

WYROK

z dnia 15 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2017 r. przez wykonawcę **S. S.A. z siedzibą w W.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Mostów w L. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w L. Sp. z o.o.**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. R. D. L. S.A. z siedzibą w L.(2), K. P. R. D. Sp. z o.o. z siedzibą w L.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - 1.2. dokonanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, poprzez wpisanie do kosztorysu Bramownice VMS kwoty podanej w poz. 147 kosztorysu ofertowego branży drogowej, z odpowiednim skorygowaniem poz. 16 kosztorysu Bramownice VMS, a także poprzez pomniejszenie ceny oferty o wartość kosztorysu Bramownice VMS,
 - 1.3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg i Mostów w L. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w L. Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Mostów w L. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w L. Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa nowego odcinka drogi łączącej ul. (...) z ul. (...) w L. wraz z budową bezkolizyjnego skrzyżowania z boczną kolejową i budową sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej.*

W dniu 3 listopada 2017 r. wykonawca S. S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 24 października 2017 r. dokonał odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Wcześniej, w dniu 17 października 2017 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a mianowicie: *W której pozycji kosztorysu – bramownicy VMS Wykonawca wycenił koszt dwóch znaków zmiennej treści wg schematu przewidzianego w projekcie? W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w dniu 19 października 2017 r. oświadczył, że w pozycji nr 16 kosztorysu bramownicy VMS wycenił tylko montaż znaków zmiennej treści, zgodnie z opisem pozycji, natomiast koszt dwóch znaków zmiennej treści wg schematu przewidzianego w projekcie został wyceniony i ujęty w pozycji nr 147 kosztorysu ofertowego branży drogowej, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 26 września 2017 r.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający niesłusznie uznał jego ofertę Odwołującego za nieodpowiadającą treści SIWZ. Wskazał, że wyraźnie oświadczył, że ujął w cenie oferty koszt dwóch znaków zmiennej treści wg schematu przewidzianego w projekcie, zatem przedmiot zamówienia zaoferowany przez Odwołującego odpowiada przedmiotowi zamówienia według SIWZ. Odwołujący wycenił i ujął w cenie oferty wszystkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, w tym koszt przedmiotowych znaków.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podniósł, że oświadczenie Odwołującego zawarte w piśmie z 19 października 2017 r. potwierdza, że oferta została sporządzona niezgodnie z jednoznacznymi i precyzyjnymi instrukcjami Zamawiającego. Kwestionując powyższe stanowisko Zamawiającego Odwołujący podniósł, że dniu 15 września 2017 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację

o uzupełnieniu wzoru kosztorysu ofertowego o „kosztorys ofertowy – bramownice VMS”: *Ponadto zostaje dodany „kosztorys ofertowy – bramownice VMS”, który stanowi uszczegółowienie pozycji nr 147 do kosztorysu ofertowego – branży drogowej. Wykonawca po wypełnieniu całego kosztorysu ofertowego – bramownice VMS, jego sumaryczną wartość netto powinien wpisać w pozycji nr 147 kosztorysu ofertowego – branży drogowej.* W związku z tym, że powyższa odpowiedź była nieprecyzyjna i niejednoznaczna, jeden z oferentów zadał w tym zakresie kolejne pytanie, na które Zamawiający w dniu 26 września 2017 r. odpowiedział następująco: *W pozycji kosztorysu ofertowego branży drogowej dot. znaków zmiennej treści należy przewidzieć koszt dwóch bramownic wg. odrębnego szczegółowego kosztorysu branży konstrukcyjnej oraz koszt dwóch znaków zmiennej treści wg. schematu przewidzianego w projekcie – w obudowie ok. 144 x 514 cm (znak o trzech liniach wyświetlanego tekstu).* Udzielając powyższej odpowiedzi Zamawiający dokonał jednocześnie modyfikacji kosztorysu ofertowego – bramownice VMS poprzez dodanie w nim pozycji nr 16 o brzmieniu: „montaż tablic znaków zmiennej treści o wymiarach (...)”.

