

Sygn. akt: KIO 2849/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 r. przez wykonawców: Procad B., S. Sp.j., Koluszki (KRS 0000466662), PGI sp. z o.o. Koluszki (KRS 0000548357)

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Rejonowy Zarząd Infrastruktury Bydgoszcz, z udziałem uczestnika – wykonawcy, ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego:

Electricon Sp. z o.o. Kraków (KRS 0000457194)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

a) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty

odwołującego,

b) dokonać korekty innych omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, w zakwestionowanych odwołaniem pozycjach Formularza ofertowego:

Branża budowlana: Poprzez uzupełnienie kosztorysu ofertowego odwołującego o brakującą pozycję w stosunku do przedmiaru zamawiającego (wskazana w decyzji o odrzuceniu oferty: 667 d.35.1.) poprzez wpisanie brakującej pozycji z ceną odpowiadającą cenie z analogicznej pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego

Roboty Teletechniczne: Poprzez uzupełnienie kosztorysu ofertowego odwołującego o brakujące pozycje w stosunku do przedmiaru zamawiającego (wskazane w decyzji o

odrzuceniu oferty: 1. 4. , 4.16.7 , 4.50.1, 4.60.8, 4.67.8) poprzez wpisanie brakujących pozycji z cenami odpowiadającymi cenie z analogicznej pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego a także poprzez uzupełnienie kosztorysu odwołującego w pozycji dotyczących montażu zasilacza (np. dotychczasowa pozycja 4.67.10) o brakujące wskazanie KNR AL.-01. 0105-02

i uwzględnić konsekwencje tej zmiany dla obliczenia ceny;

c) dokonać ponownej oceny i badania ofert;

2. Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy (85 - 915 Bydgoszcz ul. Podchorążych 33) (dalej: Zamawiający) prowadzi

na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „PZP”) postępowanie o udzielenie zamówienia na modernizację systemu włamania i napadu w budynkach magazynowych terenu technicznego składu w m. Regny z 11769, WIB/PO/2/R/2/OiB (dalej: Postępowanie). Warunki, wymagania i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 9 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców Procad B., S. sp.j. Koluszki (ul. Maczka 11, 95 - 040 Koluszki, KRS 0000466662) oraz PGI sp. z o.o. Koluszki (ul. Maczka 11, 95 - 040 Koluszki, KRS 0000548357) (dalej: Odwołujący) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W związku z przekazaniem wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania dniu 12 sierpnia 2023 r. przez Zamawiającego kopii odwołania i wezwania do przystąpienia w dniu 13 sierpnia 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - Electricron Sp. z o.o. Kraków (ul. Na Załączu 3, 31-587 Kraków, KRS 0000457194) (dalej: Przystępujący). W związku ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie i wypełnieniem warunków określonych w art. 525 Ustawy Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z Ustawą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przystępującego oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z warunkami SWZ. Jako podstawę faktyczną wniesienia odwołania wskazano pismo Zamawiającego stanowiące zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie poprawienia w trybie art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp, oczywistych omyłek

w treści oferty Odwołującego przez:

- a. wpisanie w miejsce oferowanej przez Odwołującego ceny netto (bez VAT) 28

420 720,94 słownie dwadzieścia osiem milionów czterysta dwadzieścia tysięcy siedemset dwadzieścia złotych 94/100 i ceny brutto (z VAT 23%) 34 957 486,76 słownie trzydzieści cztery miliony dziewięćset pięćdziesiąt siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt sześć złotych 76/100 cen

- netto (bez VAT) 28 434 354, 71 słownie dwadzieścia osiem milionów czterysta

trzydzieści cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt cztery zł. i 71/100

- brutto (z VAT 23%) 34 974 256, 29 słownie trzydzieści cztery miliony

dziewięćset siedemdziesiąt cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt sześć złotych i 29/100.

- b. wpisanie w miejsce oferowanych przez Odwołującego w Załączniku 1A

„Formularz cenowy” w pozycjach

Branża budowlana

- 667 d 35.1. w miejsce wpisanych kwot 89 003, 37 zł. netto, 109 474, 15 zł.

brutto kwot 89 134, 61 netto, 109 635, 57 zł. brutto;

- RAZEM Roboty budowlane w miejsce wpisanych kwot: 11 379 561, 67 zł.

netto, 13 996 860, 85 zł. brutto kwot 11 379 692, 91 netto, 13 997 022, 28 zł. brutto

Roboty Teletechniczne

- 1.4 w miejsce wpisanych kwot: 9 903 767, 60 zł. netto, 12 181 634, 15 zł.

brutto kwot 9 909 666, 08 netto, 12 188 889, 28 zł. brutto;

- 4.16.7 w miejsce wpisanych kwot 41 945, 30 zł. netto, 51 592, 72 zł. brutto

kwot 43 661, 92 netto, 53 704, 16 zł. brutto;

- 4.50.1 w miejsce wpisanych kwot: 41 779, 48 zł. netto, 51 388, 76 zł. brutto

kwot 45 339, 76 netto, 55 767, 90 zł. brutto;

- 4.60.8 w miejsce wpisanych kwot: 38 584, 41 zł. netto, 47 458, 82 zł. brutto

kwot 39 334, 19 netto, 48 381, 05 zł. brutto;

- 4.67.8 w miejsce wpisanych kwot: 47 979,31 zł. netto, 59 014,55 zł. brutto

kwot 49 556, 68 netto, 60 954, 72 zł. brutto

- RAZEM Roboty teletechniczne w miejsce wpisanych kwot: 17 041 159, 27 zł.

netto, 20 960 625, 90 zł. brutto kwot 17 054 661, 80 netto, 20 977 234, 01 zł. brutto

- 2. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust.1 pkt 5

Pzp, pomimo że oferta Odwołującego, jest zgodna z warunkami zamówienia, zwłaszcza jeśli została poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp;

- 3. wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym oferty

spółki Electricon sp. z o.o.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert; o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; poprawienie oferty Odwołującego przez:

- a. wpisanie w miejsce oferowanej przez Odwołującego ceny netto (bez VAT) 28

420 720,94 słownie dwadzieścia osiem milionów czterysta dwadzieścia tysięcy siedemset dwadzieścia złotych 94/100 i ceny brutto (z VAT 23%) 34 957 486,76 słownie trzydzieści cztery miliony dziewięćset pięćdziesiąt siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt sześć złotych 76/100 cen

- netto (bez VAT) 28 434 354, 71 słownie dwadzieścia osiem milionów czterysta

trzydzieści cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt cztery zł. i 71/100;

- brutto (z VAT 23%) 34 974 256, 29 słownie trzydzieści cztery miliony

dziewięćset siedemdziesiąt cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt sześć złotych i 30/100.

- b. wpisanie w miejsce oferowanych przez Odwołującego w Załączniku 1A

„Formularz cenowy” w pozycjach

Branża budowlana

- 35.1. w miejsce wpisanych kwot 89 003, 37 zł. netto, 109 474, 15 zł. brutto

kwot 89 134, 61 netto, 109 635, 57 zł. brutto;

- RAZEM Roboty budowlane w miejsce wpisanych kwot: 11 379 561, 67 zł.

netto, 13 996 860, 85 zł. brutto kwot 11 379 692, 91 netto, 13 997 022, 28 zł. brutto

Roboty Teletechniczne

- 1.4 w miejsce wpisanych kwot: 9 903 767, 60 zł. netto, 12 181 634, 15 zł.

brutto kwot 9 909 666, 08 netto, 12 188 889, 28 zł. brutto;

- 4.16.7 w miejsce wpisanych kwot 41 945, 30 zł. netto, 51 592, 72 zł. brutto

kwot 43 661, 92 netto, 53 704, 16 zł. brutto;

- 4.50.1 w miejsce wpisanych kwot: 41 779, 48 zł. netto, 51 388, 76 zł. brutto

kwot 45 339, 76 netto, 55 767, 90 zł. brutto;

- 4.60.8 w miejsce wpisanych kwot: 38 584, 41 zł. netto, 47 458, 82 zł. brutto

kwot 39 334, 19 netto, 48 381, 05 zł. brutto;

- 4.67.8 w miejsce wpisanych kwot: 47 979,31 zł. netto, 59 014,55 zł. brutto

kwot 49 556, 68 netto, 60 954, 72 zł. brutto;

- RAZEM Roboty teletechniczne w miejsce wpisanych kwot: 17 041 159, 27 zł. netto, 20 960 625, 90 zł. brutto kwot 17 054 661, 80 netto, 20 977 234, 01 zł. brutto

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania, SWZ w szczególności przedmiar Zamawiającego oraz ofertę Odwołującego wraz z kosztorysem ofertowym i cenowym oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uwzględniła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentach Postępowania i uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Spór dotyczył oceny niezgodności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego z SWZ

(wobec braku pozycji określonych przedmiarem Zamawiającego oraz w zakresie braku w opisie jednej pozycji kosztorysu ofertowego względem przedmiaru) jako nieuprawnionej zmiany kosztorysu ofertowego względem SWZ (zaoferowania produktu niezgodnego z SWZ i opracowania kosztorysu z naruszeniem określonych SWZ zasad) tj. błędu nieusuwalnego uzasadniającego odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy albo błędu podlegającego poprawieniu jako innej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Ustawy.

Izba ustaliła w oparciu o SWZ i ofertę Odwołującego oraz decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, że:

1. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie analogicznego rodzaju prac wielu podobnych budynkach. Pozycje przedmiarowe dla różnych budynków powtarzają się, mogą mieć różne ilości;
2. Zamawiający wymagał sporządzenia formularza ofertowego i dokonania wyceny w oparciu o przedmiary wszystkich pozycji tam wymienionych w kosztorysie ofertowym, który stanowić będzie załącznik do oferty;
3. Zamawiający w SWZ w Części X wskazał, że nieuwzględnienie w wycenie kosztorysu chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty.
4. Odwołujący w oparciu o przedmiary zamawiającego opracował kosztorys ofertowy oraz formularz cenowy będące załącznikami do oferty; Formularz cenowy Odwołującego przywołuje wszystkie pozycje przedmiaru zamawiającego;
5. Odwołujący w kosztorysie ofertowym i w konsekwencji formularzu cenowym: pomiął wycenę 6 pozycji, które opisane zostały w przedmiarze stanowiącym załącznik SWZ
 - a. W części Branża budowlana:
 - 667 d.35.1,
 - b. W części Branża teletechniczna:
 - 1.4 (ZN-97/TP S.A.-039 0101-03 Wykonanie przepustów długości do 10 m pod drogami i torami prostoliniowo, przeciskiem hydraulicznym, z powrotnym wciąganiem 2 rur HDPE śr. 160 mm – grunt kat. III-IV)
 - 4.16.7 (KNR AL-01 0201-03; Montaż czujki ruchu - mikrofalowa 24 m)
 - 4.50.1 (KNR AL-01 0203-03; Montaż czujki otwarcia - rozwarcia bramowa)
 - 4.60.8 (KNR AL-01 0201-01; Montaż czujki ruchu - pasywna podczerwieni przestrzenna 16x22 m)
 - 4.67.8 (KNR AL-01 0201-01; Montaż czujki ruchu - pasywna podczerwieni kurtynowa szerokokątna kąt detekcji 90 stopni, 25 m)
 - c. W części Branża teletechniczna: pomiął wskazanie jednej z dwóch łączonych pozycji przedmiaru stanowiącego załącznik SWZ „KNR AL. 01 012-01 + KNR AL.-01 0105-02 poprzez przytoczenie tylko jednego z dwóch KNR

wymienionych w przedmiarze (w kosztorysie ofertowym we wszystkich budynkach kosztorysu ofertowego (97 budynków) pomiął pozycje dotyczącą montażu dodatkowej karty funkcyjnej centrali alarmowej - karta przekaźnikowa do 8 wejść/wyjść (KNR AL.-01 0105-02). Zamawiający opisał tę pozycję „KNR AL-01 0112-01 + KNR AL-01 0105-02. Montaż zasilacza Montaż

dodatkowej karty funkcyjnej centrali alarmowej karta przekaźnikowa do 8 wejść/wyjść”; Odwołujący w treści kosztorysu ofertowego przytoczył tylko jeden z dwóch KNR wymienionych w przedmiarze Zamawiającego.

6. Pominięcia dotyczą sześciu spośród czterech tysięcy sześćdziesięciu ośmiu pozycji Kosztorysu ofertowego;
7. Przedmiar Zamawiającego zawiera pozycje takich samych rodzajów prac dla różnych budynków;
8. Kosztorys ofertowy Odwołującego sporządzony w oparciu o przedmiar Zamawiającego zawiera pozycje takich samych rodzajów prac jak brakujące dla innych budynków (faktu tego nie niweczą ewentualne drobne pomyłki o charakterze pisarskich);
9. Wszystkie pozycje kosztorysu Odwołującego odnoszące się do takiego samego rodzaju prac dla różnych budynków wycenione zostały według takich samych cen jednostkowych;
10. Wartość pozycji, w których pominięto wskazanie dwóch KNR nie zmienia się wobec wyceny w tych pozycjach całości robót opisanych przedmiarem

zamawiającego (dla obu KNR) (co Izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom

Odwołującego, dodatkowo w świetle przedłożonego dowodu w postaci oferty podwykonawcy z 9 maja 2024 r obejmującej prace odpowiadające pominiętemu opisowi KNR)

11. Cena ofertowa Odwołującego to 34 957 487 ,76 zł brutto tj 28 420 720, 94 zł netto
12. Łączna wartość prac, których nie zawiera kosztorys ofertowy i cena ofertowa nie przekracza 0,1 procenta ceny ofertowej.
13. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność jej treści z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp) wobec tego, że Odwołujący w swoim kosztorysie pominął 6 pozycji (branża budowlana -667 d.35.1, branża teletechniczna 1.4, 4.16.7, 4.50.1,4.60.8 oraz 4.67.8) a w branży teletechnicznej w pozycji przedmiaru dotyczącej zasilacza (np. 4.67.10) zawarte są dwie pozycje KNR a Odwołujący wycenił tylko jedną, a pozycja KNR AL. 01 0105-02 została pominięta, co sprzeczne jest z brzmieniem Części X SWZ.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wskazanie w SWZ wynagrodzenia kosztorysowego, powoduje, że wykonawca wraz z formularzem oferty składa wyceniony przedmiar robót budowlanych, który stanowi integralną część treści oferty i jego niezgodność z SWZ jest podstawą odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła jednak, co było bezsporne pomiędzy stronami, że oferta (kosztorys ofertowy) Odwołującego zawierała zapisy odmienne od określonych SWZ pozycji przedmiarowych w zakresie określonym decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego – brakowało kilku pozycji a opisy tej samej pozycji przedmiarowej dla budynków zawierały nieprawidłowy opis (zamiast dwóch KNR opisanych przedmiarem, tylko jeden KNR).

Izba ustaliła także, bezsporną pomiędzy stronami okoliczność, że przedmiary dla różnych budynków zawierały analogiczne pozycje robót do wyceny oraz że Odwołujący wyceniał, ceny jednostkowe tych pozycji na tę samą kwotę.

Izba ustaliła, że odwołanie dotyczyło wszystkich zakwestionowanych decyzją o odrzuceniu zapisów oferty – kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Izba, dając wiarę wyjaśnieniom Odwołującego niekwestionowanym przez Zamawiającego, ustaliła, także, że kosztorys ofertowy przygotowywany był w oparciu o

przedmiary Zamawiającego, co znajduje odzwierciedlenie w treści tegoż odpowiadającej, co do zasady treści przedmiarów.

Izba ustaliła, że: kwestionowane zmiany, nie skutkują błędem w obliczeniu ceny i zakresu prac i sprowadzają się do błędu w opisie lub braku kilku pozycji. Skorygowanie błędów jest możliwe w oparciu o treść oferty Odwołującego porównane do przedmiarów Zamawiającego, a brakujący opis poprzez porównanie treści opisu pozycji kosztorysu z opisem w przedmiarze, i był możliwy uprzednio ewentualnie po uzyskaniu w tym zakresie wyjaśnień od Odwołującego.

Sporne pozycje kosztorysu ofertowego (brakujące) to zaledwie kilka sztuk a ich wartość nie przekracza 0,1 % ceny ofertowej, podczas gdy korekta opisu kilkudziesięciu tożsamyh pozycji kosztorysu ofertowego pozostaje bez wpływu na cenę i dotyczy podobnie nieistotnej cenowo części prac.

Izba uznała za wiarygodne uzasadnienie i wyjaśnienie przyczyn braków w kosztorysie ofertowym wywołanych błędem w konwersji pliku przedmiaru z SWZ do edytowalnego kosztorysu. W tym miejscu Izba wskazuje, że dowód przedłożony przez Przystępującego w postaci prezentacji sposobu konwertowania plików, wskazuje jedynie na fakt, że możliwa jest konwersja prawidłowa, co jednak nie miało miejsca.

Dowód w postaci zestawienia wybranych pozycji przedmiarowych i kosztorysowych pozycji wskazuje zaś wyłącznie na fakt, że Odwołujący wśród prawidłowych w odwołaniu przywołał również błędnie nieprawidłowe pozycje przedmiarowe, które nie mogą służyć jako podstawa uzupełnienia brakujących pozycji kosztorysu ofertowego oraz to, że kosztorys ofertowy sporządzony został w oparciu o przedmiary i wycenia także pozycje odpowiadające brakującym pozycjom kosztorysowym.

Izba ustaliła także, że uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty wskazywało na zakres i motywy treści kwestionowanych

przez Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego a także zawierało podstawy prawne czynności.

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy : Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z

przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie „warunków zamówienia” zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Ustawy, zgodnie z którym poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2) Ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, przy czym zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie oraz inne omyłki, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Ustawy zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Jednak aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ i jednocześnie odrzuceniu podlega

wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru, a także omyłek rachunkowych i pisarskich. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia, w tym także kosztorys będący częścią oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ, co ocenione winno być po zrealizowaniu przez zamawiającego obowiązków przepisanych normą art. 223 Pzp. W ocenie Izby w niniejszym przypadku wobec charakteru niezgodności oferty – kosztorysu ofertowego Odwołującego z SWZ i w konsekwencji formularzu cenowym – Zamawiający zobowiązany był do zastosowania normy art. 223 ust. 2 pkt. 3) PZP i dokonania korekt opisanych decyzją o odrzuceniu oferty Konsorcjum i zarzutem odwołania pozycji kosztorysowych, czego zaniechał. Stąd Izba uwzględniła zarzut stwierdzając naruszenie normy art. 223 ust. 2 pkt. 3) Ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku skorygowania pozycji kosztorysowych poprzez dostosowanie ich nazwy do wynikającej z SWZ lub usunięcie pozycji nadmiarowych względem wynikających z SWZ.

Instytucja poprawiania omyłek służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, gdy z powodu omyłek odrzucałyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z jego warunkami, a więc także gdy zakres niezgodności nie jest istotny i korekta nie powoduje istotnej zmiany oferty. Zamawiający w razie wątpliwości, co do treści oferty zobowiązany jest zwrócić się przed odrzuceniem oferty do wykonawcy z żądaniem ich wyjaśnienia.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również pod względem zgodnym z przedmiarem robót, co wynika z SWZ. Ocena zgodności oferty z SWZ nastąpić

jednak winna jednak po wyczerpaniu obowiązku zamawiającego zweryfikowania, czy ewentualne niezgodności oferty z SWZ podlegają korektom w trybie opisanym art. 223 Ustawy, czego w ocenie Izby Zamawiający zaniechał.

Izba ustaliła, że usunięcie omyłek nie powoduje istotnej zmiany ceny oferty ani innych jej istotnych parametrów. Zmiana odnosi się do opisu pozycji, która pod względem ilościowym odpowiada pozycji wymaganej przez SWZ i jej skorygowanie pozostaje bez wpływu na cenę ofertową lub dodaniu brakujących pozycji zgodnie z SWZ (przedmiary) z cenami jednostkowymi, których wartość da się ustalić w oparciu o ofertę wykonawcy (kosztorys ofertowy). Zmiany opisu pozycji kosztorysowych i dodanie brakujących pozycji nie mają wpływu na klasyfikację cenową ofert.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że czynność odrzucenia oferty naruszyła Ustawę wobec zaistnienia konieczności wyjaśnienia niezgodności oferty z SWZ i dalej, w konsekwencji, jej skorygowania. Izba stwierdza, że zmiany nie powodują istotnej zmiany treści oferty i są możliwe do usunięcia zgodnie z art. 223 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zakwestionowane decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego pozycje kosztorysowe i objęte odwołaniem niezgodności mają charakter innych omyłek podlegających obowiązkowi skorygowania przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust 2 pkt.

3) Ustawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt. 2 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący