Sygn. akt: KIO 1535/20

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k., ul. O. Jana Siemieńskiego 18-20, 44-100 Gliwice,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów oraz Miasto Bytom, ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom,

przy udziale:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: NDI Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot oraz NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

2) wykonawcy AGC Bytom Sp. z o.o., ul. Golfowa 3, 41-907 Bytom, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

3) wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31-588 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k. i poprawienie w jego kosztorysie ofertowym, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, omyłki polegającej na nierozdzieleniu pozycji 24, w ten sposób, aby rozdzielić tę pozycję na dwie pozycje dotyczące osobno podkładów drewnianych i betonowych, przyjąć dla każdej z nich taką samą cenę jednostkową wskazaną w pozycji 24, a następnie dodać do ceny oferty wartość nowowyodrębnionej pozycji 24', tj. kwotę 4268 zł.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów oraz Miasto Bytom, ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k., ul. O. Jana Siemieńskiego 18-20, 44-100 Gliwice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów oraz Miasto Bytom, ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom, na rzecz odwołującego Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k., ul. O. Jana Siemieńskiego 18-20, 44-100 Gliwice, kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1535/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Tramwaje Śląskie S.A., ul. Inwalidzka 5, 41-506 Chorzów oraz Miasto Bytom, ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa infrastruktury tramwajowej wzdłuż ul. Frycza Modrzewskiego w Bytomiu - zadanie 8.4.”, numer referencyjny: UE/JRP/B/174/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2020 r., nr 2020-S 057-134808.

Ofertę w postępowaniu złożył m.in. wykonawca Silesia Invest Sp. z o.o. Sp.k., ul. O. Jana Siemieńskiego 18-20, 44-100 Gliwice (dalej: „odwołujący”). Pismem z dnia 24 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 6 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia występującej w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,

2. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej,

3. ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści oferty,

a w konsekwencji:

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż jej treść odpowiada treści siwz,

5. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny,

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasady proporcjonalności (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp).

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Zamawiający jako załącznik do SIWZ udostępnił przedmiar dla branży drogowo - torowej, w którym wskazał na następującą pozycję dotyczącą robót obejmujących rozbieranie szyn/torów wraz z podkładkami drewnianymi i betonowymi: (...) W piśmie z dnia 22 kwietnia 2020 r. stanowiącym

opublikowane pytanie i odpowiedzi do SIWZ wskazano:
„Pytanie 2

Pozycja nr 24 przedmiaru: „przebudowa infrastruktury tramwajowej” - proszę o określenie jaka długość rozbieranego torowiska znajduje się na podkładach drewnianych, a jaka na podkładach żelbetowych.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że prace należy wycenić zgodnie z zaktualizowanym przedmiarem (załącznik nr 2) - powyższe roboty zostały rozbite na pozycje 24 - rozbiórka torowiska na podkładach drewnianych oraz pozycja 24' - rozbiórka torowiska na podkładach betonowych.”

W związku z tym, Zamawiający udostępnił wykonawcom nowy przedmiar do pracowania kosztorysu ofertowego (...)

Odwołujący dołączył do oferty kosztorys branży drogowo - torowej, w którym omyłkowo łącznie uwzględnił w poz. 24 d.8 kosztorysu roboty obejmujące rozbieranie szyn/torów wraz z podkładkami drewnianymi i betonowymi i nie wyodrębnił w kosztorysie dodatkowej pozycji 24' d. 8 (dotyczącej tylko rozbiórki szyn/torów z podkładami betonowymi) (...)

Zamawiający w dniu 24 czerwca 2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. W informacji o odrzuceniu oferty SILESIA INVEST Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ oraz zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Podstawą podjęcia decyzji przez Zamawiającego była okoliczność, iż „Wykonawca w kosztorysie ofertowym „Branża drogowo - torowa" nie wycenił pozycji nr 24’ d. 8 - „Rozbieranie szyn/torów szer. 1435 mm wraz z podkładami betonowymi z poprzeczkami przy połączeniach spawanych szyn w styku - analogia (km toru pojedynczego) wraz z cięciem palnikiem i odwozem szyn na plac Zamawiającego wraz z rozładowaniem”. Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości jednoznacznego ustalenia ceny jednostkowej, gdyż zakres robót rozbiórkowych opisanych pozycją 24' d.8 nie występuje w żadnej innej części kosztorysu ofertowego. (...)

Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty SILESIA INVEST na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp została dokonana z naruszeniem prawa. Oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, gdyż Zamawiający zobowiązany był do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. (...)

Rozbieżność występująca pomiędzy treścią oferty Odwołującego, a treścią SIWZ polega na niezgodności oferty ze specyfikację istotnych warunków zamówienia, lecz sprowadza się jedynie do nierozbicia jednej pozycji (obejmującej swym zakresem całość) na dwie pozycje. (...)

Poprawienie kosztorysu ofertowego branży drogowo - torowej dołączonego do oferty Odwołującego w pozycji 24 d.8 w sposób uwzględniający modyfikację SIWZ z dnia 22 kwietnia 2020 r. nie prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli SILESIA

INVEST. Omyłka Odwołującego wynika wyłącznie z niepoprawnego uwzględnienia zmienionego w toku postępowania wzoru kosztorysu branży drogowo - torowej. Natomiast treść oświadczenia woli co do zaoferowania przedmiotu zamówienia obejmującego prace zarówno w odniesieniu do robót dotyczących rozbierania szyn/torów wraz z podkładami drewnianymi, jak i betonowymi jest jednoznaczna i wynika wprost z treści złożonej oferty. SILESIA INYEST wyraźnie zadeklarowała wykonanie obydwu ww. zakresów prac omyłkowo jednak nie rozdzielając ich na dwie pozycje kosztorysu.

Cena jednostkowa zarówno dla wykonania prac polegających na rozbieraniu szyn/ torów wraz z podkładami drewnianymi, jak i betonowymi jest identyczna i wynosi 53.350 zł. Cena ta została podana w odniesieniu do pozycji 24 d.8. kosztorysu dołączonego do oferty Odwołującego, w której wskazano zarówno prace polegające na rozbieraniu szyn/ torów wraz z podkładami drewnianymi, jak i betonowymi. Tym samym, w ofercie Odwołującego zostało złożone oświadczenie wykonawcy dotyczące ceny jednostkowej wykonania pozycji dotyczącej rozbiórki szyn/ torów wraz z podkładami betonowymi (poz. 24' d.8 zmodyfikowanego kosztorysu).

Również z technologicznego punktu widzenia zastosowanie tej samej ceny jednostkowej nie powinno budzić wątpliwości. Czynności niezbędne do wykonania demontażu i odwozu torowiska na podkładach drewnianych, jak i betonowych są dokładnie takie same i przedstawiają się następująco:

- Odkręcenie wkrętów i śrub stopowych,

- Rozmontowanie poprzeczek,

- Przecięcie szyn palnikiem acetylenowym na odcinki długości zdatne do transportu,

- Usunięcie z torowiska szyn, akcesoriów,

- Usunięcie z torowiska podkładów drewnianych/betonowych koparką (nakład pracy koparki identyczny zarówno dla podkładów drewnianych jak i betonowych (ich różnica wagi nie ma znaczenia dla pracy koparki i operatora),

- Załadunek i odwóz w miejsce wskazane przez Zamawiającego (ten sam typ szyny i te same ilości kilometrów transportu zarówno w poz. 24 i 24').

(...) Argumentację Odwołującego potwierdza także okoliczność, że również pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu - ZUE S.A. czy Konsorcjum: LIDER - NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością PARTNER - NDI SOPOT Spółka Akcyjna złożyli kosztorysy ofertowe, z których wynika, iż cena jednostkowa rozbiórki torów na podkładach drewnianych i betonowych jest taka sama.

Biorąc pod uwagę treść informacji zawartych w ofercie SILESIA INVEST dopuszczalne i konieczne jest poprawienie omyłki w ofercie SILESIA INVEST poprzez poprawienie obecnie wpisanej w kosztorysie pozycji 24 d.8 obejmującej dwa zakresy robót rozbiórkowych na:

- 24 d.8 - rozbieranie szyn/ torów wraz z podkładami drewnianymi (...)

- ilość 1,100 km, cena jednostkowa 53.350,00, wartość 58.685,00 zł,

- 24' d.8 - rozbieranie szyn/ torów wraz z podkładami betonowymi (...)

- ilość 0,08 km (ilość wynikająca z dokonanej w dniu 22 kwietnia 2020 r. modyfikacji), cena jednostkowa 53.350,00, wartość 4268 zł.

Łączna wartość dokonanych zmian w postaci zwiększenia ceny oferty o kwotę 4268 zł nie przekroczy nawet 1 promila ceny oferty. W wyniku poprawienia omyłki nie doszłoby również do zmiany oświadczenia woli wykonawcy, co do zaoferowanego sposobu spełnienia świadczenia. Przedmiot świadczenia, który otrzyma Zamawiający jest wciąż ten sam, zmianie ulegnie, przy zastosowaniu tej samej ceny jednostkowej, nieznacznie cena oferty.

(...) Również konieczna do zastosowania ilość obmiarowa nie powinna budzić wątpliwości, gdyż wynika ona z modyfikacji treści SIWZ z dnia 22 kwietnia 2020 r. i wynosi 0,08 km. Zgodnie natomiast z Rozdziałem XIII ust. 19 lit. b) SIWZ „w przypadku niepełnego opisu pozycji lub jego braku - zamawiający uzna, że opis jest zgodny z przedmiarem robót dołączonym do SIWZ wraz z ewentualnymi modyfikacjami dokonanymi w wyniku zapytań wykonawców". (...)

W konsekwencji, zasadne i koniecznie jest dokonanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Poprawienie omyłki poprzez modyfikację kosztorysu ofertowego branży drogowo - torowej w poz. 24 d.8 i uwzględnienie w nim poz. 24' d.8 spowoduje konieczność poprawienia w ofercie SILESIA INVEST ceny wskazanej dla robót objętych ww. kosztorysem o kwotę 4268 zł netto, tj. prawidłowa wartość robót wskazanych w kosztorysie branży drogowo - torowej powinna wynosić: 7.515.030, 55 zł netto, 1.728.457,03 zł (podatek VAT), 9.243.487, 58 zł brutto. W efekcie, zasadne będzie poprawienie w cenny globalnej oferty na kwotę 13.700.985,48 zł netto, 16.852.212,14 zł brutto."

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

3. ewentualnie - wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści oferty,

4. poprawienia omyłki występującej w ofercie odwołującego w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

W dniach 8 i 9 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły przystąpienia:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: NDI Sp. z o.o., ul. Powstańców

Warszawy 19, 81-718 Sopot oraz NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

2) wykonawcy AGC Bytom Sp. z o.o., ul. Golfowa 3, 41-907 Bytom, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

3) wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o., ul. Isep 2e, 31-588 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że wszystkie przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 28.08.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismami z dnia 26 i 28.08.2020 r. odwołujący oraz przystępujący Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o. złożyli pisma procesowe.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa infrastruktury tramwajowej wzdłuż ul. Frycza Modrzewskiego w Bytomiu - zadanie 8.4. w ramach projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap II" współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko w perspektywie UE 2014-2020.

W rozdziale XIII pn. Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający wskazał m.in.:

1. Formą wynagrodzenia za roboty stanowiące przedmiot zamówienia finansowany przez spółkę Tramwaje Śląskie S.A. jest wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z projektem umowy, natomiast w zakresie drogowym finansowanym przez Gminę Bytom jest wynagrodzenie ryczałtowe.

17. Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprawi w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ,

niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

18. W przypadku omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegających na niezgodności kosztorysów ofertowych ze specyfikacją, zamawiający będzie stosował niżej wymienione zasady:

a) w przypadku braku ceny jednostkowej - zamawiający przyjmie cenę jednostkową wynikającą z wyliczenia matematycznego na podstawie pozycji kosztorysu ofertowego,

b) w przypadku niepełnego opisu pozycji lub jego braku - zamawiający uzna, że opis jest zgodny z przedmiarem robót dołączonym do SIWZ wraz z ewentualnymi modyfikacjami dokonanymi w wyniku zapytań wykonawców,

c) w przypadku błędnie podanej jednostki obmiarowej lub jej braku przy równoczesnym zachowaniu ilości zgodnych z przedmiarem - zamawiający uzna, że jednostka jest zgodna z przedmiarem robót dołączonym do SIWZ,

d) w przypadku zastosowania kalkulacji indywidualnej zamiast podanej w przedmiarze robót wyceny - zamawiający uzna, że wykonawca w pozycji wycenił wszystkie niezbędne prace, które należy wykonać zgodnie z pozycją przedmiaru robót,

e) w przypadku:

- innego opisu pozycji niż w przedmiarze i/lub
- zastosowania innych ilości obmiarowych niż w przedmiarze robót i/lub
- wprowadzenia pozycji dodatkowych z zastrzeżeniem pkt. 11, zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu jeśli zmiany będą nieistotne.

f) w przypadku braku pozycji kosztorysu zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeśli zmiany będą nieistotne, a zamawiający na podstawie kosztorysu ofertowego danego wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej.

W przedmiarze dla branży drogowo-torowej znajdowała się m.in. następująca pozycja:

24 d.8	D.01.02.04.	Rozbieranie szyn/torów szer. 1435 mm wraz z podkładami drewnianymi i betonowymi z poprzeczkami przy połączeniach spawanych szyn w styku - analogia (km toru pojedynczego) wraz z cięciem palnikiem i odwozem szyn na plac Zamawiającego wraz z rozładowaniem. Poz. 83-0,219	km	1,18	
				RAZEM	1,18

W piśmie z dnia 22.04.2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym m.in.:

Pytanie 2

Pozycja nr 24 przedmiaru: „przebudowa infrastruktury tramwajowej”- proszę o określenie jaka długość rozbieranego torowiska znajduje się na podkładach drewnianych, a jaka na podkładach żelbetowych.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że prace należy wycenić zgodnie z zaktualizowanym przedmiarem (załącznik nr 2) - powyższe roboty zostały rozbite na pozycje 24 - rozbiórka torowiska na podkładach drewnianych oraz pozycja 24' - rozbiórka torowiska na podkładach betonowych.

Zgodnie z ww. załącznikiem nr 2 do odpowiedzi, pozycja 24 została rozbita na dwie pozycje:

24 d.8	D.01.02.04.	Rozbieranie szyn/torów szer. 1435 mm wraz z podkładami drewnianymi z poprzeczkami przy połączeniach spawanych szyn w styku - analogia (km toru pojedynczego) wraz z cięciem palnikiem i odwozem szyn na plac Zamawiającego wraz z rozładowaniem. 1,1	km	1,10	
				RAZEM	1,10
24' d.8	D.01.02.04.	Rozbieranie szyn/torów szer. 1435 mm wraz z podkładami betonowymi z poprzeczkami przy połączeniach spawanych szyn w styku - analogia (km toru pojedynczego) wraz z cięciem palnikiem i odwozem szyn na plac Zamawiającego wraz z rozładowaniem. 0,08	km	0,08	
				RAZEM	0,08

Odwołujący złożył ofertę wraz z kosztorysem ofertowym, w którym zamieścił pozycję 24 o treści pierwotnie wskazanej w przedmiarze robót, tj. bez jej podzielenia na dwie odrębne pozycje:

24 d.8	D.01.02.04	Rozbieranie szyn/torów szer. 1435 mm wraz z podkładami drewnianymi i betonowymi z poprzeczkami przy połączeniach spawanych szyn w styku - analogia (km toru pojedynczego) wraz z cięciem palnikiem i odwozem szyn na plac Zamawiającego wraz z rozładowaniem.	km	1,100	53 350,00	58 685,00

Pismem z dnia 24.06.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Wykonawca w kosztorysie ofertowym „Branża drogowo - torowa" nie wycenił pozycji nr 24' d.8 - „Rozbieranie szyn/torów szer. 1435 mm wraz z podkładami betonowymi z poprzeczkami przy połączeniach spawanych szyn w styku - analogia (km toru pojedynczego) wraz z cięciem palnikiem i odwozem szyn na plac Zamawiającego wraz

z rozładowaniem". Zgodnie z zapisami SIWZ Rozdział XIII - Opis sposobu obliczenia ceny pkt 18 lit. f) Zamawiający nie ma możliwości jednoznacznego ustalenia ceny jednostkowej gdyż zakres robót rozbiórkowych opisanych pozycją 24' d.8 nie występuje w żadnej innej części kosztorysu ofertowego. W związku z czym oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz jej treść nie odpowiada treści SIWZ Rozdział XIII pkt 9-12, gdzie Zamawiający wymagał wyceny wszystkich pozycji przedmiarowych".

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 lub jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

- oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz"), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Omyłki rachunkowe to omyłki, które polegają na błędnym wykonaniu działań matematycznych. Natomiast „inne" omyłki, to omyłki, których nie można zakwalifikować jako oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych, które polegają na niezgodności oferty z siwz i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Ocena, co jest „inną" omyłką, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wymaga każdorazowo analizy konkretnego stanu faktycznego.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że ziściły się wszystkie przesłanki zawarte w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Doszło bowiem do niezgodności oferty odwołującego z siwz polegającej na nierozdzieleniu przez niego pozycji 24 na dwie odrębne pozycje dotyczące rozbiórki szyn/torów z podkładami drewnianymi oraz rozbiórki szyn/torów

z podkładami betonowymi. Poprawienie zaś ww. omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W szczególności poprawienie tej omyłki nie spowoduje zmian w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż w nierozdzielonej pozycji 24 odwołujący ujął zarówno prace na podkładach drewnianych, jak i na podkładach betonowych. Tym samym

nie można uznać, że odwołujący w ogóle nie uwzględnił prac z podkładami betonowymi, gdyż uwzględnił je, ale - niezgodnie z siwz - w tej samej pozycji, co prace z podkładami drewnianymi. W efekcie, rozdzielenie pozycji 24 na dwie odrębne nie spowoduje w tym zakresie żadnej zmiany przedmiotowej, gdyż prace z dwoma rodzajami podkładów od początku były przez odwołującego oferowane. Ponadto poprawienie omyłki poprzez rozdzielenie pozycji 24 skutkować będzie wydzieleniem prac na podkładach betonowych do odrębnej pozycji 24', co doprowadzi do konieczności przemnożenia ceny jednostkowej 53.350,00 zł przez 0,08 km (kilometraż wymagany dla podkładów betonowych). Powyższe działanie spowoduje, że wartość wydzielonej 24' pozycji wyniesie 4.268,00 zł. Jest to kwota, o którą wzrośnie cena oferty odwołującego. Biorąc pod uwagę, że cena oferty wynosi 13.696.717,48 zł netto, wzrost o 4.268,00 zł z pewnością nie może być uznany za istotny. Zatem ani pod względem przedmiotowym, ani cenowym, poprawienie omyłki poprzez rozdzielenie pozycji 24 na dwie odrębne, nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty.

Izba nie podzieliła jednocześnie argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą nie mógł on samodzielnie ustalić ceny jednostkowej prac z podkładami betonowymi, które miałyby się znaleźć w nowowyodrębnionej pozycji 24', gdyż prace te nie występują w żadnej innej części kosztorysu ofertowego odwołującego. Należy zauważyć, że w nierozdzielonej pozycji 24 odwołujący wskazał jednocześnie prace rozbiórkowe z podkładami drewnianymi i podkładami betonowymi. Oznacza to, że wskazana cena jednostkowa, tj. 53.350,00 zł dotyczy prac zarówno z jednymi, jak i z drugimi podkładami. Tym samym zamawiający nie musiał szukać analogicznych prac w innych pozycjach kosztorysowych, gdyż cenę jednostkową za prace z podkładami betonowymi miał podaną przez odwołującego w pozycji 24 i tę cenę należy uwzględnić w wydzielonej pozycji 24' po poprawieniu ww. omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Argument o braku możliwości ustalenia wyceny prac z podkładami betonowymi został więc uznany za niezasadny.

Izba nie zgodziła się także z argumentacją, w myśl której niedopuszczalne jest uwzględnienie w nowowyodrębnionej pozycji 24' ceny wskazanej przez odwołującego w nierozdzielonej pozycji 24, gdyż ceny prac z podkładami drewnianymi i betonowymi różnią się z powodu droższej utylizacji podkładów drewnianych. Pomijając fakt, że argument ten nie został zawarty w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, przede wszystkim należy zauważyć, że nie znajduje on potwierdzenia w treści złożonych w tym postępowaniu

ofert. Analiza tych ofert wskazuje, że:

- wykonawca ZUE S.A. oraz konsorcjum NDI Sp. z o.o. i NDI SOPOT S.A. (przystępujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym) wskazali za prace z podkładami drewnianymi i betonowymi takie same ceny,

- wykonawca KZN Rail Sp. z o.o. oraz wykonawca AGC Bytom Sp. z o.o. (przystępujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym) wskazali wyższe ceny za prace z podkładami drewnianymi,

- wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o. (przystępujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym) wskazał wyższą cenę za prace z podkładami betonowymi (przy czym w obu pozycjach wskazał oba rodzaje podkładów i jedynie kilometraż pozwala na ich rozróżnienie).

Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawcy różnie wyceniali obie pozycje 24 i 24', w tym także każdy z przystępujących po stronie zamawiającego wycenił je w odmienny sposób. W szczególności możliwa była wycena z takimi samymi cenami, jak i wycena, w której to podkłady betonowe są droższe. Oznacza to, że nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy argument, jakoby kwestia utylizacji podkładów wymuszała konieczność zróżnicowania ceny za prace z oboma rodzajami podkładów lub też wymuszała wyższą cenę za prace z podkładami drewnianymi. Argument został więc uznany za niezasadny.

Ponadto Izba nie zgodziła się z argumentem, w myśl którego na przeszkodzie poprawieniu omyłki poprzez rozdzielenie pozycji 24 stoi to, że dla prac z różnymi podkładami zamawiający wskazał inną ilość kilometrów, tj. 1,10 dla podkładów drewnianych i 0,08 dla podkładów betonowych. Ponownie pomijając fakt, że argument ten nie został zawarty w piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, przede wszystkim należy zauważyć, że poprawienie niewłaściwej ilości kilometrów poprzez wpisanie właściwej jest również możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie wpływa ani na zakres przedmiotowy ani na cenę oferty.

Podsumowując, zamawiający był zobowiązany, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawić omyłkę polegającą na nierozdzieleniu przez odwołującego pozycji 24 na dwie odrębne pozycje. Poprawienie powinno nastąpić poprzez rozdzielenie tej pozycji na pozycję 24 dotyczącą rozbiórki szyn/torów z podkładami drewnianymi oraz na pozycję 24' dotyczącą rozbiórki szyn/torów z podkładami betonowymi. W wydzielonej pozycji 24' należy uwzględnić narzuconą przez zamawiającego ilość kilometrów 0,08 oraz cenę jednostkową z pozycji 24, tj. 53.350,00 zł.

Wobec powyższego, nie zachodzi potrzeba wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jak wskazano już wyżej, zakres przedmiotowy i cena jednostkowa obejmujące oba rodzaje prac, w tym także prac z podkładami betonowymi, zostały wprost wskazane przez odwołującego w pozycji 24 kosztorysu, zatem zamawiający jest w stanie samodzielnie poprawić ww. omyłkę.

Jednocześnie podkreślić należy, że wynikiem poprawienia ww. omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak wskazano już wyżej, będzie wydzielenie nowej pozycji 24' o wartości 4.268,00 zł. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ww. kwotę należy zatem dodać do ceny oferty odwołującego, w celu uwzględnienia w niej sumy wszystkich pozycji kosztorysowych.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący .....