

Sygn. akt: KIO 1950/19

WYROK

z dnia 15 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 r. przez wykonawcę **A. S.-J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Ogólnego DROBUD A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Głubczyce, ul. Niepodległości 14, 48-100 Głubczyce**

przy udziale wykonawcy **A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B., ul. Sosnowiecka 11, 48-100 Głubczyce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A. S.-J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Ogólnego DROBUD A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. S.-J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Ogólnego DROBUD A. S.-J., ul. Kępska 10, 45-129 Opole** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Opolu.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Głubczyce (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę drogi gminnej ulicy Kozielskiej w Głubczycach. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 września 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 594866-N-2019.

W dniu 30 września 2019 r. wykonawca A. S.-J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Ogólnego DROBUD A. S.-J. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym m.in.:

- odrzucenia oferty Odwołującego,
- zaniechania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), niepowodującego istotnych zmian w treści oferty,
- zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ ze względu na niewycenienie w Kosztorysie ofertowym (stanowiącym załącznik do oferty Odwołującego) pozycji 67, 147 i 160 Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, podczas gdy Kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie ze

wszystkimi pozycjami Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ ze względu na wypełnienie Kosztorysu ofertowego niezgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym pozycji 151 i 47 Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, podczas gdy:

- w zakresie pozycji 151 Przedmiaru robót - Kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie z treścią Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert,
- w zakresie pozycji 47 Przedmiaru robót - ww. niezgodności stanowiły inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i powinny podlegać wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia ofert wykonawców: WASBUD R. W., Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych A. B., Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. w zakresie ich niezgodności z postanowieniami SIWZ, ze względu na sporządzenie przez ww. wykonawców Kosztorysów ofertowych niezgodnie z postanowieniami Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert,

- względnie art. 38 ust. 4 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieuczynienie zadość obowiązkowi przekazania na równych zasadach wszystkim wykonawcom informacji o dokonanych zmianach SIWZ tj. treści Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ przed upływem terminu składania ofert, co może stanowić naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o realizację zamówienia publicznego,

oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący podał, że w celu wzięcia udziału w postępowaniu pobrał ze strony internetowej Zamawiającego dokumentację postępowania, w tym Przedmiar robót, stanowiący Załącznik nr 8 do SIWZ. Odwołujący pobrał przedmiotowy Przedmiar robót w dniu 20 września 2019 r. o godz. 13:51:16.

Z pobranego dnia 20 września 2019 r. Przedmiaru robót wynikało, że został opracowany przez p. M. J. z Przedsiębiorstwa Obsługi Budownictwa "ADP" s.c. w dniu 29 sierpień 2018 r. Ponadto, z treści dokumentu wynika, że został opracowany przy pomocy programu NORMA PRO, Wersja 4.56 Nr seryjny: 17523. Odwołujący zauważył, że Zamawiający od dnia 20 września 2019 r. do dnia upływu terminu składania ofert, tj. 24 września 2019 r. godz. 10:00 nie informował o dokonaniu modyfikacji SIWZ, w tym o jakichkolwiek zmianach dokonanych w Przedmiarze robót.

W dniu 24 września 2019 r. wraz z czynnością zamieszczenia na stronie internetowej informacji z otwarcia ofert (dokonaną o godz.: 10:42:59) Zamawiający dokonał zmiany pliku Przedmiaru robót udostępnionego na swojej stronie internetowej. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie mógł dokonać wcześniejszej zmiany pliku Przedmiaru robót, na co wskazuje rejestr zmian dokonanych na stronie internetowej Zamawiającego. Powyższe potwierdza okoliczność, że kolejna zmiana na stronie, z dnia 25 września 2019 r., była związana z dodaniem informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, co świadczy o wiarygodności zarejestrowanych zmian.

Jak podał Odwołujący, w treści nowego Przedmiaru robót, dodanego na stronę internetową Zamawiającego dnia 24 września 2019 r., dokonano istotnych zmian m. in. poprzez dodanie nowych pozycji oznaczonych numerami 67, 147 i 160. Ponadto, na wstępie nowego Przedmiaru dodanego w dniu 24 września 2019 r., w porównaniu do Przedmiaru robót pobranego przez Odwołującego dnia 20 września 2019 r., nie została zawarta strona tytułowa wskazująca autora nowego Przedmiaru robót, jak również wskazana została inna wersja i nr seryjny programu, w którym opracowano nowy dokument: Kosztorys Droga ul. Kozielska V3 2019 popr.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, nie pozostawia wątpliwości, w dniu 24 września 2019 r. doszło do zmiany pliku Przedmiaru robót. Data dokonanych zmian wskazuje, iż zmiana nastąpiła po terminie otwarcia i składania ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie mógł dokonać zmiany pliku Przedmiaru robót w okresie od 20 do 24 września 2019 r. godz. 10:00, ponieważ zmiana ta powinna zostać odnotowana w rejestrze zmian dostępnym na stronie internetowej. Tymczasem z ww. rejestru wynika, że wcześniejsze zmiany na stronie internetowej Zamawiającego odnotowane zostały w dniu 9 września 2019 r. tj. w dniu wszczęcia postępowania.

Jak wskazał Odwołujący, w dniu 25 września 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty z postępowania ze względu na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ, a w szczególności z uwagi na nieujęcie w Kosztorysie ofertowym

pozycji 67, 147 i 160 wynikających z nowego Przedmiaru robót, zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego dnia 24 września 2019 r.

Po dokonaniu wglądu do ofert konkurencyjnych Odwołujący stwierdził, że Kosztorysy ofertowe w ofertach konkurencyjnych zostały opracowane na podstawie Przedmiaru robót z 24 września 2019 r.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 3 Rozdziału XII SIWZ, cena oferty miała uwzględniać kompletne wykonanie zamówienia publicznego zgodnie z zakresem określonym w przedmiarach robót i uwzględniać wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wynikające z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz SIWZ. Tymczasem w zakresie prac wskazanych w dokumentacji projektowej nie zostały przewidziane roboty określone w pozycjach 67, 147 i 160 Przedmiaru robót z 24 września 2019 r. W związku z powyższym Odwołujący oświadczył, że wnosząc odwołanie z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie badania i oceny ofert, a także odrzucenia oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z postanowieniami SIWZ polegającą na sporządzeniu Kosztorysu ofertowego bez uwzględnienia wszystkich pozycji Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonuje czynności badania i oceny oferty na zasadach ustalonych przez siebie w postanowieniach SIWZ. Zamawiający jest przy tym związany przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z postanowieniami punktu 2 Rozdziału XII („Opis sposobu obliczenia ceny”) SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do opracowania Kosztorysu ofertowego „zgodnie z przedmiarem robót zachowując kolejność pozycji przedmiaru”. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, odrzuceniu nie mogła podlegać oferta, która zawierała w Kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje wymagane Przedmiarem robót.

Odwołujący zaznaczył, że dokumenty składające się na SIWZ, udostępnione przez Zamawiającego na jego stronie internetowej, są wiążące nie tylko dla wykonawców, ale również dla samego Zamawiającego. Z kolei, jak zauważył Odwołujący art. 38 ust. 4 ustawy Pzp daje Zamawiającemu możliwość modyfikacji postanowień SIWZ również po udostępnieniu ogłoszenia o wszczęciu postępowania do wiadomości publicznej

i zamieszczeniu dokumentacji postępowania na stronie internetowej z zastrzeżeniem, iż zmiana musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert i musi zostać udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zamawiający oraz wykonawcy biorący udział w postępowaniu są związani treścią SIWZ obowiązującą na moment upływu terminu składania ofert. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2506/18, wyrok Izby z dnia 9 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2207/18, oraz wyrok Izby z dnia 15 października 2015 r., sygn. akt KIO 2125/15.

Odwołujący ponownie wskazał, że Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej dokumentację postępowania, w tym Przedmiar robót stanowiący Załącznik nr 8 do SIWZ, w dniu 9 września 2019 r. Do upływu terminu składania ofert Zamawiający nie dokonywał zmian w Przedmiarze robót, na co wskazuje rejestr zmian na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z powyższym, jak wskazał Odwołujący, wykonawcy zobowiązani byli do sporządzenia Kosztorysu ofertowego w oparciu o Przedmiar robót udostępniony przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 9 września 2019 r. Odwołujący stwierdził, że sporządzając Kosztorys ofertowy na podstawie Przedmiaru robót pobranego ze strony internetowej Zamawiającego w dniu 20 września 2019 r. sporządził go w oparciu o dokument obowiązujący w momencie upływu terminu składania ofert, przez co uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z punktów 1-3 Rozdziału XII SIWZ.

Za nieuzasadnioną należy, w ocenie Odwołującego, uznać czynność Zamawiającego z dnia 25 września 2019 r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niezasadnie wskazał w treści Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 25 września 2019 r., iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na niedokonanie w Kosztorysie ofertowym wyceny niektórych pozycji wymienionych w Przedmiarze robót z dnia 24 września 2019 r., podczas gdy ww. dokument został udostępniony przez Zamawiającego na jego stronie internetowej po upływie terminu składania ofert, przez co nie był wiążący ani dla wykonawców składających oferty w postępowaniu, ani dla samego Zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1625/18, wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1134/17, oraz wyrok Izby z dnia 14 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2244/18.

Odwołujący stwierdził, że sporządzając Kosztorys ofertowy w oparciu o treść Przedmiaru robót zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego dnia 9 września 2019 r. (który został pobrany przez Odwołującego w dniu 20 września 2019 r.) dokonał

powyższej czynności zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz na podstawie dokumentu aktualnego w momencie upływu terminu składania ofert. Odwołujący podniósł, że nie był związany treścią zmian wynikających z Przedmiaru robót z dnia 24 września 2019 r., gdyż dokument ten został udostępniony przez Zamawiającego po upływie terminu składania ofert (dnia 24 września 2019 r. o godz. 10:42:59, podczas gdy termin składania ofert upłynął tego samego dnia o godz. 10:00). W ocenie Odwołującego, dokonanie przez Zamawiającego w dniu 25 września 2019 r. czynności odrzucenia oferty Odwołującego stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący argumentował jak następuje.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 25 września 2019 r. dotyczących zastosowania przez Odwołującego w pozycji 151 Kosztorysu ofertowego innego opisu pozycji Odwołujący wskazał, że opis pozycji 151 Przedmiaru robót został dokonany na podstawie Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego dnia 9 września 2019 r. (a pobranego przez Odwołującego dnia 20 września 2019 r.), w związku z czym został dokonany na podstawie dokumentu aktualnego na moment składania ofert i spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący stwierdził, że ww. niezgodność wynika z faktu, że Zamawiający dokonał modyfikacji opisu pozycji 151 w zmodyfikowanym Przedmiarze robót z dnia 24 września 2019 r. Odwołujący wskazał, że w pierwotnym Przedmiarze robót udostępnionym na stronie internetowej Zamawiającego dnia 9 września 2019 r. (a pobranym przez Odwołującego dnia 20 września 2019 r.) pozycja 148 (odpowiadająca pozycji 151 w zmienionym Przedmiarze robót z dnia 24 września 2019 r.) została opisana w taki sam sposób, jak w Kosztorysie ofertowym Odwołującego.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, do ww. rzekomej rozbieżności zastosowanie będzie miała argumentacja przedstawiona przy pierwszym zarzucie odwołania. Odwołujący stoi na stanowisku, że zaferował w Kosztorysie ofertowym rozwiązanie zgodne z opisem pozycji 148 Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego dnia 9 września 2019 r. wiążącego Zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu na moment upływu terminu składania ofert w postępowaniu. Powyższe prowadzi, zdaniem Odwołującego, do wniosku, że Zamawiający bezzasadnie zarzucił w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 25 września 2019 r. niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ poprzez zastosowanie w Kosztorysie ofertowym Odwołującego innego opisu pozycji 151 Przedmiaru robót z dnia 24 września 2019 r.

niewiążącego wykonawców i Zamawiającego na moment upływu terminu składania ofert.

W odniesieniu do stwierdzonego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 25 września 2019 r. niepodania w Kosztorysie ofertowym Odwołującego szczegółowego sposobu obliczenia ceny jednostkowej wynikającej z pozycji nr 47 Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, w tym udziału w niej poszczególnych elementów cenotwórczych, takich jak nakłady, robocizna, materiały i sprzęt, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wymagał ani w treści Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, ani w pozostałej treści SIWZ, podania tak szczegółowych informacji odnośnie ww. pozycji. Odwołujący przyznał, że co prawda w punkcie 2 Rozdziału XII SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców składających oferty do sporządzenia Kosztorysu ofertowego według zasad opisanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. Nr 80, poz. 867), jednak nie zobowiązał wykonawców wprost w treści SIWZ do podania w Kosztorysie ofertowym poszczególnych elementów cenotwórczych, takich jak nakładów, robocizny, materiałów i sprzętu w zakresie pozycji nr 47 Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ. W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający nie sprecyzował takiego obowiązku w treści SIWZ, nie mógł na tej podstawie stwierdzić niezgodności oferty Odwołującego z postanowieniami SIWZ, a tym bardziej odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby odwoławczej przedstawione w wyroku z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1625/18.

Odwołujący stwierdził ponadto, że Zamawiający wskazując w piśmie z dnia 25 września 2019 r., że Kosztorys ofertowy Odwołującego „zawiera szereg pozycji, dla obliczenia których zastosowano błędny obmiar, co w konsekwencji skutkuje błędnym obliczeniem całkowitej ceny oferty” Zamawiający nie podał, których elementów Kosztorysu ofertowego dotyczy rzekome podanie błędnego obmiaru. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w ww. piśmie stwierdza, że omyłki te są nieistotne i podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że jeżeli rzekome omyłki są związane z przyjęciem przez Zamawiającego danych z Przedmiaru robót z dnia 24 września 2019 r. - w powyższym zakresie zastosowanie ma argumentacja dotycząca pierwszego zarzutu odwołania, przez co należałoby uznać, iż Kosztorys ofertowy został prawidłowo sporządzony na podstawie Przedmiaru robót aktualnego na moment upływu terminu składania ofert i żadne omyłki dotyczące m. in. błędnego obmiaru nie mają miejsca.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że nie jest zasadne stwierdzenie w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 25 września 2019 r., „iż po

dokonaniu korekty obmiarów zawartych w ofercie Wykonawcy oraz poprawieniu zaistniałych omyłek (możliwych do poprawy na podstawie danych zawartych w kosztorysie ofertowym) wartość oferty (z najkorzystniejszą ceną na dzień otwarcia ofert) przekroczyła wartość kolejnej oferty (drugiej w kolejności na dzień otwarcia ofert)". Odwołujący stwierdził, że okoliczności sprawy wskazują, iż większość rzekomych omyłek w ogóle nie została popełniona w ofercie Odwołującego. Ponadto, Odwołujący zauważył, że nawet hipotetycznie przyjmując, iż w Kosztorysie ofertowym zostałyby wycenione pozycje 67, 147 i 160 Przedmiaru robót z dnia 24 września 2019 r., to i tak zmiana ceny całkowitej brutto nie powodowałaby przesunięcia oferty Odwołującego na drugie miejsce w klasyfikacji ofert złożonych w postępowaniu (przyjmując wartość cen podanych w kosztorysie):

- pozycja kosztorysowa 67 d.1.2.5 KNR AT-03 0201-01 Stabilizacja podłoża cementem przy użyciu zespołu do stabilizacji - grunt rodzimy do $R_m=1,5$ MPa, grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm m² - łącznie 11 921,10 zł

- pozycja kosztorysowa 148 d.2 KNR 2-31 0702-02 Słupki do znaków drogowych z rur stalowych o śr. 70 mm szt. 11,000-łącznie 3 798,30 zł

- pozycja kosztorysowa 159 d.2 KNR 2-31 0703-01 Aktywny znak stop B-20 zasilany z baterii słonecznej szt. 1,000 - łącznie 7 930,17 zł.

Łącznie: 23 649,57 zł netto.

Kwota oferty wyniosłaby: 1 835 150,62 zł netto (2 257 235,26 zł brutto).

Odwołujący podniósł ponadto, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do wycenienia w Kosztorysie ofertowym poszczególnych pozycji Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zobowiązany był do wezwania Odwołującego o wyjaśnienia poszczególnych treści Kosztorysu ofertowego oraz poprawienia tych treści jako innych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący, w sytuacji, gdy treść oferty wywołuje wątpliwości Zamawiającego, w pierwszej kolejności Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów Kosztorysu ofertowego, a dopiero wobec treści przedstawionych wyjaśnień podjąć decyzję o poprawieniu omyłek w ofercie lub o odrzuceniu takiej oferty z jednej z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający powinien bowiem ustalić, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy, a oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady

współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Odwołujący stwierdził, że tylko w ten sposób Zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na poparcie powyższych twierdzeń Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2017 r., sygn. akt KIO 1926/17 oraz wyrok z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2383/17.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien, a wręcz ma obowiązek skorzystania z instytucji wyjaśnienia treści oferty w przypadku, gdy jego zdaniem zachodzi podejrzenie niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ, co może skutkować odrzuceniem takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 53/19, a także wyrok Izby z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2503/18.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z którego wynika, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający poprawia: „inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, aby ustalić, że ma do czynienia z omyłką, zobowiązany jest do wyjaśnienia treści oferty niezgodnej z SIWZ zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że obowiązek podjęcia przez Zamawiającego takiego działania implikuje przepis mówiący, że Zamawiający może odrzucić ofertę, która nie spełnia SIWZ z zastrzeżeniem obowiązku poprawienia omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Jak zauważył Odwołujący, ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp art. 87 ust. 2 pkt 3 w celu uniknięcia sytuacji polegającej na odrzuceniu oferty z błędem nieistotnym, który nie ma wpływu na istotne zapisy treści oferty. Odwołujący podał, że z orzecznictwa także wynika, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ jedynie w sytuacji, gdy niezgodność ta ma charakter istotny, niezależnie od tego, czy omyłka jest oczywista, czy nie.

Odwołujący uznał, że z okoliczności sprawy wynika, że skala ewentualnego poprawienia omyłek (w szczególności ich wartość wobec wartości całego zamówienia i ilości pozycji przewidzianych w Kosztorysie ofertowym) nie powodowałaby istotnych zmian w treści oferty. Jak zauważył Odwołujący, z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie stoi na przeszkodzie poprawieniu oferty, gdyż takim właśnie sytuacjom wprost dedykowany jest art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli zmiana nie ma charakteru istotnego. Odwołujący zwrócił uwagę, że chociaż postępowanie

o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2459/18, oraz na wyrok Izby z dnia 12 marca 2018 r., sygn. akt KIO 301/18.

Odwołujący zauważył, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie stoi na przeszkodzie poprawieniu oferty, gdyż takim właśnie sytuacjom wprost dedykowany jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli zmiana nie ma charakteru istotnego. Odwołujący wskazał, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2459/18, oraz wyrok Izby z dnia 12 marca 2018 r., sygn. akt KIO 301/18.

Odwołujący stwierdził, że zasada wskazana z art. 7 ust. 1. ustawy Pzp, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców obowiązuje Zamawiającego w toku całego postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że obowiązek równego traktowania oznacza także, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były jednakowe dla wszystkich wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył tę zasadę, ponieważ w wyniku wadliwego przeprowadzenia czynności oceny oferty Odwołującego uznano, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo że oferta Odwołującego nie jest niezgodna z postanowieniami SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący ponownie podkreślił, że w sytuacji, w której Zamawiający stwierdził wystąpienie wątpliwości co do wycenienia w Kosztorysie ofertowym poszczególnych pozycji Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, powinien był wyjaśnić sporne i wątpliwe okoliczności w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w tym poprzez dokonanie poprawienia tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w pierwszej kolejności powinien wezwać

Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zasadności poprawienia konkretnych pozycji Kosztorysu ofertowego jako omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a następnie dokonać poprawy ww. omyłek jako nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2589/18.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający wbrew powyższym obowiązkom nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do wycenienia w Kosztorysie ofertowym poszczególnych pozycji Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ i zaniechał poprawienia ww. pozycji jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, oraz odrzucił ofertę Odwołującego jako nie odpowiadającą treści SIWZ. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia ofert pozostałych wykonawców Odwołujący stwierdził, że Kosztorysy ofertowe stanowiące załączniki do ofert złożonych przez wykonawców WASBUD R.W., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A.B. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. zostały sporządzone na podstawie nowego Przedmiaru robót, udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego po upływie terminu składania ofert, tj. dnia 24 września 2019 r. o godz. 10:42:59.

Odwołujący podniósł, że skoro Kosztorysy ofertowe powinny być sporządzone zgodnie z Przedmiarem robót stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ aktualnym na moment składania ofert, tj. Przedmiarem robót udostępnionym na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 9 września 2019 r., a Kosztorysy ofertowe wykonawców WASBUD R. W., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. zostały sporządzone na podstawie Przedmiaru robót z dnia 24 września 2019 r., to oferty ww. wykonawców powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Pzp jest postępowaniem bardzo sformalizowanym. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami. Wykonawca zaś zobowiązany jest sprostać wymaganiom zamawiającego lub nie składać oferty w danym postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca nie może samodzielnie modyfikować zapisów SIWZ.

Odwołujący przyznał i podkreślił, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu są związani treścią SIWZ. Odwołujący zwrócił jednak uwagę na fakt, że również, a może przede wszystkim, Zamawiający jest zobligowany do respektowania ustalonych przez siebie zasad. Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający ukształtował treść wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia żądając, aby wykonawca spełniał określone warunki SIWZ, powinien następnie działać konsekwentnie, oceniając złożone w postępowaniu oferty poprzez pryzmat sprecyzowanych na etapie przygotowania SIWZ wymagań. Odwołujący wskazał na stanowisko zaprezentowane w wyroku Izby z dnia 19 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 621/19.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest zobowiązany do oceny złożonych ofert zgodnie z ustaloną przez siebie treścią SIWZ. Jeżeli treść jakiegokolwiek oferty nie odpowiada treści wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że konieczność odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada zapisom SIWZ podkreśliła również Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyrokach z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1038/19 oraz z dnia 24 marca 2015 r., sygn. akt KIO 436/15.

Odwołujący stwierdził, że oferty wykonawców WASBUD R. W., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. powinny podlegać odrzuceniu ze względu na ich niezgodności z postanowieniami SIWZ polegające na sporządzeniu przez ww. wykonawców Kosztorysów ofertowych niezgodnie z postanowieniami Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego dnia 9 września 2019 r. tj. przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący uznał, że Zamawiający zaniechawszy powyższej czynności dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący dalej argumentował, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie doszło również do wypełnienia przez Zamawiającego dyspozycji art. 38 ust. 4 i ust. 6 ustawy Pzp ze względu na niezrealizowanie obowiązku przekazania na równych zasadach wszystkim wykonawcom informacji o dokonanych zmianach SIWZ, tj. treści Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący ponownie wskazał, że nowy Przedmiar robót został udostępniony na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24 września 2019 r. o godz. 10:42:59, co miało miejsce po upływie terminu składania ofert. Odwołujący podkreślił, że od dnia zamieszczenia dokumentacji postępowania na stronie internetowej Zamawiającego, tj. 9 września 2019 r., do upływu terminu składania ofert, co miało miejsce dnia 24 września 2019 r. o godz. 10:00,

Zamawiający nie dokonywał żadnych zmian w dokumentacji postępowania, w tym w udostępnionym Przedmiarze robót stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ, na co wskazuje rejestr zmian na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołujący podał również, że Zamawiający nie odpowiadał na żadne wnioski o wyjaśnienia treści SIWZ, w tym Przedmiaru robót. Brak zatem wątpliwości co do tego, że do momentu upływu terminu składania ofert, Zamawiający nie dokonał zmiany Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego.

Powyższe wskazuje, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający oficjalnie udostępnił zmieniony Przedmiar robót po upływie terminu składania ofert. Tym samym, w przekonaniu Odwołującego, doszło do naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający był zobowiązany do zamieszczenia zmodyfikowanego Przedmiaru robót na swojej stronie internetowej przed upływem terminu składania ofert, któremu to obowiązki nie podołał.

Odwołujący podniósł, że z przepisem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp związany jest art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, skoro dokonane zmiany Przedmiaru robót były na tyle istotne, że ich niewprowadzenie powodowało odrzucenie oferty, Zamawiający powinien zamieścić na stronie internetowej informację o dokonanej zmianie Przedmiaru robót i przedłużyć termin składania i otwarcia ofert. W okolicznościach sprawy Zamawiający zaniechał takiego działania, co, wobec zamieszczenia na swojej stronie internetowej zmodyfikowanego Przedmiaru robót po terminie składania ofert, byłoby działaniem spóźnionym. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający zamieszczając na swojej stronie internetowej zmodyfikowany Przedmiar robót usunął plik z pierwotnym Przedmiarem robót udostępnionym 9 września 2019 r.

Odwołujący wyraził też wątpliwości co do sposobu przekazywania informacji wszystkim wykonawcom na równych zasadach. Odwołujący stwierdził, że po wglądzie do ofert konkurencyjnych okazało się, że oferty wykonawców WASBUD R. W., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. zawierają Kosztorys ofertowy opracowany na podstawie zmodyfikowanego Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24 września 2019 r. o godz. 10:42:59. Powyższe, w ocenie Odwołującego, wskazuje na prawdopodobieństwo, iż ww. wykonawcy uzyskali informację o zmianach dokonanych w Przedmiarze robót na długo przed upływem terminu składania ofert poza oficjalną drogą udostępniania dokumentów postępowania, tj. za pośrednictwem strony internetowej Zamawiającego. W związku z powyższym, Odwołujący stwierdził, że w sprawie mogło dość

również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę na pogląd Izby wyrażony w wyroku z dnia 11 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1248/18.

Odwołujący wskazał, że w powyższych okolicznościach doszło do naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 38 ust. 4 i ust. 6 ustawy Pzp. Podniesione naruszenie, w ocenie Odwołującego, prowadzi również do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i w konsekwencji:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wypełnienia Kosztorysu ofertowego zgodnie z postanowieniami SIWZ, a w szczególności pozycją 47 Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ;
3. nakazanie Zamawiającemu poprawienia Kosztorysu ofertowego na podstawie postanowień SIWZ, a w szczególności pozycji 47 Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty;
4. na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 258 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2019 poz. 1460) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: p. M. J. (48-100 Głubczyce, ul. Kochanowskiego 11) oraz innych pracowników Przedsiębiorstwo Obsługi Budownictwa "ADP" s.c. (48-100 Głubczyce, ul. Kochanowskiego 11) uczestniczących przy sporządzaniu Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ w postępowaniu wraz dalszymi zmianami ww. dokumentu - na okoliczność ustalenia daty i zakresu dokonywania dokonania dalszych zmian Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ w postępowaniu od dnia 29 lipca 2018 r. do dnia upływu terminu składania ofert, tj. 24 września 2019 r., ze szczególnych uwzględnieniem okresu 9-24 września 2019 r.;
5. zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia rzetelnych danych z serwera, na którym prowadzona jest strona internetowa Zamawiającego dotyczących wszystkich zmian dokonywanych na stronie internetowej Zamawiającego w zakresie zamieszczania i zmiany

dokumentów postępowania, w szczególności odnośnie usuwanych plików stanowiących dokumentację postępowania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B..

W dniu 10 października 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Za wykazaną przez Zamawiającego Izba uznała okoliczność, że modyfikacja Przedmiaru robót miała miejsce w dniu 10 września 2019 r. i została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w tym dniu. Na tę okoliczność Zamawiający przedstawił pełny rejestr zmian, który identyfikuje modyfikacje poszczególnych plików zamieszczonych na stronie internetowej w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rejestr ten wskazuje, że w dniu 9 września 2019 r. na stronie internetowej Zamawiającego został zamieszczony plik o nazwie „Przedmiar – ulica Kozielska.pdf”. W dniu 10 września 2019 r. dokonano zamiany ww. pliku na plik o nazwie „PRZEBUDOWA ULICY KOZIELSKIEJ W GŁUBCZYCACH – przedmiar”. Z ww. rejestru wynika, że pomiędzy 10 września 2019 r. a 24 września 2019 r., kiedy zamieszczono Informację z otwarcia ofert, na stronie internetowej Zamawiającego nie dokonywano zmian dotyczących przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wyjaśnił, że występujące w rejestrze zmian strony internetowej przywołanym przez Odwołującego pozycje pod nazwą „modyfikacje strony” rejestrują wyłącznie zmiany polegające na modyfikacji treści strony internetowej, nie dotyczą zaś bezpośrednio zamieszczonych na niej plików. Każdy zamieszczony na stronie plik posiada własny, odrębny rejestr, do którego dotrzeć można poprzez rozwinięcie na stronie zakładki „Załączniki”. Następnie, po rozwinięciu pozycji o nazwie „PRZEBUDOWA ULICY KOZIELSKIEJ W GŁUBCZYCACH – przedmiar” zobaczyć można całą historię wprowadzanych zmian. Potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego jest oświadczenie netconcept.com spółka jawna – podmiotu świadczącego dla Zamawiającego usługi w zakresie tworzenia i obsługi aplikacji oraz stron internetowych, który stwierdził w piśmie z dnia 9 października 2019 r., że plik „PRZEBUDOWA ULICY KOZIELSKIEJ W GŁUBCZYCACH – przedmiar” „został podmieniony na nową wersję dnia 10.09.2019 o godzinie 9:45:11. W dniu 24.09.2019 o godz. 10:42:38 do strony dodany został wyłącznie plik o nazwie „Informacja z otwarcia ofert”, nie dokonywano natomiast żadnych innych zmian, w szczególności dotyczących pliku przedmiaru”. Netconcept.com spółka jawna do oświadczenia dołączyła wydruk z logów systemu BIP, potwierdzający ww. okoliczności. Izba stwierdziła, że okoliczności ustalenia daty i zakresu zmian dokonanych w Przedmiarze robót zostały w sposób wystarczający wykazane złożonymi przez Zamawiającego, opisanymi powyżej, dowodami. Z tego względu, Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków uznając, że przeprowadzenie tego dowodu przyczyniłoby się do zwłoki w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że dowodów na okoliczność, że zmodyfikowany Przedmiar robót został zamieszczony przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 24 września 2019 r. nie mogą stanowić zrzuty z ekranu zamieszczone na stronie 8 i 9 odwołania, bowiem w żaden sposób z nich nie wynika, że Przedmiar robót dla przedmiotowego postępowania w wersji pierwotnej został pobrany ze strony internetowej Zamawiającego w dniu 20 września 2019 r.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 i 6 ustawy Pzp przez nieuczynienie zadość obowiązkowi przekazania na równych zasadach wszystkim wykonawcom informacji o dokonanych zmianach SIWZ, tj. treści Przedmiaru robót stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ, przed upływem terminu składania ofert, nie zasługuje na uwzględnienie. Dowody złożone przez Zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości wskazują, że Przedmiar robót został zmodyfikowany i zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 10 września 2019 r. Odwołujący nie wykazał zaś, że Przedmiar robót został przekazany pozostałym

wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie w jakikolwiek inny sposób.

Na rozprawie Odwołujący zwracał uwagę na sposób modyfikacji przez Zamawiającego Przedmiaru robót, tj. na zamianę plików, co jak stwierdził Odwołujący, nie jest działaniem przejrzystym i stanowi naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Powyższe twierdzenie stanowi zarzut, który jako nie podniesiony w odwołaniu, nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę w związku z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Ustalenia poczynione powyżej stanowią podstawę do oddalenia także zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców WASBUD R. W., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. w zakresie ich niezgodności z postanowieniami SIWZ ze względu na sporządzenie Kosztorysów ofertowych niezgodnie z postanowieniami Przedmiaru robót udostępnionego na stronie internetowej Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Wobec stwierdzenia przez Izbę, że wykazane zostało, iż zmodyfikowany Przedmiar robót został przez Zamawiającego zamieszczony na stronie internetowej w dniu 10 września 2019 r., brak jest podstaw do uznania, że oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, przygotowane w oparciu o aktualną dokumentację, są niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący postawił także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ ze względu na niewycenienie w Kosztorysie ofertowym pozycji 67, 147 i 160 Przedmiaru robót. Przedmiotowy zarzut Odwołujący oparł na twierdzeniu, że zmodyfikowany Przedmiar robót został udostępniony na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 24 września 2019 r., tj. po terminie składania ofert. Odwołujący argumentował, że w takim stanie faktycznym dokumentem wiążącym zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego, jest Przedmiar robót w wersji pierwotnej, opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 9 września 2019 r. i ten dokument powinien być podstawą oceny przez Zamawiającego zgodności ofert z treścią SIWZ.

Wobec ustalenia przez Izbę, że w dniu 10 września 2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej zmodyfikowany Przedmiar robót, Izba stwierdziła, że wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązany był do wykazania należytej staranności i przygotowania oferty w oparciu o zmodyfikowany Przedmiar robót. Z uwagi na charakter przedmiotowego zamówienia, Kosztorys ofertowy przygotowany przez wykonawcę w oparciu o aktualną wersję Przedmiaru robót, ma istotne znaczenie dla ustalenia

zadeklarowanego zakresu prac. Kosztorys ofertowy stanowi w tym przypadku treść oferty zawierającą zakres oferowanego przedmiotu zamówienia, sposób jego realizacji oraz cenę. Dokument ten musi zatem prezentować przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Porównanie oświadczenia woli Odwołującego z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w dokumentacji postępowania, przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Odwołujący twierdził, że pobrał plik z Przedmiarem robót w wersji pierwotnej w dniu 20 września 2019 r. Tymczasem, jak ustalono w sprawie, w tym dniu pliku tego nie można było znaleźć na stronie internetowej – w dniu 10 września 2019 r. Zamawiający zamienił plik z pierwotną treścią Przedmiaru robót zatytułowany „Przedmiar – ulica Kozielska.pdf” na plik zawierający zmodyfikowany przedmiar o nazwie „PRZEBUDOWA ULICY KOZIELSKIEJ W GŁUBCZYCACH – przedmiar”. Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia było złożenie oferty potwierdzającej realizację pełnego zakresu zamówienia, w sposób wymagany przez Zamawiającego, za określoną cenę. Zgodnie z postanowieniami działu XII pkt 2 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby Kosztorysy ofertowe sporządzone zostały zgodnie z Przedmiarem robót, przy zachowaniu kolejności pozycji Przedmiaru. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy złożony przez Odwołującego Kosztorys ofertowy nie zawierał pozycji 67, 147 i 160 Przedmiaru robót. Zakresu prac opisanego w ww. pozycjach Przedmiaru nie można było wywieść z pozostałej części Kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego. Tym samym, oferta Odwołującego nie obejmowała pełnego zakresu zamówienia. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na niewycenienie w Kosztorysie ofertowym pozycji 67, 147 i 160 Przedmiaru robót była prawidłowa.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ ze względu na wypełnienie Kosztorysu ofertowego niezgodnie z postanowieniami SIWZ, w tym pozycji 151 i 47 Przedmiaru robót.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których, z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby

oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09). Orzecznictwo wydane w związku z powołanym przepisem wypracowało dyrektywy uzdrowienia oferty dotkniętej omyłkami. Przede wszystkim, omyłki powinny być niezamierzone przez wykonawcę. Po drugie, powinny mieć one charakter nieistotny, co ocenia się z reguły z zastosowaniem kryterium wartości, liczby pozycji ofertowych, w których znajdują się omyłki w stosunku do całości świadczenia oraz przedmiotowego znaczenia poprawianych elementów w stosunku do całości świadczenia wykonawcy. Przyjmuje się również, że zamawiający powinien móc we własnym zakresie ustalić sposób poprawienia oferty. Źródłem tego poglądu jest nie tylko wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, ale również to, że celem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest odtworzenie oświadczenia wykonawcy zniekształconego skutkiem popełnienia omyłki, nie zaś ukształtowanie przez zamawiającego nowego oświadczenia woli wykonawcy. Tego rodzaju działanie zamawiającego, nawet jeśli dotyczy nielicznych pozycji oferty, o relatywnie niedużej wartości w stosunku do ceny całej oferty, nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oceny czy przesłanki do poprawienia oferty na podstawie ww. przepisu zaistniały w danym stanie faktycznym, należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy (*ad casum*).

Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, że w rozpatrywanym stanie faktycznym nie ziszczyły się przesłanki uprawniające Zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba miała na uwadze, że Odwołujący przyznał w odwołaniu, że opis pozycji 151 został dokonany na podstawie pierwotnego Przedmiaru robót, a zatem dokumentu nieaktualnego na dzień składania ofert. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że błędny opis jest skutkiem niecelowego, omyłkowego działania wykonawcy, a tylko w takiej sytuacji istnieją podstawy do rozważania możliwości poprawienia oferty. Ponadto, w Kosztorysie ofertowym Odwołującego brak jest pozycji w pełni odpowiadającej opisowi pozycji 151 zmodyfikowanego Przedmiaru robót, a zatem Zamawiający nie ma podstaw do zmiany oświadczenia woli Odwołującego w przedmiotowym zakresie.

Izba nie dopatrzyła się również możliwości poprawienia oferty Odwołującego w zakresie pozycji 47 Kosztorysu ofertowego. Zamawiający w dziale XII pkt 2 SIWZ zastrzegł, że „kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji szczegółowej wg zasad opisanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych”. Odwołujący w pozycji 47 Kosztorysu ofertowego przedstawił ceny jednostkowe, nie wskazał jednak

sposobu obliczenia ceny jednostkowej, udziału w niej poszczególnych elementów cenotwórczych, takich jak nakłady, robocizna, materiały i sprzęt. Tym samym, Odwołujący wycenił przedmiotową pozycję metodą uproszczoną. Izba stwierdziła, że poprawienie oferty Odwołującego w ww. zakresie nie jest możliwe, Zamawiający nie posiada bowiem wystarczających danych, aby odtworzyć oświadczenie wykonawcy o prawidłowej treści. Ponadto, nawet gdyby uznać, że w zakresie pozycji 47 Kosztorysu ofertowego istniałaby możliwość poprawienia oferty po wystąpieniu przez Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, to udzielenie Zamawiającemu niezbędnych informacji dla poprawy pozycji 47 Kosztorysu ofertowego, nie niwelowałoby podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego stwierdzonych powyżej.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu, że Zamawiający stwierdzając w piśmie z dnia 25 września 2019 r., że „kosztorys ofertowy zawiera szereg pozycji, dla obliczenia których zastosowano błędny obmiar, co w konsekwencji skutkuje błędnym obliczeniem całkowitej ceny oferty” nie wskazał, których elementów Kosztorysu ofertowego dotyczy podanie błędnego obmiaru, Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty zobowiązany jest wskazać wszelkie uchybienia stanowiące podstawę do dokonania takiej czynności. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wskazał jednak, że podanie błędnych obmiarów stanowiło podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający w dalszej części pisma z dnia 25 września 2019 r. podał, że „po dokonaniu korekty obmiarów zawartych w ofercie Wykonawcy oraz poprawieniu zaistniałych omyłek (możliwych do poprawy na podstawie danych zawartych w kosztorysie ofertowym) wartość oferty (z najkorzystniejszą ceną na dzień otwarcia ofert) przekroczyła wartość kolejnej oferty (drugiej w kolejności na dzień otwarcia ofert)”. Powyższe wskazuje, że Zamawiający wyraził gotowość poprawienia przedmiotowych omyłek, nie stanowiły one zatem podstawy do odrzucenia oferty. Ponadto, wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, sposób, w jaki Zamawiający podszedł do błędnych obmiarów pozostaje bez wpływu na skutek postępowania odwoławczego.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :