

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 sierpnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2017 r. przez wykonawcę **B-H Sp. z o.o. z siedzibą w E.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w W. M. z siedzibą w W. M.,**

przy udziale wykonawcy A. Sp. z o.o. z siedzibą w W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B-H Sp. z o.o. z siedzibą w E.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B-H Sp. z o.o. z siedzibą w E.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **B-H Sp. z o.o. z siedzibą w E.** na rzecz zamawiającego - **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w W. M. z siedzibą w W. M.** kwotę **4 086 zł 69 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt sześć złotych, sześćdziesiąt dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w W. M. z siedzibą w W. M. (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa i przebudowa Oczyszczalni ścieków w S., gmina W. M.”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ... w dniu 6 kwietnia 2017 r.

W dnia 17 lipca 2017 r., drogą elektroniczną, Zamawiający poinformował wykonawcę B-H Sp. z o.o. z siedzibą w E. (dalej: „Odwołujący”), że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp z powodu błędu w obliczeniu ceny oraz w związku z niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”).

W dniu 24 lipca 2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oraz dokonaniu wyboru oferty wykonawcy A. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: „Przystępujący”), mimo że zdaniem Odwołującego jego oferta nie była najkorzystniejsza w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz zobowiązanie Zamawiającego do ponownej oceny ofert i wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, że w niniejszej sprawie Zamawiający powinien poprawić omyłkę Odwołującego, polegającą na błędnym obliczeniu ceny, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności

odrzućenia oferty Odwołującego, zobowiązanie Zamawiającego do poprawienia omyłki wykonawcy, polegającej na błędnym obliczeniu ceny na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwania wykonawcy do wyrażenia zgody na dokonaną poprawkę jego oferty, a następnie do ponownej oceny ofert i wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wyjaśniał, że błędnie wypełnił pozycję nr 1 w Tabeli Ceny Ryczałtowej przekraczając ustanowiony przez Zamawiającego limit ceny za dokumentację projektową, której koszt nie mógł przekroczyć 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych. W przypadku ww. wykonawcy koszt ten wyniósł 18,31% tej wartości.

Odwołujący twierdził, że podany przez niego koszt w pozycji nr 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej jest wynikiem oczywistej omyłki, która nie może skutkować odrzuceniem jego oferty. Mechanizm powstania tej omyłki był następujący i łatwy do dostrzeżenia przez Zamawiającego. Otóż Odwołujący omyłkowo przyjął jako podstawę do wyliczenia ceny w pozycji nr 1 cenę netto całości umowy, tj. podaną cenę liczone w relacji do kwoty 8.380.400 zł netto. 15% z tej kwoty daje 1.257.060 zł. Następnie Odwołujący odjął od tej kwoty 6.000 zł, chcąc uczynić swoją ofertę bardziej konkurencyjną i uniknąć ryzyka przekroczenia 15% całkowitej wartości umowy netto. Podana zatem w Tabeli kwota 1.251.060 zł pozostaje w oczywistej relacji do pierwotnie wyliczonych 15%, ze względu na fakt pomniejszenia jej o okrągłą kwotę 6.000 zł. Opisany wyżej sposób wyliczenia przez Odwołującego ceny pozycji nr 1 Tabeli, jednoznacznie wskazuje zatem na zamiar wykonawcy nieprzekroczenia wartości 15%, a omyłka wynika w błędnie przyjętej podstawy wyliczenia, co stało się w sposób niezamierzony, ponieważ Odwołującemu znane były wymogi postawione w tym względzie przez Zamawiającego, stąd nie można zakładać świadomego sporządzenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący stwierdził, że zaistniała omyłka nie usprawiedliwia jednak decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Zwrócić należy bowiem uwagę, że Zamawiający posługuje się przy tym zamówieniu ceną ryczałtową. Koszty zatem poszczególnych elementów zamówienia mają charakter jedynie pomocniczy, służący rozliczeniom, ponieważ całkowita cena zamówienia nie może się zmienić, co wynika z istoty ryczałtu. Podobna sprawa stała się przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie KIO 856/16 wyraźnie stwierdziła: „Błąd w obliczeniu ceny to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Jednakże reguła ta nie

znajdzie zastosowania w przypadku, gdy zamawiający przyjmie, iż cena za wykonane roboty jest ceną ryczałtową. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego. Zgodnie z Kodeksem cywilnym wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy całości przedmiotu umowy, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów. Poza zakresem badania zamawiającego powinny zatem pozostać dane wyjściowe przyjęte przez odwołującego się przy obliczaniu przez niego ceny oferty. Zamawiający powinien przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia".

Dodać należy także, że orzeczenie to oparte jest na solidnej podstawie prawnej, albowiem KIO podzieliła w tej sprawie pogląd wyrażony w wyroku SN z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt EI CKN 913/97, dokładnie go cytując. Mamy zatem do czynienia z sytuacją, gdzie na temat błędu w obliczeniu ceny wypowiedziały się dwie niezależne instytucje służące ochronie praw, które przyznały rację wykonawcom.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien był do wyboru oferty wykonawcy zgodnie z podaną ceną ostateczną, która jest ceną ryczałtową.

Jeżeli natomiast Izba nie podzieli tego poglądu, to Odwołujący wskazywał, że w sytuacji stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny Zamawiający uprawniony był do podjęcia działań mających na celu poprawienie omyłki wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Istnieją bowiem wszystkie przesłanki opisane w tym przepisie, tj. niezgodność z siwz, polegająca na błędzie w obliczeniu ceny oraz fakt, że poprawienie omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Jakkolwiek istnienie pierwszej przesłanki jest oczywiste, to przy drugiej należy wskazać, że w wyniku poprawienia przez Zamawiającego błędnie obliczonej ceny treść oferty nie zmieni się w sposób istotny, jeżeli wziąć pod uwagę jej wartość. Zamawiający dysponuje przy tym wszystkimi danymi pozwalającymi na poprawienie omyłki, tj. dysponuje wartością netto robót budowlanych z pozycji 2-18 Tabeli oraz wskaźnikiem 15% dla pozycji nr 1 w Tabeli. Co więcej Zamawiający samodzielnie dokonał stosownego wyliczenia w piśmie z dnia 17 lipca 2017 r. zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał więc, że prawidłowo wyliczona kwota dla pozycji nr 1 Tabeli winna wynosić 1.024.800 zł netto. Powstaje zatem pytanie, dlaczego Zamawiający nie dokonał stosownej korekty oferty i nie zwrócił się do wykonawcy o jej akceptację? Dzięki temu zabiegowi Zamawiający udzieliłby zamówienia za kwotę 10.081.632 zł brutto, oszczędzając w ten sposób 542.264,47 zł pieniędzy publicznych, gdy porównać to z ofertą wybraną na obecnym etapie postępowania. W wyniku korekty dokonanej przez Zamawiającego

wynagrodzenie wykonawcy - B-H sp. z o.o. uległo by obniżeniu o 2,24%, tj. o kwotę 226.260 zł brutto, co przy ofercie przekraczającej 10 mln zł jest zmianą nieistotną w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a zatem możliwą do dokonania w zgodzie z prawem.

Przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron do Izby ze strony Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na odwołanie w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W dniu 3 sierpnia 2017 r. w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem Stron Izba stwierdziła, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca A. Sp. z o.o. z siedzibą w W.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron a także przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę w ramach prowadzonego postępowania, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w siwz w pkt 25 ppkt 7 wskazał, że ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty zgodnie z załącznikiem nr do niniejszego IDW wynikająca z Tabeli Ceny Ryczałtowej, zgodnie z Załącznikiem nr 1B do niniejszej IDW.

Treścią załącznika nr 1B – wzór tabeli Ceny Ryczałtowej - Zamawiający w pkt 1-20 wymagał podania wartości netto poszczególnych elementów rozliczeniowych. W pkt 1 ww. Tabeli podano: „Dokumentacja projektowa (Projekt budowlany i Projekt Wykonawczy z podziałem na odpowiednie branże) wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę **(nie więcej niż 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych)**”. Zamawiający wymagał także aby wykonawca w Tabeli podał sumę pozycji od 1-20 z uwzględnieniem wartości netto (pkt 21 tabeli) i wartości brutto (pkt 22 tabeli).

W treści ww. załącznika Zamawiający sprecyzował: „W przypadku przekroczenia wartości maksymalnie ustalonych dla kosztów wskazanych w poz., poz. 19 i poz. 20 Tabeli Ceny Ryczałtowej Zamawiający odrzuci ofertę jako nieodpowiadającą treści SIWZ i zawierającą błędy w obliczeniu ceny”.

Odwołujący w złożonej ofercie w Tabeli w pkt 1 załącznika nr 1B – Tabela Ceny Ryczałtowej podał w pkt 1 ww. Tabeli podano: „Dokumentacja projektowa (Projekt budowlany i Projekt Wykonawczy z podziałem na odpowiednie branże) wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę **(nie więcej niż 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych)** – wartość netto 1 251 060,-. Natomiast w pkt 21 Tabeli „Suma netto” podał wartość – 8 380 400,-.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba, dokonując oceny podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny.

Z ustaleń Izby opisany powyżej wprost wynika, że Zamawiający w specyfikacji w części, dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny w pkt 25 ppkt 7 wskazał, że ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty zgodnie z załącznikiem nr do niniejszego IDW, wynikająca z Tabeli Ceny Ryczałtowej, zgodnie z Załącznikiem nr 1B do niniejszej IDW.

Następnie treścią załącznika nr 1B – wzór tabeli Ceny Ryczałtowej – Zamawiający żądał w pkt 1-20 podania wartości netto poszczególnych elementów rozliczeniowych. Natomiast w pkt 1 ww. Tabeli jasno określił maksymalny próg dla kwoty netto w zakresie dokumentacji projektowej, tj. **nie więcej niż 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych**.

Złamanie powyższej opisanej reguły zostało obwarowane przez Zamawiającego sankcją w postaci odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią siwz a także zawierającej błąd w obliczeniu ceny, czemu zamawiający dał wyraz w treści załącznika nr 1B – wzór tabeli Ceny Ryczałtowej, stanowiącego integralną część specyfikacji.

Wobec tego Izba uznała za prawidłowe działanie Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponieważ cena oferty została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w siwz, bowiem w pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej dla dokumentacji projektowej Odwołujący podał wartość netto 1 251 060,00 zł, **która stanowiła 18,31% całkowitej wartości netto robót budowlanych**).

Izba uznała argumentację Odwołującego, opierającą się na ryczałtowym charakterze wynagrodzenia za chybioną. Natomiast przywołany przez Odwołującego wyrok Izby z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 856/16 i KIO 860/16 zapadł w odmiennym stanie faktycznym. W związku z tym stwierdzić należy, że wnioski z niego płynące nie mogą być wprost przekładane w zakresie zasadności rozpoznawanego zarzutu.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp podniesiony w odwołaniu i stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, bezsporna jest niezgodność oferty Odwołującego z specyfikacją w rozpoznawanej sprawie w aspekcie przekroczenia wartości maksymalnej kosztów wskazanych w pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej (15% całkowitej wartości netto robót budowlanych). Wartość wskazana przez Odwołującego to kwota 1 251 060,00 zł netto, która stanowi 18,31% całkowitej wartości netto robót budowlanych. Wobec przyjęcia przez Odwołującego niewłaściwej proporcji dla pkt 1 ww. Tabeli nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż oferta zawiera błędy w zakresie materialnym.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę Odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje do konieczności jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba odnosząc się do przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (*sygn. akt KIO 1127/10 oraz KIO 2540/10*).

Z uwagi na powyższe Izba podzieliła opinię i stanowisko Zamawiającego i Przystępującego potwierdzając niemożliwość poprawienia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie wartości netto, dotyczącej dokumentacji projektowej (pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej) w celu uzyskania poziomu ceny zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, tj. poziomu ceny nie przekraczającego 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który podnosił, że błąd w zakresie wartości, odnoszącej się do dokumentacji projektowej nie stanowi, oczywistej omyłki, która w prosty sposób może być wychwycona i samodzielnie poprawiona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający twierdził, że nie posiadał wystarczających informacji w tym zakresie i aby dokonać odpowiednich poprawek musiałby się zwrócić do Odwołującego o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby wyjaśnienia

uzyskane od wykonawcy, w których wskazuje on nową kwotę dla poz. 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej należy uznać za niedozwoloną modyfikację oświadczenia woli jakim jest niewątpliwie treść oferty.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, który twierdził, że Zamawiający powinien był poprawić jego ofertę w ten sposób, że w pkt 1 ww. Tabeli powinien wskazać sztywną kwotę, stanowiącą 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych, ponieważ jest to kwota najbardziej zbliżona do kwoty podanej w ofercie Odwołującego. Zdaniem Odwołującego w takim przypadku to Odwołujący decydowałby ostatecznie, czy zaakceptuje sposób poprawy przedstawiony przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że przedstawiony sposób rozumowania jest błędny, ponieważ wartość elementu z pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej nie jest wartością sztywną, a może mieścić się przedziale do 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych. W omawianym przypadku Zamawiający bez wątpienia nie posiada wystarczających danych, aby samodzielnie ustalić poziom ceny elementu z pkt. 1 ww. Tabeli. Wiedzę w tym zakresie mógłby uzyskać dopiero z wyjaśnień pozyskanych od Odwołującego, co niewątpliwie kwalifikowało zachowanie Zamawiającego jako prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą w zakresie złożonej oferty i wiązałoby się ze złamaniem zasady wyrażonej w art. 87 ust. 1 Pzp.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający już w treści specyfikacji jednoznacznie wskazywał, że w przypadku przekroczenia wartości maksymalnie ustalonych dla kosztów wskazanych w poz. 1, poz. 19 i poz. 20 Tabeli Ceny Ryczałtowej odrzuci ofertę wykonawcy jako nieodpowiadającą treści SIWZ i zawierającą błędy w obliczeniu ceny.

Wobec tego stwierdzić należy, że zgodnie z wymaganiami specyfikacji wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien był tak ukształtować cenę w pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej, aby nie przekraczała 15% całkowitej wartości netto robót budowlanych, a nie jak uczynił to Odwołujący podając cenę 1 251 060,00 netto, która przekraczała poziom określony przez Zamawiającego o 3,31%.

Izba stanęła na stanowisku, że kwoty z pkt 1 Tabeli Ceny Ryczałtowej nie można uznać z za inną omyłkę niepowodującą istotnej zmiany treści oferty, którą można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. a) i b) i § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

.....