Odwołujący zaprzeczył, jakoby działanie Zamawiającego było jednoznacznym i precyzyjnym wskazaniem dla wykonawców, że to właśnie w pozycji nr 16 „kosztorysu ofertowego – bramownice VMS” należy ująć koszt dwóch znaków zmiennej treści wraz z ich montażem. Dla Odwołującego oczywistym i jednoznacznym było, że w pozycji nr 16 należy ująć tylko montaż znaków, natomiast koszt materiału, tj. znaków, należy ująć w pozycji 147 kosztorysu branży drogowej. I tak też Odwołujący sporządził swoją ofertę.

Odwołujący podniósł, że w świetle złożonego oświadczenia, że koszt dwóch znaków zmiennej treści został wyceniony i ujęty w pozycji 147 kosztorysu branży drogowej, zgodnie z odpowiedzią nr 2 z 26 września 2017 r., rozbieżność pomiędzy wartością pozycji nr 147 kosztorysu branży drogowej a sumaryczną wartością kosztorysu bramownice VMS w żadnym wypadku nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Nawet jeśli uznać, że oferta Odwołującego została sporządzona niezgodnie z instrukcjami Zamawiającego, to zachodziłaby tu niezgodność formalna, która nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Odwołujący stwierdził jednak, że sporządził zgodnie z wymaganiami SIWZ i instrukcjami Zamawiającego, zatem nie zachodzi tu nawet niezgodność formalna. Z instrukcji Zamawiającego nie wynikało jednoznacznie i precyzyjnie, że wartość pozycji 147 kosztorysu branży drogowej ma być tożsama z wartością kosztorysu bramownice VMS.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Izby stwierdził, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie musi polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach, lecz istotne jest, aby sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego. Treść SIWZ jest ustalana przez Zamawiającego, jest on jej autorem i w granicach określonych ustawą Pzp

kreuje zarówno jej zawartość, jak i przyszłe zobowiązania stron. Zamawiający powinien dochować należytej staranności w formułowaniu zapisów SIWZ w tym opisie przedmiotu zamówienia, czy wzoru przyszłej umowy bądź istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ma to znaczenie dla późniejszej oceny zgodności złożonych ofert z postanowieniami wyspecyfikowanymi przez zamawiającego. Działania Odwołującego wynikały z odpowiedzi Zamawiającego i na etapie oceny ofert Zamawiający nie może składać interpretacji odpowiedzi udzielanych w toku postępowania.

Odwołujący podkreślił, że ujął w cenie oferty koszt dwóch znaków zmiennej treści wg schematu przewidzianego w projekcie, jednak w związku z odpowiedzią Zamawiającego, zamieszczoną na dwa dni terminem składania ofert, Odwołujący popełnił omyłkę polegającą na ponownym wliczeniu kosztorysu bramownicy VMS do ceny całej oferty, którego wartość zawierała się w pozycji 147 kosztorysu ofertowego branży drogowej. W związku z wyjaśnieniami Odwołującego i uzyskaniem przez Zamawiającego wiedzy o omyłce dokonanej przez Odwołującego, Zamawiający powinien dokonać poprawy oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez odjęcie od ceny oferty Odwołującego kwoty wynikającej z kosztorysu bramownicy VMS, tj. 118.143,88 zł.

Zdaniem Odwołującego błędne jest twierdzenie Zamawiającego, że jedynym możliwym sposobem na poprawę przedmiotowej omyłki byłoby zastosowanie instrukcji opisanej w informacji Zamawiającego z 15 września 2017 r., tj. wykreślenie z pozycji nr 147 kosztorysu branży drogowej kwoty 380.460,50 zł oraz wpisanie w tę pozycję sumarycznej wartości netto kosztorysu bramownicy VMS, tj. kwoty 118.143,88 zł. Dokonanie przez Zamawiającego poprawy oferty Odwołującego poprzez odjęcie od ceny oferty Odwołującego kwoty wynikającej z kosztorysu bramownicy VMS, tj. 118.143,88 zł, ponieważ kwota ta zawiera się w pozycji 147 kosztorysu ofertowego branży drogowej, w żadnym wypadku nie byłaby istotną zmianą treści oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego że oferta Odwołującego została poprawiona w drodze korespondencji z Zamawiającym, gdyż art. 87 ust. 1 pozostaje w korelacji z ust. 2 tegoż artykułu. Wykonawca popełnił omyłkę polegającą na dwukrotnym ujęciu w cenie oferty kwoty 118.143,88 zł. Omyłkę tę z całą pewnością można uznać za omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Wskazał, że z szerokiego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wynika, że o istotnej zmianie treści oferty można mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, natomiast odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa i nieusuwalna w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący nie zgodził się również z twierdzeniem Zamawiającego, że *pozostawienie oferty Wykonawcy bez poprawiania też nie jest możliwe*. Nawet jeśli przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z instrukcjami Zamawiającego, to ma miejsce jedynie niezgodność co do formy. Odpowiedź z 26 września 2017 r. jednoznacznie wskazała, że koszt dwóch znaków zmiennej treści należy przewidzieć w pozycji kosztorysu ofertowego branży drogowej dot. znaków zmiennej treści. To, że pozostali dwaj oferenci sporządzili oferty w odmienny sposób nie przesądza o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, dokonania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian treści oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 26 kwietnia 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w dniu 15 września 2017 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, podając, że w kosztorysie ofertowym (zał. Nr 7 do SIWZ) modyfikacji ulega m.in. kosztorys ofertowy – branża drogowa. Ponadto zostaje dodany „kosztorys ofertowy – bramownice VMS”, który stanowi uszczegółowienie pozycji nr 147 do kosztorysu ofertowego – branży drogowej. Wykonawca po wypełnieniu całego kosztorysu ofertowego – bramownice VMS, jego sumaryczną wartość netto powinien wpisać w pozycji nr 147 kosztorysu ofertowego –

branży drogowej jako wartość jednego kompletu „Znaków zmiennej treści wraz z bramownicą przestrzenną (...)”. Opis poz. 147 kosztorysu branży drogowej otrzymał brzmienie: „Znaki zmiennej treści wraz z bramownicą przestrzenną nad jezdnią o szerokości dwóch pasów ruchu, rozpiętość bramownicy – 10,5 m (szczegółowo – wg odrębnego kosztorysu branżowego).

W dniu 26 września 2017 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień dotyczących braku w kosztorysie Bramownicy VMS pozycji ujmujących wykonanie znaków zmiennej treści. Zamawiający poinformował, że w pozycji kosztorysu ofertowego branży drogowej dot. znaków zmiennej treści należy przewidzieć koszt dwóch bramownic wg odrębnego szczegółowego kosztorysu branży konstrukcyjnej oraz koszt dwóch znaków zmiennej treści. Jednocześnie Zamawiający dokonał zmiany kosztorysu ofertowego Bramownicy VMS, dodając w nim pozycję nr 16 o treści „montaż tablic znaków zmiennej treści o wymiarach ok. 144x514 cm 2 szt.”

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

- 1) P. R. D. L. S.A.: termin realizacji 17 kwietnia 2019 r., gwarancja 60 miesięcy, cena 46.977.244,68 zł,
- 2) S. S.A.: termin realizacji 17 kwietnia 2019 r., gwarancja 60 miesięcy, cena 47.052.271,17 zł,
- 3) S.(2) Sp. z o.o.: termin realizacji 17 kwietnia 2019 r., gwarancja 60 miesięcy, cena 51.278.520,92 zł.

Odwołujący złożył następujące kosztorysu:

- 1) Kosztorys branży drogowej: 16.854.534,06 zł (w tym poz. 147: 380.460,50 zł),
- 2) Tunel nad bocznicą kolejową i ściany oporowe: 5.489.127,61 zł,
- 3) Przebudowa sieci wodociągowej z odgałęzzeniami pozostająca w kolizji z nowym układem drogowym: 936.620,85 zł,
- 4) Przebudowa sieci kanalizacji sanitarnej: 1.511.872,80 zł,
- 5) Kanalizacja deszczowa: 5.470.657,69 zł,
- 6) Przebudowa sieci gazowej: 334.914,33 zł,
- 7) Przebudowa sieci ciepłej: 1.024.354,34 zł,
- 8) Przebudowa drogowej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulic (...): 584.857,71
- 9) Budowa drogowej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulic (...): 725.651,41 zł,
- 10) Przebudowa drogowej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulic (...): 571.770,91 zł,
- 11) Przebudowa drogowej sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu ulic (...): 41.681,70
- 12) Oświetlenie uliczne: 1.659.727,45 zł,
- 13) Przebudowa sieci elektroenergetycznej: 980.542,86 zł

- 14) Przebudowa kolizji sieci telekomunikacyjnych: 455.474,56 zł,
- 15) Budowa kanału technologicznego: 444.997,91 zł,
- 16) Wykonanie i montaż dwóch dwustronnych tablic informacyjnych: 3.863,55 zł,
- 17) Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w ul. (...): 168.589,97 zł,
- 18) Budowa sieci wodociągowej z odgałęzieniami: 711.583,39 zł,
- 19) Przebudowa sieci wodociągowej z odgałęzieniami na odcinkach: A-B, C-D, E-F, G-H: 164.912,02 zł.
- 20) Bramownica pod znak zmiennej treści: 118.143,88 zł (w tym poz. 16: 8.635,02 zł).

W dniu 17 października 2017 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnienia, w której pozycji kosztorysu – bramownice VMS wycenił koszt dwóch znaków zmiennej treści wg schematu przewidzianego w projekcie. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w dniu 19 października 2017 r. oświadczył, że w pozycji nr 16 kosztorysu bramownice VMS wycenił tylko montaż znaków zmiennej treści, zgodnie z opisem pozycji, natomiast koszt dwóch znaków zmiennej treści wg schematu przewidzianego w projekcie został wyceniony i ujęty w pozycji nr 147 kosztorysu ofertowego branży drogowej, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 26 września 2017 r. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że sumując wartość całej oferty omyłkowo wliczył do ceny oferty kosztorys Bramownice VMS, którego wartość zawierała się w poz. 147 kosztorysu branży drogowej. Odwołujący zwrócił się o poprawienie omyłki w tym zakresie.

Pismem z 24 października 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia Zamawiający wskazał, że w dniu 15 września 2017 r. w sposób jasny i precyzyjny udzielił instrukcji dotyczącej poz. 147 kosztorysu branży drogowej i kosztorysu Bramownice VMS. Powołał się również na treść wyjaśnień do SIWZ z 26 września 2017 r. Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego Zamawiający stwierdził, że potwierdzają one niezgodność z instrukcjami z 15 i 26 września 2017 r. Zamawiający poinformował, że nie może dokonać poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wskazał, że jedyny możliwy sposób usunięcia omyłki polegałby na wykreśleniu z poz. 147 kosztorysu branży drogowej kwoty 380.460,50 zł i wpisanie w to miejsce kwoty 118.143,88 zł, tymczasem z treści wyjaśnień wynika, że kwota 118.143,88 zł nie zawiera kosztu znaków zmiennej treści, zatem poprawienie oferty zgodnie z instrukcjami Zamawiającego doprowadziłoby do sytuacji, w której oferta nie będzie zawierała wszystkich elementów stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał również, że poprawienie omyłki w inny sposób wymagałoby przeprowadzenia dodatkowych działań matematycznych i ustalenia nowej ceny jednostkowej dla pozycji 16 kosztorysu Bramownice VMS, co byłoby istotną zmianą treści oferty i byłoby niemożliwe, gdyby nie informacje

podane przez wykonawcę w wyjaśnieniach. Zdaniem Zamawiającego poprawienie omyłki byłoby naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, natomiast pozostawienie oferty bez poprawienia sprawia, że jest niezgodna z instrukcjami Zamawiającego i różni się od treści ofert złożonych przez pozostałych wykonawców.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, 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. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Odnosząc się do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie należy stwierdzić, że wyjaśnienia Zamawiającego oraz opis poz. 16 kosztorysu Bramownice VMS nie były do końca precyzyjne i pozostawiały pewien margines wątpliwości co do relacji między ww. kosztorysem a poz. 147 kosztorysu branży budowlanej. Co prawda w wyjaśnieniach z 15 września 2017 r. Zamawiający podał, że po wypełnieniu całego kosztorysu Bramownice VMS, jego sumaryczną wartość netto należy wpisać w pozycji nr 147 kosztorysu ofertowego – branży drogowej jako wartość jednego kompletu „Znaków zmiennej treści wraz z bramownicą przestrzenną (...)”, jednak w wyjaśnieniach z 26 września 2017 r. wskazał, że w poz. 147 branży drogowej należy przewidzieć koszt dwóch bramownic wg odrębnego szczegółowego kosztorysu branży konstrukcyjnej oraz koszt dwóch znaków zmiennej treści, tj. co mogło sugerować, że uszczegółowiony kosztorys odnosi się do kosztu bramownic, a w poz. 147 dodatkowo należy ująć koszt znaków zmiennej treści. Jednocześnie w poz. 16 kosztorysu Bramownice Zamawiający zamieścił opis „montaż tablic znaków zmiennej treści”, który nie wskazywał literalnie na konieczność ujęcia kosztu samych znaków. Chociaż zdaniem Izby prawidłowa interpretacja wyjaśnień

powinna prowadzić do wniosku, że wartość poz. 147 kosztorysu branży drogowej i wartość kosztorysu Bramownice VMS powinny być tożsame, to jednak wystąpił tu pewien stopień braku precyzji, który mógł spowodować złe odczytanie oczekiwań Zamawiającego i w konsekwencji omyłkę przy sporządzeniu oferty.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że zaistniała niezgodność ma charakter wyłącznie formalny (należy bowiem wziąć pod uwagę obmiarowy charakter przyszłych rozliczeń), nie oznacza to jednak, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była zasadna. W ocenie Izby wadliwość oferty w tym zakresie podlegała poprawieniu. Należy wziąć pod uwagę wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego, w których oświadczył, że koszt dwóch znaków zmiennej treści ujął w poz. 147 kosztorysu branży drogowej. Złożone wyjaśnienia Izba uznała za logiczne i przekonujące w świetle dokonanych zmian w SIWZ oraz w świetle brzmienia opisu poz. 16 kosztorysu Bramownice VMS. Jednocześnie wyjaśnienia te mają oparcie w złożonej przez Odwołującego ofercie i nie wprowadzają do oferty żadnej nowej treści. Należy bowiem zauważyć, że w ofercie wycenione zostały wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, a wartość jednostkową znaków zmiennej treści można bez przeszkód ustalić na podstawie złożonych kosztorysów. Nie sposób natomiast zgodzić się z Zamawiającym, że jedynym sposobem poprawienia omyłki byłoby wpisanie w poz. 147 kosztorysu branży drogowej wartości 118.143,88 zł, nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że omyłki należy upatrywać w kosztorysie Bramownice VMS, nie zaś w kosztorysie branży drogowej (jak zauważył sam Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty, kwota 118.143,88 zł była niewiarygodnie niska).

W ocenie Izby poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie danych zawartych w ofercie, popartych złożonymi wyjaśnieniami. Zamawiający poprzez wykonanie prostych działań matematycznych jest w stanie poprawnie ustalić, jaka powinna być wartość pozycji 16 kosztorysu Bramownica VMS i w konsekwencji wartość całego tego kosztorysu, dysponuje bowiem informacjami, jaka jest wartość znaków zmiennej treści z bramownicą oraz wartość nieobejmująca kosztów samych znaków, a jedynie ich montaż. Możliwe jest więc ustalenie, na podstawie informacji zawartych w ofercie, wartości samych znaków. Poprawienie oferty w ten sposób dotyczy na tyle niewielkiego zakresu w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, tak w ujęciu ilościowym, jak i wartościowym, że nie sposób go uznać za istotną zmianę treści oferty.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że poprawienie oferty w sposób eliminujący omyłkę w poz. 16 kosztorysu Bramownice VMS byłoby negocjowaniem treści oferty oraz stanowiłoby naruszenie art. 7 ustawy Pzp. Wzięcie pod uwagę wyjaśnień, które mają oparcie w ofercie i nie wprowadzają do niej treści niedającej się wyprowadzić z informacji w ofercie podanych, nie może być uznane za negocjowanie treści oferty.

Podkreślenia wymaga, że poprawienie omyłki prowadzące do dostosowania oferty do wymagań SIWZ bez istotnej zmiany jej treści byłoby wykorzystaniem instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, której zastosowanie – przy spełnieniu warunków określonych w tym przepisie – jest obowiązkiem Zamawiającego. W ocenie Izby nie ma żadnych przeszkód, aby oceniając możliwość poprawienia omyłki Zamawiający wziął pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy, które nie zmieniają pierwotnego oświadczenia woli, a jedynie pozwalają upewnić się co do jego rzeczywistej treści. Wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią przewidziane w ustawie narzędzie pozwalające Zamawiającemu uzyskać pewność co do tego, czy oferta podlega odrzuceniu, co samo w sobie nie może prowadzić do wniosku o naruszeniu zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do omyłki dotyczącej wartości sumy kosztorysów ofertowych, to w ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że cena oferty powinna wynikać z sumy kosztorysów, nie licząc kosztorysu Bramownice VMS, który jest uszczegółowieniem poz. 147 kosztorysu branży drogowej. Nie ma też wątpliwości, że Odwołujący podał cenę oferty będącą sumą wartości wszystkich kosztorysów, w tym kosztorysu Bramownice VMS, którego wartość zawiera się w poz. 147, łączna wartość netto wpisana w Formularzu ofertowym wynosi bowiem 38.253.879,00 zł, co stanowi sumę wszystkich kosztorysów, łącznie z kosztorysem Bramownica VMS, będącym uszczegółowieniem poz. 147 kosztorysu branży drogowej. Takie zsumowanie kosztorysów należy uznać za omyłkę, nie sposób bowiem twierdzić, że tak ewidentny błąd był zamierzonym działaniem wykonawcy. Poprawienie tej omyłki prowadzić będzie wyłącznie do zaprezentowania w Formularzu ofertowym prawidłowej ceny oferty, która wynika z kosztorysów, co w sposób oczywisty nie może być uznane za zmianę istotną. Powyższego stanowiska nie zmienia fakt, że konsekwencją poprawienia omyłki byłaby zmiana rankingu ofert, istotność poprawienia omyłki należy bowiem odnosić do zakresu przedmiotu zamówienia i pierwotnej treści oferty, natomiast zmiana w klasyfikacji ofert ma charakter wtórny. Wobec powyższego ofertę Odwołującego należy poprawić w ten sposób, aby jej cena była sumą wartości wszystkich kosztorysów podlegających zliczeniu, tj. bez kosztorysu Bramownice VMS.

Podsumowując, należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie oraz przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie. Ponieważ naruszenia te mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: