kostki betonowej. Kostka na podsypce cementowo – piaskowej 1:4 gr 3 cm, podbudowie betonowej gr 12 cm i warstwie odsączającej gr 10 cm. Kostka betonowa o wymiarach 20x30x6 cm i 30x20x6 cm układana w cegielkę. Przyjąc 80% kostki

w kolorze granitu i 20% w kolorze nero. Ostatecznie wzór układania do ustalenia na etapie budowy. Uwaga: pozycja tożsama z pozycją nr 247 kosztorysu ofertowego dla branży budowlanej, dla której cena jednostkowa wynosi 127,71 m². Zamawiający wskazał, że w konsekwencji dokonanych poprawek, dokonał poprawy ceny ofertowej brutto dla całości zamówienia z kwoty 13 471 928,70 zł na 13 565 454,66 zł.

Pismem z dnia 25 listopada 2020 r. Przystępujący oświadczył, że wyraża zgodę na poprawę innych omyłek w kosztorysie branży budowlanej. Wykonawca wyraził zgodę na poprawę ceny ofertowej brutto dla całości zamówienia na kwotę 13 565 454,66 zł.

W dniu 10 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budecon. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego z 98,45 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Na uwzględnienie zasługiwały zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 82 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, iż wykonawca Budecon w kosztorysie ofertowym branży budowlanej nie przedstawił pozycji 233, 234 i 235. Nie było także sporu, iż Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia kosztorysów ofertowych zawierających cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej oraz że przewidziano kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Osią sporu było natomiast to, czy Zamawiający uprawniony był do wezwania Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych kosztorysu ofertowego branży budowlanej lub wyodrębnionych ww. pozycji oferty Wykonawcy, a następnie dokonania poprawy oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dodanie do kosztorysu ofertowego branży budowlanej ww. pozycji, czy też winien odrzucić ofertę Przystępującego jako niezgodną z treścią specyfikacji.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia,

a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania,

w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia

23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala

w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności

i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie

z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, iż oferta Przystępującego była sporządzona w sposób niezgodny

z postanowieniami SIWZ zobowiązującymi wykonawców do ustalenia ceny oferty na podstawie kosztorysów ofertowych zawierających co najmniej: opis pozycji, ilość robót wraz z jednostką, cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, wartość pozycji oraz cenę ogółem, sporządzone w oparciu o SIWZ wraz z załącznikami obejmujące wycenę poszczególnych elementów zamówienia z wyszczególnieniem składników ceny

(w szczególności rg, kp, zysk). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych (netto) mają zawierać robociznę, materiał z kosztami zakupu, sprzęt, koszty pośrednie i zysk. Izba zważyła, że w przedmiotowej sprawie w świetle powyższych postanowień specyfikacji Zamawiający podniósł rangę kosztorysów do rangi obligatoryjnych elementów treści oferty, wymagając ich wypełnienia w sposób zgodny z wymogami specyfikacji oraz podania ceny jednostkowej dla każdej pozycji kosztorysowej. Kluczowe było także to, iż w świetle postanowień SIWZ Zamawiający przyjął wynagrodzenie

o charakterze kosztorysowym. Nie budzi wątpliwości, iż natura wynagrodzenia kosztorysowego opiera się na tym, że tylko prawidłowa wycena wszystkich pozycji, a tym samym wszystkich prac i całego zakresu pozwala na porównanie ofert, a przede wszystkim na rozliczenie zadania publicznego.

Odnosząc się do argumentacji prezentowanej przez Przystępującego Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Wykonawcy jakoby treść specyfikacji stała się niejednoznaczna wobec odpowiedzi na pytanie nr 63. W powyższym zakresie Izba stwierdza, iż treść udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień należy czytać całościowo. Wskazać należy, że jakkolwiek treść pytania dotyczy poz. nr 223 do 236 kosztorysu branży budowlanej (zatem obejmuje pozycje sporne), to jednak z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że Zamawiający zmienił obmiar (ilość) w pozycjach 223 – 236, konkretyzując następnie w tabeli numery pozycji, w których dokonano zmian, wyłuszczone jednocześnie zmiany w zakresie ilości.

Z treści wyjaśnień Zamawiającego w żaden sposób nie można wyczytać, aby Zamawiający dokonał zmian w przedmiarze robót i usunął pozycje 233, 234 i 235, czy też je „z zerował”

w zakresie ilości. Z faktu, iż pozycje te zostały przez Zamawiającego pominięte

w wyjaśnieniach nr 63 można wywieść jedynie wniosek, iż Zamawiający w zakresie spornych między Stronami postępowania odwoławczego pozycji kosztorysu nie dokonał żadnych zmian. Co więcej, dalsze czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania polegające m.in. wezwaniu Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 233, 234 i 235 kosztorysu branży budowlanej obejmujące przedstawienie szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych kosztorysu ofertowego lub wyodrębnionych pozycji ceny oferty Wykonawcy, czy też dokonana następnie poprawa oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie ww. pozycji potwierdzały, że Zamawiający nie wykreślił ww. pozycji z przedmiaru robót. Tym samym dokładając należytej staranności przy analizie treści specyfikacji wraz z wyjaśnieniami SIWZ, bez trudu można było ustalić ostateczną treść wzorów kosztorysów ofertowych. Izba nie podzieliła zatem argumentacji podnoszonej przez Przystępującego, że w świetle wyjaśnień treści SIWZ z dnia 31 sierpnia 2020 r. uprawnione było (wobec pominięcia pozycji nr 233, 234 i 235) wywiedzenie wniosku, iż prace objęte tymi pozycjami należało uwzględnić w ramach innych punktów kosztorysu.

Następnie Izba wskazuje, iż stanowisko Przystępującego co do sposobu rozumienia treści specyfikacji, w szczególności wyjaśnień z dnia 31 sierpnia 2020 r. w zakresie pytania nr 63, uznała za niespójne i nielogiczne. Podkreślić należy, iż wyjaśnienia składane Zamawiającemu w toku postępowania, jak i te prezentowane przed Izbą winny

mieć charakter jasny i spójny, w tym winny uzasadniać w sposób logiczny działania wykonawcy podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W powyższym zakresie zauważyć należy, że z treści oferty Przystępującego nie wynikało, aby Wykonawca wycenił ww. pozycje w innych pozycjach kosztorysowych. Dalej wskazać należy, że w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 9 listopada 2020 r. Przystępujący nie podał wprost numerów pozycji kosztorysowych, w których – jak twierdził - uwzględnił roboty objęte poz. 233, 234 oraz 235 kosztorysu ofertowego branży budowlanej. Co więcej, skoro Przystępujący stał na stanowisku, iż w złożonych kosztorysach ofertowych uwzględnił już pozycje 233, 234 i 235 kosztorysu branży budowlanej, to za niezrozumiałe należy uznać wyrażenie przez Wykonawcę zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawy jego oferty w ten sposób, że do przedmiotowego kosztorysu dodane zostały ww. pozycje, w konsekwencji czego cena oferty wykonawcy wzrosła o koszt tychże pozycji. W kontekście powyższego Izba wskazuje, że nie zasługiwała na aprobatę argumentacja Przystępującego, iż Wykonawca wyraził zgodę na poprawę innej omyłki w treści oferty, ponieważ „oferta wykonawcy Budecon i tak byłaby najkorzystniejsza w rankingu.”

Nie zasługiwała również na uwzględnienie argumentacja Przystępującego, iż złożona oferta jakkolwiek w warstwie graficznej różniła się od oczekiwań Zamawiającego, to jednak w warstwie merytorycznej spełniała wymogi Zamawiającego, miała charakter kompletny i zawierała zobowiązanie do wykonania całego przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, iż przedmiotem sformułowanego zarzutu nie była niezgodność oferty Budecon co do układu graficznego, lecz brak odzwierciedlenia i wyceny w kosztorysie branży budowlanej wszystkich istotnych przedmiotowo elementów wynikających z postanowień specyfikacji. Zauważyć trzeba, że ogólne deklaracje i oświadczenia wykonawcy zawarte w formularzu oferty nie mogą zastąpić oświadczenia wykonawcy w zakresie dokonanego zakresu wyceny kosztorysowej.

Kolejno Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący, że wzywając Przystępującego pismem z dnia 4 listopada 2020 r. do przedstawienia szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych kosztorysu ofertowego lub wyodrębnionych pozycji oferty Zamawiający naruszył określony w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakaz negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści. Wskazać należy, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzaniem zmian do treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą rozszerzać treści oferty, mają stanowić swoistą wykładnię elementów oferty przedmiotowo istotnych, ale elementy te muszą z oferty wynikać, muszą być w niej ujęte. Z analizy ww. pisma wynika, że Zamawiający z jednej strony miał świadomość, iż możliwość poprawienia błędów w ofertach musi być jasna, oczywista, wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełnienia przez wykonawcę,

z drugiej zaś strony zwrócił się do Przystępującego o podanie cen jednostkowych dla pozycji nr 233, 234 i 235 przedmiaru robót, co też miało umożliwić ewentualne dokonanie poprawy oferty wykonawcy. Jednocześnie w dalszej części ww. pisma Zamawiający dokonał wielu poprawek w kosztorysie branży budowlanej złożonym przez Przystępującego stanowiących inne omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z okoliczności rozpoznawanej sprawy wynika zatem, że w zakresie poz. 233, 234 oraz 235 kosztorysu branży budowlanej Zamawiający w oparciu o treść oferty złożoną przez Przystępującego nie był w stanie dokonać samodzielnej poprawy treści oferty Budecon. Powyższe było niemożliwe

w szczególności w przypadku poz. 234 kosztorysu branży budowlanej, dla której Przystępujący wskazał jako odpowiednią kalkulację z pozycji 236 kosztorysu branży budowlanej, nakazując jednocześnie Zamawiającemu uwzględnienie proporcji wynikającej

z grubości nawierzchni EPDM oraz poz. 249 kosztorysu branży budowlanej w zakresie obrzeża betonowego. Dostrzeżenia wymaga przede wszystkim, iż wskazywane przez Przystępującego pozycje nr 236 i 249 nie zawierały pozycji analogicznych do poz. 234 kosztorysu branży budowlanej, a podanej ceny jednostkowej w wysokości 23,72 zł netto dla poz. 234 nie można w żaden sposób wyprowadzić i odtworzyć na podstawie informacji zawartych w kosztorysach uproszczonych zawierających pozycje scalone, bez rozbicia na koszty robocizny, materiałów, sprzętu oraz innych składników cenotwórczych (odpowiednio 224,18 zł netto oraz 135,54 zł netto). W przypadku poz. 233 kosztorysu branży budowlanej Izba wskazuje, iż stanowisko Przystępującego dotyczące wpływu „oporu” na wysokość ceny jednostkowej było niespójne. W toku rozprawy Przystępujący twierdził, iż ww. pozycja jest tożsama z poz. 4 kosztorysu branży drogowej, podczas gdy w piśmie procesowym wskazał, że „konieczność wykonania dodatkowego elementu w postaci oporu nie wpływa więc

w istotny sposób na cenę jednostkową (cena liczona jest za 1 metr sześcienny)”. Skoro zatem sam Wykonawca wskazał, iż opór, o którym mowa w poz. 4 kosztorysu branży drogowej jest dodatkowym elementem wyceny oraz że jego koszt w pewien sposób rzutuje na cenę pozycji kosztorysowej, to na obecnym etapie postępowania, obiektywnie nie jest możliwe odtworzenie rzeczywistej woli Wykonawcy w zakresie wyceny poz. 233 kosztorysu branży budowlanej. Konsekwencją powyższego działania Wykonawcy było zatem niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert uzupełnienie treści oferty Budecon

w zakresie pominiętych pozycji 233 i 234 kosztorysu branży budowlanej, zainicjowane niedopuszczalnym wezwaniem Zamawiającego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nieprawidłowe było poprawianie oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w zakresie dotyczącym pozycji 233 i 234 kosztorysu branży budowlanej. Podkreślić należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że poprawianie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może 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.

W ocenie Izby poprawa oferty Przystępującego w ww. trybie oznaczała niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert uzupełnienie oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie elementów przedmiotowo istotnych niemierzające się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei w przypadku pozycji 235 kosztorysu branży budowlanej Izba uznała za dopuszczalne poprawianie oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że ww. pozycja jest tożsama z pozycją 247 ww. kosztorysu, tym samym możliwe było odtworzenie ceny jednostkowej pominiętej pozycji na podstawie treści oferty Wykonawcy.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Budecon podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 5 ust. 2 pkt 2 oraz § 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 t.j.), Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw – wykonawcy Budecon na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: