

WYROK

z dnia 29 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Infrac Sp. z o.o. z siedzibą w Bojszowy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Goczałkowice-Zdrój

przy udziale wykonawcy Drogród S. T. z siedzibą w Ćwiklicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 885/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Infrac Sp. z o.o. z siedzibą w

Bojszowy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Infrac Sp. z o.o.

z siedzibą w Bojszowy tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy Infrac Sp. z o.o. z siedzibą w Bojszowy na rzecz Gminy

Goczałkowice-Zdrój kwotę 5 080 zł 38 gr (słownie: pięć tysięcy osiemdziesiąt złotych trzydzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dwukrotnego dojazdu na rozprawę i 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) 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:.....

Zamawiający: Gmina Goczałkowice-Zdrój wszczął postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa drogi łączącej ulicę Borowinową z ulicą Zieloną w Goczałkowicach-Zdroju” (numer referencyjny: PR.ZP 271.002.2020).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2020 roku pod numerem: 519504-N-2020.

Odwołujący: Infrac Sp. z o.o. z siedzibą w Bojszowy powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 20 kwietnia 2020 roku, poprzez zapoznanie się z treścią informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Drogród S. T. z siedzibą w Ćwiklicach i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 27 kwietnia 2020r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności:

- a) odrzucenia oferty Odwołującego, oraz
- b) wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Drogród S. T. z siedzibą w Ćwiklicach,

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp lub p.z.p., w tym:

- a) art. 7 ust. 1 p.z.p. przez jego niezastosowanie i brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. przez jego błędną wykładnię i bezpodstawne uznanie, że treść oferty sporządzonej przez Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) i obliguje do jej odrzucenia,
- c) art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. przez jego niezastosowanie i niepoprawienie w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- d) art. 87 ust. 1 zd. 1 p.z.p. przez jego niezastosowanie i brak wyczerpania procedury wyjaśnienia treści oferty,
- e) art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p. przez jego błędną wykładnię i wybór oferty, która nie przedstawiała najkorzystniejszej ceny.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności:
 - wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - odrzucenia jego oferty,
2. powtórzenia czynności:
 - badania jego oferty, z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.,
 - oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto, Odwołujący wnosił o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zgłoszonych w niniejszym odwołaniu na okoliczności niżej wskazane.

2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 10.000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp odrzucił jego ofertę, pomimo że zachodziły przesłanki do poprawienia omyłki w jej treści.

Zwrócił przy tym uwagę, że zgodnie z ww. ustawą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wymaga uprzedniego sprawdzenia, czy nie zachodzą przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., a jeśli zachodzą odrzucenie oferty jest niemożliwe, czego Zamawiający nie uczynił.

Według Odwołującego - zachodzą przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. i możliwe jest poprawienie w ofercie oczywistej omyłki z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych poprawek.

Zauważył, że najwyższą liczbę punktów uzyskał wykonawca: Drogród S. T. z siedzibą w Ćwiklicach, który złożył ofertę z ceną 1.561.908,74 zł brutto (słownie: jeden milion pięćset sześćdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset osiem złotych 74/100 brutto). Z kolei oferta Odwołującego gdyby została prawidłowo zbadana i oceniona opiewałaby na kwotę 1.555.040,04 zł brutto (słownie: jeden milion pięćset pięćdziesiąt pięć tysięcy czterdzieści złotych 04/100 brutto), a zatem oferta Odwołującego zawierała niższą cenę i to o ponad 5.000,00 zł brutto.

Wnosił o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1) informacji z otwarcia ofert z dnia 1 kwietnia 2020 roku - w aktach postępowania przetargowego,

2) oferty Odwołującego wraz z załącznikami - w aktach postępowania przetargowego,

3) oferty wykonawcy: Drogród S. T. z siedzibą w Ćwiklicach - w aktach postępowania przetargowego.

- na okoliczność treści ofert Odwołującego oraz wykonawcy: „Drogród” S. T. i na okoliczność wystąpienia podstaw do sprostowania przez Zamawiającego oferty Odwołującego i jej oceny jako najkorzystniejszej.

Wyjaśnił, że zgodnie z SIWZ każda oferta powinna być zgodna z przedmiarem, który w poszczególnych pozycjach określał czynności podlegające wykonaniu w ramach zamówienia oraz jednostki miary przyjęte dla określenia ceny za ich realizację.

Zaznaczył, że pozycja 162 przedmiaru obejmująca czynności pn.: „Obsługa geodezyjna budowy wraz ze sporządzeniem operatu powykonawczego, stabilizacją 39 szt nowych znaków granicznych i naniesieniem do zasobów geodezyjnych” przyjmowała jako jednostkę miary ryczałt o wartości „1,00”.

Oświadczył, że na skutek oczywistej omyłki w formularzu ofertowym w tej pozycji wskazał wartość „5,390”, podczas gdy jego wolą było podanie wartości „1,00” i cena za tę pozycję 1.500 zł netto. Tymczasem został przyjęty iloczyn wartości „5,390” oraz stawki „1.500 zł netto”, co daje 8.085 zł netto dla tej pozycji.

W tej materii wnioskował o przeprowadzenie dowodów z:

1) SIWZ wraz z przedmiarem i pozostałymi załącznikami - w aktach postępowania przetargowego,

2) oferty Odwołującego wraz z załącznikami - w aktach postępowania przetargowego,

- na okoliczność treści oferty Odwołującego oraz wystąpienia podstaw do sprostowania przez Zamawiającego jego oferty i jej oceny jako najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy, w opinii Odwołującego - Zamawiający zaniechał sprostowania oferty Odwołującego, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. oraz ocenił ją jako opiewającą na kwotę 1.563.139,59 zł brutto (słownie: jeden milion pięćset sześćdziesiąt trzy tysiące sto trzydzieści dziewięć złotych 59/100 brutto), podczas gdyby Zamawiający w ramach

5

obowiązku badania treści ofert i poszczególnych pozycji formularza ofertowego poprawił (w opisanym wyżej trybie) tę oczywistą omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, to ustaliby prawidłową cenę ofertową w kwocie 1.555.040,04 zł brutto (słownie: jeden milion pięćset pięćdziesiąt pięć tysięcy czterdzieści złotych 04/100 brutto). W tym stanie rzeczy oferta Odwołującego musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą, a tym bardziej brak byłoby podstaw do jej odrzucenia z uwagi na rzekomą niezgodność z SIWZ.

Dalej, Odwołujący przywołał postanowienia rozdziału XIV pkt 1 SIWZ stanowiącego, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich wagami:

1) cena (Kg): 60%

2) okres rękojmi i gwarancji jakości (Kp): 20 %

3) wysokość kary umownej za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy (Kkr):

20 %.

Stwierdził przy tym, że co do pkt 2) i 3) oferty Odwołującego i wykonawcy: Drogród S. T. z siedzibą w Ćwiklicach są tożsame, ponieważ obaj oferują okres rękojmi i gwarancji jakości wynoszący 60 miesięcy oraz wysokość kary umownej za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wartości przedmiotu umowy za każdy dzień opóźnienia.

Wskazał, że jedyna różnica sprowadza się do ceny, a ta w przypadku Odwołującego (przy prawidłowym zbadaniu oferty przez Zamawiającego oraz poprawie oczywistej omyłki) byłaby korzystniejsza niż cena ofertowa wykonawcy konkurencyjnego.

W powyższym zakresie powołał się dowody w postaci SIWZ wraz z przedmiarem i pozostałymi załącznikami - w aktach postępowania przetargowego.

- na okoliczność kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający powinien zastosować art. 87 ust. 2 pkt 2 lub pkt 3 p.z.p.

Jako istotne podniósł, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zobowiązuje Zamawiającego do dokonania analizy i oceny możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., przed zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Powołany przepis

wskazuje, że jeżeli istnieje taka możliwość, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki

6

polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i nie odrzuca oferty.

Zdaniem Odwołującego - czynność taka również nie wymaga negocjacji z wykonawcą który z mocy prawa dysponuje jednak trzydniowym terminem na zaakceptowanie dokonanych poprawek.

Odwołujący wskazał, że dokonywanie poprawek jest samodzielną czynnością Zamawiającego (bez udziału wykonawcy), poprawienie omyłek może być poprzedzone procedurą wyjaśniającą. Dokonanie poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. może być zatem poprzedzone wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z powszechnie wyrażanymi opiniami, omyłka wykonawcy przy dokonywaniu obliczeń, polegająca na przyjęciu nieprawidłowej ilości, w braku możliwości zaliczenia jej do omyłek rachunkowych, powinna skutkować uznaniem za

inna omyłkę przewidziana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, przekonywał, że do kategorii „innych omyłek” polegających na niezgodności oferty z SIWZ zaliczyć można w szczególności wskazanie innej niż wymagana przez Zamawiającego w SIWZ ilości materiałów, wskazanie w ofercie przez wykonawcę innej jednostki miary niż wynikało to z opisów w SIWZ (np. m zamiast m²) lub podanie nieprawidłowej krotności.

Z powyższego wynika dla Odwołującego, że omyłkę popełnioną przez Odwołującego należy zaliczyć do nieznacznych uchybień, które nie mają wpływu na treść złożonej oferty i podlegają obowiązkowemu poprawieniu przez Zamawiającego.

W opinii Odwołującego - pojawienie się w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. implikuje po stronie Zamawiającego obowiązek (a nie możliwość) jej poprawienia i brak wykonania tego obowiązku powoduje w tym stanie faktycznym naruszenie zarówno tego przepisu, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający powinien był poprawić omyłkową kalkulację Odwołującego, choćby ten nie wnosił o podjęcie działania w tym zakresie. Ponadto, zanim Zamawiający dokona czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. obowiązany jest wyczerpać procedurę, o której mowa w art. 87 p.z.p.

Odwołujący podkreślił, że poprawienie omyłki w żadnym przypadku nie

7

spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty, bowiem akceptując warunki SIWZ, Odwołujący zobowiązał się do realizacji robót budowlanych zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a omyłka ta polegała jedynie na niewłaściwym wykonaniu działania matematycznego, które spowodowało wyeliminowanie oferty.

Dlatego należy uznać czynność odrzucenia oferty za nieracjonalną i sprzeczną z obowiązującym porządkiem prawnym. Reasumując, omyłka Odwołującego była efektem nieświadomego działania, polegającego na pomnożeniu ceny jednostkowej przez błędnie wpisaną wartość w rubryce „ilość”, która to jest elementem przedmiaru narzuconego przez Zamawiającego i wartością stałą (ryczałt). Zamawiający winien był poprawić omyłkę samodzielnie (lub po wyjaśnieniach na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p.) i uznać jego ofertę za najkorzystniejszą.

Według Odwołującego - Zamawiający miał możliwość poprawienia omyłki również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., bowiem zgodnie z powołanym przepisem, Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Za oczywistą omyłką rachunkową należy uznać błąd popełniony przez wykonawcę polegający na przyjęciu do obliczeń niewłaściwej wartości (liczby) w pozycji „ilość” i pomnożenie jej przez cenę jednostkową, co skutkowało błędnym wynikiem w rubryce „wartość”.

Potwierdził również pogląd doktryny, że poprawa omyłek w obliczaniu ceny powinna uwzględniać określony zgodnie z SIWZ opis sposobu obliczenia ceny. Przeprowadzenie obliczeń z wykorzystaniem podanych w ofercie danych wyjściowych oraz zastosowaniem wskazanej w SIWZ i przedmiarze metodologii i uzyskanie prawidłowego wyniku, zawsze będzie działaniem w ramach poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych.

Nie bez znaczenia dla Odwołującego pozostaje fakt, że SIWZ i przedmiar przewidywały wynagrodzenie kosztorysowe, a nie ryczałtowe. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego kluczowe znaczenie mają wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych, a nie wyłącznie podana kwota tytułem ceny oferty.

Zdaniem Odwołującego - konwalidacja wadliwie przeprowadzanego postępowania powinna nastąpić przez unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i uwzględnienie jego oferty po poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 p.z.p.

Wskazane zaniechania doprowadziły - w ocenie Odwołującego - do naruszenia podstawowych reguł ustawy statuujących zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców.

Nadto, stwierdził, że udzielono zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy p.z.p. i nie przedstawił najkorzystniejszej oferty.

W przekonaniu Odwołującego - zastosowano wobec niego rygorystyczne środki, zupełnie nieadekwatne do popełnionej omyłki. Ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jeśli niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Odrzucenie oferty było sprzeczne z powszechnie przyjętymi regułami postępowania, szczególnie w świetle warunków zamówienia przewidzianych w SIWZ.

W takim stanie rzeczy zachodzą - według zapatrywania Odwołującego - przesłanki do powtórzenia czynności badania ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, po dokonaniu niezbędnych poprawek w jej treści w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 p.z.p. lub w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. z ewentualnym wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Zadeklarował, że pozycja 162 jego formularza ofertowego powinna opiewać na ryczałt i wartość „1,00”, a nie oczywiście omylną i niezgodną z przedmiarem wartość „5,390”.

Reasumując, stwierdził, że w sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy i podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, a z przytoczonych okoliczności bez wątplenia wynika, że wobec Odwołującego nie powinna być zastosowana sankcja przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Zamawiający zastosował ten rygorystyczny przepis, zamiast dokonać poprawienia oferty i w pełni wykonać dyspozycję przepisu, na podstawie którego dokonał odrzucenia oferty.

Dalej, ostatecznie wywodził, że na podstawie artykułu 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z

art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. odrzuceniu nie podlegają oferty zawierające omyłki polegające na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - omyłka jaka miałaby zostać poprawiona w treści oferty wynikała właśnie z niezgodności z treścią

SIWZ.

Powołał się na również na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 p.z.p. stosownie do którego Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe

9

traktowanie wykonawców.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r. wykonawca Drogród S. T. z siedzibą w Ćwiklicach zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 kwietnia 2020r., informacji Odwołującego o czynności niezgodnej z ustawą, pisma Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2020 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art. 87 ust.1 zd.1 oraz art.87 ust.2 pkt 2 i 3, art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, zamiast dokonać jej poprawienia w zakresie jednej pozycji kosztorysowej, a w konsekwencji poprawienia ceny ostatecznej.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia zamieścił pogrubionym drukiem uwagę, że do oferty należy dołączyć wypełniony kosztorys ofertowy sporządzony na postawie przedmiarów robót/kosztorysów ślepych.

Jednocześnie w wykazie załączników do SIWZ Zamawiający przewidział załącznik nr 8 - Kosztorys ślepy / przedmiar robót, przy czym zastrzegł, że wskazane w tabeli powyżej załączniki wykonawca wypełnia stosownie do treści niniejszej SIWZ.

Dalej, Izba stwierdziła, że do SIWZ Zamawiający załączył przedmiar budowy drogi, gdzie w pozycji 162 wskazał jako podstawę kalkulację indywidualną z opisem robót jako: Obsługa geodezyjna budowy wraz ze sporządzeniem operatu powykonawczego, stabilizacją

10

39 szt nowych znaków granicznych i naniesieniem do zasobów geodezyjnych z jednostką

miary ryczałt oraz ilością 1.

W wykonaniu powyższych postanowień SIWZ Odwołujący do oferty załączył w spornym zakresie kosztorys ofertowy, gdzie w pozycji odpowiadającej powyższej pozycji 162 jako ilość wpisał 5, 390.

Przechodząc do oceny przedmiotowej sprawy, za bezsporną należało uznać okoliczność, że Odwołujący w swojej ofercie złożył oświadczenie o wycenie ilości robót polegających na obsłudze geodezyjnej budowy wraz ze sporządzeniem operatu powykonawczego, stabilizacją 39 szt nowych znaków granicznych i naniesieniem do zasobów geodezyjnych w sposób kolidujący z oczekiwaniem Zamawiającego wynikającym z powyższych postanowień SIWZ.

Wymaga wskazania, że Zamawiający oczekiwał ilości opisanej jako 1 tych robót, podczas gdy Odwołujący zaoferował ilości w wymiarze 5, 390, co miało wpływ na cenę w tej pozycji.

W chwili obecnej, Odwołujący powyższy stan rzeczy tłumaczy jako omyłkowe zadeklarowanie ilości 5, 390, zamiast 1, bowiem jego zamiarem jak twierdzi było wpisanie kwoty 1500 zł netto, a nie jak to uczynił w kosztorysie kwoty 8 085 zł netto wyliczonej jako iloczyn ilości 5, 390 oraz stawki 1500 zł netto.

Przedmiotowa sprawa wymagała zatem analizy przy uwzględnieniu przepisów art.87 ust.1 i art.87 ust.2 ustawy Pzp.

Zgodnie z 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.

Jednocześnie w myśl przepisu art.87 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Według zapatrywania Izby - wpisanie przez Odwołującego w kosztorysie ilości niezgodnej z SIWZ samo w sobie mieści się w dyspozycji powołanego wyżej przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i można tę sytuację uznać za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Jednak, w przekonaniu Izby - poprawienie tej omyłki w sposób wskazany przez Odwołującego, a w konsekwencji zmiana i obniżenie wartości kwoty 1 563 139, 59 zł brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia do kwoty 1 555 040, 04 zł brutto nie może być uznana jako omyłka niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty.

Istota tej zmiany będąca zmianą ceny na kwotę 1 555 040, 04 zł brutto będzie polegała na tym, że oferta Odwołującego w wyniku takiego zabiegu poprawkowego stałaby

się ofertą najkorzystniejszą w stosunku do już wybranej oferty Przystępującego, który zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 1 561 908, 74 zł brutto.

W swoim odwołaniu Odwołujący również stwierdził, że Zamawiający miał możliwość poprawienia tej omyłki jako oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek na zasadzie art.87 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Problem polega jednak na tym, że trudno jest racjonalnie wyjaśnić - w ocenie Izby - z jakiego powodu Odwołujący wpisał ilości 5, 390, zamiast 1.

Z tego względu, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że omyłka przez niego popełniona była oczywista.

Ostatecznie - zdaniem Izby - brak wyjaśnienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, w świetle powyższego stanu faktycznego nie miał większego znaczenia dla oceny prawnej czynności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego stosownie do przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....