

WYROK

z dnia 14 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Granar Sp. z o.o., ul. Sady Żoliborskie 3/137, 01-770 Warszawa i Drogomex Sp. z o.o., ul. Stefana Bryły 4, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wołomin, ul. Ogrodowa 4, 05-200 Wołomin**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Wołomin - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego - Konsorcjum firm w składzie: Granar Sp. z o.o., i Drogomex Sp. z o.o. - oraz nakazuje mu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z jednoczesnym przeprowadzeniem procedury wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do tej oferty;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wołomin, ul. Ogrodowa 4, 05-200 Wołomin i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Granar Sp. z o.o., ul. Sady Żoliborskie 3/137, 01-770 Warszawa i Drogomex Sp. z o.o., ul. Stefana Bryły 4, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania;**

2.2 zasądza od **Gminy Wołomin, ul. Ogrodowa 4, 05-200 Wołomin** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Granar Sp. z o.o., ul. Sady Żoliborskie 3/137, 01-770 Warszawa i Drogomex Sp. z o.o., ul. Stefana Bryły 4, 05-800 Pruszków** kwotę: **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Wołomin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę drogi gminnej ulicy Lipiny B w Wołominie, na odcinku od km 0+000 do km 0+718,47 z przebudową uzbrojenia terenu w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, pozwolenia na użytkowanie oraz użytkowanie tych obiektów zgodnie z ich przeznaczeniem”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 września 2011 r. pod nr 296290.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Granar Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i Drogomex Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 4 listopada 2011 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, o dokonaniu której to czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu informację w dniu 31 października 2011 r.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z SIWZ bez poprawienia przez Zamawiającego omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, gdy omyłka ta polegająca na podaniu w kosztorysie ofertowym zaniżonej o 22 metry ilości przewodów uziemiających i

wyrównawczych na słupach nie powodowała istotnej zmiany treści oferty, a w wyniku skorygowania ww. omyłki cena ofertowa wzrosłaby jedynie o 404,58 zł netto;

- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 3) art. 91 ustawy Pzp, poprzez nie wybranie oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) poprawienie wskazanej pozycji w kosztorysie ofertowym, gdyż stwierdzona niezgodność powinna zostać uznana w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty;
- 2) przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 3) unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący przyznał, że faktycznie w jego kosztorysie ofertowym w poz. 21 wystąpiła niezgodność co do przyjętego obmiaru – zamiast 30 metrów wskazano tam 8 metrów. Podkreślił jednak, że powoduje ona niewielką różnicę w cenie ofertowej oraz, że kosztorys zawierał aż 210 pozycji w związku z czym nieprawidłowość tę należy uznać za omyłkę. Wskazał, że przedmiotowa omyłka powstała w wyniku błędu przy przenoszeniu danych do programu kosztorysującego z obmiaru załączonego do SIWZ.

Odwołujący wskazał też, że sprostowanie ww. omyłki nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty bowiem w wyniku sprostowania jej cena ofertowa zostałaby podwyższona o 404,58 zł netto, czyli o 0,03% ceny ofertowej. Po skorygowaniu omyłki oferta Odwołującego natomiast zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tymczasem bez sprostowania Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej droższej o 82 225, 25 zł brutto. Odwołujący, powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że możliwe jest także poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy pomimo tego, że wpływa to na zmianę ceny. Na poparcie swojego stanowiska przywołał też uzasadnienie do zmian ustawy Pzp, które wprowadzały w życie regulację art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Według Odwołującego omyłka w jego ofercie była łatwa do zauważania i poprawienia, gdyż Zamawiający dysponował prawidłowym przedmiarem oraz kosztorysem złożonym przez innych wykonawców. Dysponował więc informacjami, w oparciu o które mógł dokonać poprawienia kosztorysów ofertowych bez udziału Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mamy do czynienia z typowym wynagrodzeniem kosztorysowym, w którym prace zostają rozliczone na podstawie obmiaru powykonawczego. Podkreślił bowiem, że istotne postanowienia umowy załączone do SIWZ określają wynagrodzenie jako kosztorysowe, ale jednak wskazują na to, że całkowita wartość brutto wynagrodzenia będzie zgodna z ceną ofertową wykonawcy zaś wynagrodzenie ostateczne za wykonany pełny zakres zamówienia nie może przekroczyć wartości kosztorysu ofertowego, przy zastrzeżeniu także, że roboty wskazane w kosztorysie, a nie wykonane, nie podlegają zapłacie. Tym samym Odwołujący wskazał, że trudno byłoby przyjąć, że w tym zakresie do wynagrodzenia opisanego w SIWZ miałyby zastosowanie art. 629 i 639 KC.

Wskazał też, że zgodnie z SIWZ wykonawca będzie zobowiązany do wykonania wszystkich robót, których zakres i technologia zostały określone w dokumentacji przetargowej, w tym w przedmiarach robót. Podkreślił, że w sytuacji, gdy wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszystkich wymaganych robót w tym określonych w przedmiarach robót określonych przez Zamawiającego, w sytuacji gdy wzrost ilości faktycznie wykonanych robót w stosunku do kosztorysu ofertowego nie powoduje odpowiedniego wzrostu wynagrodzenia w ocenie Odwołującego, nie może dochodzić do uszczerbku w interesie finansowym. Bez korekty przedmiotowej omyłki zgodnie z przygotowanym wzorem umowy Odwołujący byłoby obowiązani do wykonania 30 m przewodów uziemiających i wyrównawczych na słupach, bez względu na to, że omyłkowo skalkulowano 8 m; za wykonanie pominiętych 22 m przewodów wykonawca nie uzyskałby żadnego wynagrodzenia. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał w całości swoje stanowisko zawarte w odwołaniu, wnosząc o jego uwzględnienie oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Dodatkowo podkreślił, że kosztorys ofertowy sporządzany przez niego był opracowany w oparciu o przekazane przez Zamawiającego nieedytowalne przedmiary robót przy użyciu programu do kosztorysowania NormaPro. Program ten w sytuacji nie wpisania danych dotyczących obmiaru w określonej pozycji kosztorysowej, bądź wpisania jej i braku stosowanego zaakceptowania, dokonuje technicznego ściągnięcia danych dotyczących obmiaru ze wcześniejszej pozycji kosztorysowej. Odwołujący wskazał także, że w poz. 21 kosztorysu dokonał wyceny 8 metrów wskazanych tam przewodów, ale jednocześnie oprócz tego dokonał wyceny ceny jednostkowej tej pozycji, co pozwala na poprawne obliczenie ceny za prawidłową wielkość obmiaru pozycji wynikającą z przedmiaru robót.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie informującym Odwołującego o wynikach postępowania wskazał na odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podając, że w poz. 21 kosztorysu ofertowego „Przewody uziemiające i wyrównawcze na słupach” zamiast wymaganym w przedmiarze robot obmiarze tej pozycji na poziomie 30 metrów dokonał wyceny tej pozycji w ilości 8 metrów.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko o sprzeczności oferty Odwołującego z treścią SIWZ i wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że stwierdzoną w kosztorysie ofertowym Odwołującego niezgodność należy traktować w kategoriach błędu, a nie omyłki nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazywał na merytoryczny charakter tego błędu i negatywne skutki dla Zamawiającego ewentualnego pominięcia tej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na etapie realizacji zamówienia, co - jak wskazywał - związane może być z koniecznością zlecenia przez Zamawiającego robót dodatkowych, czy uzupełniających co do wskazanej błędnie wycenionej pozycji kosztorysu Odwołującego. Zamawiający wskazał także na nienależytą staranność przy sporządzeniu wskazanego kosztorysu ofertowego przez Odwołującego, co nie może być podstawą do poprawienia oferty tego wykonawcy. W tym zakresie powołał się na stanowisko zawarte w orzecznictwie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty, która to czynność w sposób bezpośredni (oferta Odwołującego była tańsza od oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą) pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym Odwołujący w dostateczny sposób wykazał wypełnienie materialno prawnej przesłanki

skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

Izba ustaliła, że okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie była okoliczność wskazania w poz. 21 kosztorysu ofertowego Odwołującego („Przewody uziemiające i wyrównawcze na słupach”) nieprawidłowej wielkości obmiaru tej pozycji w stosunku do przedmiaru robót – zamiast 30 metrów wyceniono 8 metrów (str. 135 oferty Odwołującego). Tę pozycję przedmiaru wyceniono na kwotę 147,14 zł, wskazując jednocześnie na cenę jednostkową w wysokości 18,39 zł.

Izba na podstawie SIWZ (Załącznik nr 7 do SIWZ - Istotne postanowienia umowy pkt III) ustaliła także, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przyjął, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie kosztorysowe (rozliczenie zamiennym kosztorysem powykonawczym), wskazując jednocześnie, że nie będzie ono wyższe niż ustalone na podstawie cen jednostkowych według oferty sporządzonej przez wykonawcę (wynagrodzenie ostateczne nie może przekroczyć wartości kosztorysu ofertowego). W pkt 18 SIWZ, gdzie Zamawiający wprowadził regulacje dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny, wskazał on na wymogi sporządzenia kosztorysu w niniejszym postępowaniu, który zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ – Formularz Ofertowy (pkt VI) należało załączyć o oferty. W postanowieniach tych Zamawiający wskazał m.in., że cenę ofertową należy obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej bądź metodą uproszczoną przy zachowaniu określonych zasad, w tym m.in., że zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny ofertowej, musi być zgodny z zakresem robót w przedmiarach robót wyszczególnionych w załączniku nr 1A.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że w niniejszej sprawie kosztorys ofertowy miał istotne znaczenie dla przedmiotowego zamówienia wobec przyjętych przez Zamawiającego zasad wynagradzania. Zamawiający w SIWZ przyjął za wiążące wynagrodzenie kosztorysowe, polegające na rozliczeniu inwestycji na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego w oparciu o kosztorys ofertowy z ograniczeniem maksymalnej kwoty wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, wynikającej z oferty. Tym samym zatem nieprawidłowość w przyjętej w kosztorysie ofertowym w pozycji nr 21 wielkości obmiaru na poziomie 8 m zamiast 30 m należy uznać za niezgodność merytoryczną oferty z treścią SIWZ.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wskazana niezgodność nie może skutkować odrzuceniem oferty bez zastosowania uprzednio procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt

3 ustawy Pzp, tj poprawieniu wielkości obmiaru poz. 21 na str. 135 kosztorysu ofertowego Odwołującego z 8 na 30 metrów, zgodnie z przedmiarem robot oraz odpowiednim przeliczeniu tej pozycji według ceny jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym, a także w konsekwencji poprawieniu łącznej ceny ofertowej Odwołującego.

Stosownie do dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ podlega poprawieniu, o ile jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty wykonawcy. Przepis ten wskazuje więc na sytuację, w której możliwe jest poprawienie oferty wykonawcy, jeśli jej treść merytoryczna jest sprzeczna z SIWZ. Nie chodzi więc w tym przypadku o niezgodność formalną, która nie stanowi podstawy odrzucenia oferty, a wyłącznie o niezgodność dotyczącą treści oferty. Ta merytoryczna sprzeczność oferty z wymogami SIWZ podlega obowiązkowemu poprawieniu przez Zamawiającego, jeśli ma ona charakter omyłki, której poprawienie nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. W tym zakresie zatem ustawodawca przewidział dwa istotne, ale jedyne ograniczenia możliwości poprawienia oferty. Pierwsze ograniczenie to sprzeczność oferty, która została popełniona przez wykonawcę omyłkowo. Powyższe oznacza, że określona niezgodność jest omyłką. Przepis nie stanowi o oczywistości tej omyłki – jak w przypadku regulacji art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ale o samej omyłce, czyli pewnym błędnym działaniu wykonawcy przy sporządzeniu merytorycznej części oferty. Omyłka wykonawcy w tym przypadku oznacza więc niecelowe ze strony wykonawcy działanie, które powstało na skutek jakiś konkretnych okoliczności mających miejsce w danej konkretnej sprawie, które to okoliczności miały wpływ na wprowadzenie określonej niezgodności z SIWZ do treści oferty wykonawcy. Drugie ograniczenie wskazuje na skutek poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ – jeśli poprawa owej niezgodności nie będzie prowadziła do istotnej zmiany treści oferty poprawienie oferty jest dopuszczalne. W tym zakresie właśnie mamy do czynienia z elementem ocennym – oceny stopnia „istotności” zmian treści oferty. Sam przepis zatem zakłada, że w wyniku poprawienia oferty wykonawcy we wskazanym trybie dojdzie do zmiany treści oferty tego wykonawcy, ważne jest jednak, aby ta zmiana nie miała jednak charakteru istotnego. Istotność zmian – skutku poprawienia oferty wykonawcy - należy rozważać w okolicznościach konkretnej sprawy – warunków danego postępowania, konkretnych postanowień SIWZ i treści oferty. Nieuprawnione jest twierdzenie, że o istotności zmian treści oferty można mówić zawsze w odniesieniu do każdej zmiany wynagrodzenia ofertowego. Takiego obostrzenia przepisy ustawy Pzp nie zawierają. Wielkość wynagrodzenia ofertowego może podlegać poprawieniu samoistnie, ale też jako skutek innego rodzaju błędów popełnionych przy obliczeniu poszczególnych elementów ceny ofertowej. Ważne jest, aby w okolicznościach konkretnej sprawy dokonać oceny, czy konkretna zmiana wynagrodzenia stanowi już o istotności dokonanych zmian, czy jeszcze jest dopuszczalna.

Ważną kwestią z punktu widzenia możliwości poprawienia oferty wykonawcy we wskazanym trybie jest to, aby poprawienie jej mogło odbyć się w oparciu o dane zawarte w samej ofercie bądź też w treści SIWZ. Niedopuszczalne jest bowiem w tym zakresie – jak słusznie wskazuje się w ukształtowanej w tym przedmiocie jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzonej także orzecznictwem sądowym – prowadzenie negocjacji przez Zamawiającego z wykonawcą w zakresie możliwości i kierunków poprawienia oferty, czy też składania w tym zakresie przez wykonawcę nowych oświadczeń woli po upływie terminu składania ofert. Taki sposób poprawienia oferty prowadziłyby do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a także świadczyłyby o dokonaniu istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowej sprawie - zdaniem Izby - mamy do czynienia z wypełnieniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący w swoim kosztorysie ofertowym popełnił omyłkę przy wskazaniu w jednej tylko pozycji kosztorysowej innej wielkości obmiaru niż wielkość przyjęta w przedmiarze robót. Ta właśnie okoliczność przyjęcia tylko przy jednej pozycji przedmiaru niezgodnej z SIWZ wielkości może już świadczyć o omyłkowości działania ze strony wykonawcy. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący także w wystarczający sposób uprawdopodobnił, że faktycznie z takim omyłkowym działaniem po stronie osoby sporządzającej kosztorys ofertowy mieliśmy do czynienia. Odwołujący wskazał bowiem na działanie programu komputerowego do kosztorysowania, stosowanego przez wykonawcę, który to program przy przyjęciu nieprawidłowego działania po stronie osoby sporządzającej kosztorys, ale niecelowym jej działaniu, dokonuje automatycznego ściągnięcia określonej jednostki obmiaru z przedniej pozycji kosztorysowej. Powyższe zostało uprawdopodobnione przez Odwołującego, który na podstawie swojej oferty wykazał, że w pozycji poprzedzającej sporną pozycję kosztorysu, tj. w poz. 20 także przyjęto wielkość obmiaru na poziomie wielkości liczby 8. Przy braku wypełnienia pozycji 21 w zakresie obmiaru stosowany program do kosztorysowania mógł automatycznie przyjąć, że wielkość ta jest identyczna z poprzedzającą go. Mogło także dojść do sytuacji, w której sam kosztorysant wpisał określone prawidłowe dane w tej pozycji, ale nie dokonał zatwierdzenia tych danych w programie, co także spowodowało automatyczne, techniczne ściągnięcie wielkości obmiaru z poprzedniej pozycji.

W ocenie Izby poprawienie tej nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Łączna wartość oferty Odwołującego wynosi bowiem 1 910 948,06 zł brutto, w tym 1 553 616,31 zł netto. Nieprawidłowa wycena poz. 21 wskazanego kosztorysu Odwołującego dotyczy wartości 147,14 zł, zamiast 551,7 zł, która to kwota powstaje z obliczenia iloczynu ceny jednostkowej wskazanej prawidłowo w kosztorysie Odwołującego i liczby 30, stanowiącej prawidłowy

obmiar pozycji przyjęty w oparciu o przedmiar robót opracowany dla niniejszego postępowania przez Zamawiającego. Różnica w wycenie sporządzonej przez wykonawcę w spornej pozycji kosztorysu wynosi: 404,56 zł, co ewidentnie wskazuje na nieznaczność zmiany wyceny tej pozycji kosztorysu, jak również całej ceny ofertowej. Słusznie zatem wskazał Odwołujący, że różnica w stosunku ceny ofertowej pierwotnie wskazanej w ofercie w stosunku do ceny w ofercie poprawionej stanowi różnicę 0,03% co z pewnością nie może wskazywać na istotną zmianę treści oferty. Przy poprawieniu tej nieprawidłowości nie są potrzebne jakiegokolwiek dodatkowe dane, czy informacje ze strony wykonawcy, stąd też zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest w tym zakresie jak najbardziej zasadne. Dodatkowo tylko można wskazać, że poprawienie oferty Odwołującego we wskazany sposób nie spowoduje nawet zmiany w rankingu cenowym ofert złożonych w postępowaniu, co w sposób pośredni także może wskazywać na nieistotność zmiany treści oferty Odwołującego.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, iż w tym przypadku mamy do czynienia z nienależytą starannością wykonawcy sporządzającego ofertę dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co – wedle Zamawiającego – nie może być podstawą do poprawienia tej oferty, Izba nie zgodziła się z tą argumentacją. Przesłanka należytej staranności w sporządzeniu oferty przez wykonawcę nie została wymieniona w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stąd też wprost nie może stanowić negatywnej przesłanki zastosowania tego przepisu. Kwestię tę można co najwyżej rozważać w kontekście oceny omyłkowego charakteru działań wykonawcy, które doprowadziły do określonej niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, a także w kontekście oceny istotności ewentualnych wprowadzanych zmian do treści oferty przez Zamawiającego w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w tym przepisie. W przedmiotowej sprawie nieprawidłowego wypełnienia kosztorysu ofertowego wykonawcy w zakresie tylko jednej danej (obmiar) dotyczącej jednej pozycji kosztorysowej przy dziesiątkach innych prawidłowo wypełnionych pozycji kosztorysu może wskazywać jedynie na omyłkowe działanie po stronie wykonawcy.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jako sprzeczną z SIWZ i nie dokonując weryfikacji tej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a jednocześnie dokonując wyboru w postępowaniu innej, drożej od Odwołującego oferty, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Zamawiającego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, ograniczając ich wysokość do kwoty określonej we wskazanym przepisie.

Przewodniczący: