

WYROK

z dnia 08 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **PROMOST CONSULTING T.S. Sp. j.** z siedzibą w **Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich** z siedzibą w **Rzeszowie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o.,**
2. **Oddala zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (rażąco niska cena),**
3. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich** z siedzibą w **Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **PROMOST CONSULTING T.S. Sp. j.** z siedzibą w **Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.1. zasądza od **Zamawiającego: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich** z siedzibą w **Rzeszowie** na rzecz Odwołującego **PROMOST CONSULTING T.S. Sp. j.** z siedzibą w **Rzeszowie** kwotę 18. 600 zł, 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający: Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji i uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z rygiem natychmiastowej wykonalności dla zadania pn.: «Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 988 Babica - Strzyżów - Wiśniowa - Twierdza - Warzyce od km 0+000 w m. Babica do km ok. 2+141 w m. Czudec i od km ok. 5+210 do km ok. 5+470 w m. Czudec oraz budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 988 Babica — Strzyżów — Wiśniowa - Twierdza - Warzyce od km ok. 1+841 do km ok. 5+290 w m. Czudec wraz z przebudową, budową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych» w ramach zadania pn. «Rozbudowa i budowa DW nr 988 na odcinku Babica — Zaborów wraz z budową obwodnicy Czudca» oraz pełnienie nadzoru autorskiego w ramach ww. zadania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 stycznia 2016 r. pod nr 2016/S 001-000700.

Odwołujący Promost Consulting T.S. sp. j. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na: dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Trasal sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, zaniechaniu odrzucenia oferty Trasal sp. z o.o., zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 in fine Pzp i art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez dokonanie zmian w treści złożonej oferty przez poprawienie w ofercie wykonawcy Trasal sp. z o.o. błędów, niemających charakteru oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej, lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, co może także stanowić naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu ze względu na błąd w obliczeniu ceny, naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 Pzp, poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest niezgodna z ustawą, jako dokonana z pominięciem trybu zmiany oferty, określonego w art. 84 ust. 1 Pzp, naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Trasal sp. z o.o. wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Trasal sp. z o.o., mimo że nie obalił

domniemania, iż cena oferty tego Wykonawcy jest rażąco niska zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, naruszenie przepisu art. 7 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Trasal sp. z o.o., dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Trasal sp. z o.o., a w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 in fine oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp
W pismach z dnia 29 lutego 2016 r. i 16 marca 2016 r. Zamawiający poinformował, że dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Cena oferty Trasal sp. z o.o., odczytana w dniu otwarcia ofert wynosiła 1.188.180,00 zł brutto. Po poprawieniu omyłki rachunkowej cena wynosi 966.000,00 zł brutto. Zamawiający nie podał uzasadnienia, z którego wynikałoby zakwalifikowanie ww. błędu jako oczywistej omyłki rachunkowej.

Zamawiający omyłkowo powołał podstawę prawną, która dotyczy oczywistej omyłki pisarskiej, bowiem w piśmie dwukrotnie nazywa ją rachunkową.

Zdaniem Odwołującego, nie sposób zaakceptować działania Zamawiającego Błąd popełniony w ofercie przez Trasal sp. z o.o., nie jest błędem w przedmiocie działań arytmetycznych i nie sprzeciwia się zasadom reguł matematycznych. Nie jest to także rodzaj omyłki występującej w rachunkach czy rachunkowości, jak np. błędne przepisanie liczby czy rozbieżne zapisanie kwoty cyframi i słownie.

Odwołujący wskazał, że z oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o. z Załącznika nr 1 do formularza oferty wynika, że osoba sporządzająca ofertę najpierw wyceniła poszczególne opracowania projektowe na łączną kwotę netto 966.000 zł, a następnie wyliczyła kwotę podatku VAT od tej wartości i wpisała tak obliczoną cenę brutto (966.000 zł plus 23% VAT) do Formularza oferty.

W ocenie Odwołującego, nie sposób więc przyjąć, jak to czyni Zamawiający, że doszło do oczywistej omyłki przy podaniu w ofercie ceny brutto. Treść oferty i Załącznika nr 1 do oferty wskazuje raczej na zamiar zaoferowania przez Trasal sp. z o.o. ceny wyższej niż ustalił to Zamawiający w trybie poprawienia omyłki. Dokonane przez Wykonawcę Trasal Sp. z o.o. obliczenia, pod względem matematycznym były prawidłowe oraz, co więcej, zamierzone.

Błąd ten jednak nie podlega poprawie. Faktycznie w ofercie Wykonawcy podane zostały dwie różne ceny brutto za pierwszą część zamówienia, tj. za wykonanie dokumentacji i uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Rozbieżności tej nie można zakwalifikować jako omyłki rachunkowej i nie można przypisać jej cech oczywistości.

W ocenie Odwołującego, doszło do złożenia dwóch odrębnych cen za ten sam przedmiot zamówienia. Samodzielne obniżenie przez Zamawiającego ceny oferty w Formularzu ofertowym - w sytuacji gdy nie wiadomo, która cena jest prawidłowa i skąd taka duża różnica - narusza zdaniem odwołującego artykuł 87 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Omyłka w ofercie Wykonawcy Trasal sp. z o.o. nie posiada przymiotu błędu oczywistego, ponieważ możliwe jest jej poprawienie na wiele sposobów. Nie wiadomo, która cena brutto jest prawidłowa, w szczególności gdy zestawienie pkt 1 oferty i Załącznik 1 do formularza oferty wydają się wskazywać, że intencją Trasal sp. z o.o. było zaoferowanie ceny netto za opracowania projektowe na poziomie 966.000 zł.

Odwołujący zauważył, że można odnaleźć argumenty zarówno za tym, by za cenę oferty uznać kwotę 966.000,00 zł, jak i 1.188.180,00 zł. W związku z tym Zamawiający nie miał możliwości samodzielnego ustalenia - nawet w oparciu o wykładnię oświadczeń woli - właściwej ceny.

Odwołujący wskazał, że błąd w ofercie Trasal sp. z o.o. nie może zostać zakwalifikowany także jako oczywista omyłka pisarska. Za wyrokiem KIO z dnia 30 kwietnia 2014r. (sygn. akt KIO 770/14) „Oczywista omyłka pisarska musi mieć zatem charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.”

Odwołujący wskazał także, że nawet gdyby zakwalifikować przedmiotowy błąd jako inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to brak jest podstaw do jego poprawienia w tym trybie. Poprawa ceny w ofercie Trasal sp. z o.o. powoduje bowiem istotną zmianę w treści oferty.

Zmiana dokonana przez Zamawiającego dotyczy dużej różnicy w cenie, ponieważ w efekcie podjętych przez Zamawiającego działań, cena oferty Trasal sp. z o.o. została zmniejszona) 221.180,00 zł, co przy wartości przedmiotu zamówienia ma niezwykle istotne znaczenie.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w znaczącym stopniu zniekształcił oświadczenie woli Wykonawcy Trasal sp. z o.o. w zakresie oferowanej ceny, niezgodnie z intencją Wykonawcy Trasal sp. z o.o. Skutek dokonanej przez Zamawiającego poprawy w ofercie Trasal sp. z o.o. może być kwalifikowany jako wywołujący istotną zmianę treści oferty - o 23% zmniejszono cenę oferty, nadto zmiana ceny oferty dotyczyła głównego elementu oceny ofert (cena za dokumentację była punktowana w ramach kryterium oceny ofert na 60%). To z kolei wyklucza poprawę oferty Trasal sp. z o.o. także na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji oferta Trasal sp. z o.o. podlega odrzuceniu z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 oraz art. 7 Pzp
W Formularzu oferty Wykonawca Trasal sp. z o.o. oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy Promost- Wisła sp. z o.o. w Wiśle opracowanie części projektów budowlanych branży mostowej. W piśmie z dnia 7 marca 2016r. Wykonawca zmienił to oświadczenie i wskazał, że zamierza powierzyć opracowanie części projektów budowlanych branży mostowej również innemu podwykonawcy - Pracowni Projektowej Prokom K.K.. W ofercie brak było informacji, że Pracownia Projektowa Prokom K.K. będzie podwykonawcą. Zdaniem Odwołującego, wobec powyższych okoliczności, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana niezgodnie z przepisami Pzp. Wybrana jako najkorzystniejsza oferta Wykonawcy Trasal sp. z o.o. dotknięta jest wadą skutkującą obowiązkiem jej odrzucenia przez Zamawiającego.

W treści SIWZ zawarto postanowienie: „Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku Wykonawca: wskaże w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy poda nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust 1 Ustawy PZP”. Tym samym podmioty, na których zasoby wykonawca powołuje się na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, muszą posiadać status podwykonawcy, a jednocześnie dane dotyczące tych podmiotów wykonawca ma obowiązek podać w treści oferty. Zdaniem Odwołującego, ma to daleko idące konsekwencje. Oznacza, że skoro w treści oferty wykonawca ujawnia podwykonawcę, za pomocą którego realizować będzie zamówienie, to takie wskazanie podwykonawcy stanowi element treści oferty składanej przez wykonawcę, a w konsekwencji w tym zakresie nie jest dopuszczalne wprowadzenie przez wykonawcę jakichkolwiek zmian po złożeniu oferty. Oferta składana przez wykonawcę jest bowiem wiążąca i wykonawca nie ma po jej złożeniu możliwości dokonywania w jej treści zmian.

Wobec faktu, że zasoby firmy Promost-Wisła sp. z o.o. nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, pismem z dnia 7 marca 2016 r. Wykonawca Trasal sp. z o.o. złożył w trybie art. 26 ust. 3 Pzp poprawiony Wykaz wykonanych usług, w których wykazał spełnienie warunku określonego w pkt. 5.2.2. Rozdział I Instrukcja dla Wykonawców, uzupełniony o m.in. pisemne zobowiązanie innego podmiotu, Pracownia projektowa Prokom K.K., do oddania do dyspozycji Trasal sp. z o.o. niezbędnych zasobów na potrzeby przedmiotowego zamówienia. W treści oświadczenia obejmującego

zobowiązanie wskazanego podmiotu do udostępnienia Trasal sp. z o.o. potencjału wskazano wprost, że podmiot ten będzie brał udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca.

Odwołujący podkreślił, że skorzystanie z procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, nie może skutkować wprowadzeniem zmian w samej treści oferty. Wprowadzenie zmiany polegającej na powołaniu się przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o. na doświadczenie innego, niż wskazany pierwotnie w ofercie podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, będącego jednocześnie podwykonawcą, oznaczało w rzeczywistości dokonanie przez Wykonawcę niedozwolonej modyfikacji treści złożonej oferty. Powyższe nie budzi wątpliwości w świetle cytowanych wcześniej zapisów SIWZ, z których jasno wynikało, że w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, to podmioty te mają jednocześnie status podwykonawcy, oraz muszą być wymienione w treści oferty.

Odwołujący podkreślił także, że sam Zamawiający ustanowił w zapisach SIWZ warunek, że podmioty udostępniające w trybie art. 26 ust. 2b Pzp wiedzę i doświadczenie czy też potencjał techniczny muszą być jednocześnie podwykonawcami oraz muszą być w tym charakterze wskazane przez wykonawcę w treści oferty (wynika to z zapisu Rozdziału 1 pkt 3.12 EDW). Jednocześnie Zamawiający w SIWZ przesądził, że zmiana podwykonawcy - podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał stanowi zmianę sposobu wykonania zamówienia. Zamawiający przyjął bowiem, że zmiana w tym zakresie, jako zmiana o charakterze istotnym, dopuszczalna będzie na etapie po zawarciu umowy o zamówienie publiczne - pkt 18.2 ID W „Przesłanki oraz warunki dokonania zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, pkt 21. Oznacza to, że sam Zamawiający nie dopuścił zmiany podmiotu udostępniającego potencjał na etapach wcześniejszych, po złożeniu oferty a przed zawarciem umowy.

Odwołujący podniósł, że sekwencja zdarzeń w niniejszym postępowaniu wskazuje, że Wykonawca wybrany przez Zamawiającego najwyraźniej nie dysponował na etapie składania ofert zobowiązaniem podmiotu trzeciego spełniającego wymogi określone w IDW (Pracownia Projektowa Prokom K.K.), w związku z czym w ofercie podmiot ten nie został wskazany, a dopiero następnie Trasal sp. z o.o. - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego - dokonał w tym zakresie zmiany i przedstawił kolejny podmiot, spełniający stosowne wymogi. W ocenie Odwołującego, dokonana przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o. zmiana podwykonawcy była niedopuszczalna, biorąc pod uwagę zapisy IDW oraz przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Dokonywanie zmian w zakresie podwykonawcy po złożeniu oferty poprzez złożone wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów podmiotowych jest nieuprawnione. W związku z powyższym oferta wybranego Wykonawcy dotknięta była wadą, co winno skutkować jej odrzuceniem przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien był uznać, że rozszerzenie przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o. liczby podwykonawców pismem z 7 marca 2016 r., tj. po upływie terminu składania ofert, (pod pozorem uzupełniania braków oferty), narusza zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 Pzp). Stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców niestarannych, którzy składają wadliwie przygotowane oferty. Trasal sp. z o.o. jako profesjonalista winien dołożyć w tym zakresie należytej staranności, bowiem dokonana zmiana oświadczenia zawartego w ofercie stanowi naruszenie art. 84 ust. 1 Pzp i winna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny

Zamawiający pismem z dnia 29 lutego 2016r. wezwał Trasal sp. z o.o. do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w tym do złożenia dowodów. W ocenie Odwołującego, Wykonawca Trasal sp. z o.o. uchybił obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Z analizy ceny oferty firmy Trasal sp. z o.o. (po jej skorygowaniu przez Zamawiającego) i Odwołującego wynika, że różnica ceny wynosi 240 015,00 zł brutto, co stanowi 24,85 %.

Kwota podana przez Zamawiającego wynosiła 1.977.600,00 zł. Odwołujący wskazał na istotną różnicę ceny pomiędzy ofertami w pozycji nr 1.8 Projekt Budowlany, wszystkie branże - branża drogowa, branża mostowa, projekty rozbiórki, pozostała infrastruktura, projekty obiektów tymczasowych, tj. głównej pozycji całego zadania - różnica ceny tej pozycji wynosi 170 000,00 zł.

Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty Odwołujący dokonał wyceny tej pozycji wg zasad ustalonych w opracowaniu pn.: Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych - 2012, wydane przez Izbę Projektowania Budowlanego, przy zastosowaniu stawki cenowej z 1 jednostką nakładu pracy (j.n.p.) w wysokości ustalonej przez Zarząd Rady Koordynacyjnej Biur Projektów na rok 2016 i wynoszącą 19,80 zł.

Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych (w skrócie ŚZWPP) są materiałem informacyjnym o pomocniczym do określania cen prac projektowych. Dokonane przez Odwołującego wyliczenia doprowadziły go do wniosku, że czas jaki przyjęła firma Trasal sp. z o.o. jest rażąco zaniżony i uniemożliwia należyte wykonanie dokumentacji.

Wykonawca Trasal sp. z o.o. dokonał wyjaśnienia tej pozycji, a także wszystkich pozostałych poprzez przyjęcie (wg własnego uznania) ilości czasu pracy na wykonanie tej głównej pozycji, a także pozostałych, uzasadniając przyjęcie tego czasu swoim doświadczeniem.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca składający wyjaśnienia, powinien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży

obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca Trasal sp. z o.o. w wyjaśnieniach nie opiera się na ofertach potencjalnych podwykonawców, dokonując własnych kalkulacji wykonania tej części zamówienia, które będą przecież powierzone podwykonawcom.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Trasal sp. z o.o. nie udowodnił, wbrew żądaniu Zamawiającego, jak wyliczył cenę za podstawową część przedmiotu zamówienia, która determinuje całą cenę ofertową. Nie wykazał, że cena ta jest realna. Tym samym to informacje podane w wyjaśnieniach odnośnie przeprowadzonej kalkulacji cenowej potwierdziły materialnie, że rozpatrywana cena jest rażąco niska (art. 90 ust. 3 Pzp).

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 w zw. z art. 87 ust. 1 in fine oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Wykonawca Trasal sp. z o.o. w formularzu ofertowym przedstawił cenę brutto realizacji zamówienia w wysokości 1.188.180 zł. W ofercie znalazł się wypełniony formularz cenowy, w którym przedstawiono wycenę realizacji zamówienia (rozbitą na poszczególne opracowania projektowe) na łączną kwotę 966.000 zł. Załącznik cenowy zawierał treść: „cena ofertowa brutto (zł) (z 23% VAT)”.

Należy zauważyć, że kwota ta (966.000 zł), powiększona o kwotę podatku VAT, tj. 23%, wynosi dokładnie 1.188.180 zł, a więc kwotę wpisaną do formularza ofertowego.

Zamawiający dokonał poprawienia omyłki rachunkowej w treści oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o., pozostawiając jako prawidłową kwotę 966.000 złotych brutto.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe. Z powyższego wynika, że omyłka w treści oferty musi być oczywista, co oznacza, że sposób jej poprawienia nie może budzić wątpliwości. Każdy, na pierwszy rzut oka może zorientować się, jaka był intencja autora i nie ma wątpliwości, w

jaki sposób należy omyłkę poprawić. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Trudno nie zgodzić się z Odwołującym, że sekwencja zdarzeń wyglądała następująco: Wykonawca Trasal sp. z o.o. w formularzu ofertowym wycenił poszczególne opracowania projektowe na łączną kwotę netto 966.000 zł. Następnie wyliczył kwotę podatku VAT od tej wartości i wpisał tak obliczoną cenę brutto (966.000 zł plus 23% VAT) do Formularza oferty. Kwota 1.188.180 zł nie jest bowiem przypadkowa. Jest to kwota powiększona o 23% od kwoty 966.000 zł, a więc o wartość równą podatkowi VAT. Tym samym nie można jednoznacznie przyjąć, jak chciał Zamawiający, że kwotą brutto zaoferowaną w treści oferty, jest kwota 966.000 złotych.

Nie sposób także przyjąć, że doszło do oczywistej omyłki przy podaniu w ofercie ceny brutto. Brak jest bowiem działań matematycznych, błędnej sumy lub innego działania, przy dokonywaniu którego taka omyłka mogła zostać popełniona. Dokonane przez Wykonawcę Trasal Sp. z o.o. obliczenia pod względem matematycznym były prawidłowe oraz zamierzone. Z całą pewnością zatem nie można w niniejszym przypadku stwierdzić, że mamy do czynienia z omyłką rachunkową, a zatem dokonanie czynności poprawienia przez Zamawiającego tej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można uznać za prawidłowe.

W ofercie występują dwie kwoty. W ofercie nie występuje jednocześnie żadna inna informacja, która pozwalałaby jednoznacznie rozstrzygnąć prawidłowość jednej ze wskazanych kwot.

Występowanie dwóch różnych kwot (każda opisana w ofercie jako brutto – zawierająca podatek VAT) powoduje, że mamy do czynienia z ofertą wariantową w zakresie ceny. A to z kolei oznacza, że oferta jest obarczona błędem, który powoduje niemożliwość rozstrzygnięcia bez konsultacji z Wykonawcą Trasal sp. z o.o., która z podanych w jego ofercie cen jest właściwa. Pozostawiona została możliwość wyboru ceny na etapie oceny ofert, co jest niedopuszczalne. Jako taka, oferta podlega więc odrzuceniu. Oferta jest obarczona błędem przy obliczeniu ceny (uzyskano dwie różne ceny brutto) i nie jest możliwe jej poprawienie zgodnie z przepisami prawa, co determinuje konieczność jej odrzucenia.

Należy zauważyć, że nie można mówić o omyłce pisarskiej. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym „Oczywista omyłka pisarska musi mieć zatem charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.” Nie doszło w przedmiotowym przypadku do błędu pisarskiego, który byłby oczywisty dla każdego. Tym samym, w niniejszym postępowaniu nie doszło do omyłki pisarskiej.

Poprawienie ceny w ofercie Wykonawcy Trasal sp. z o.o. spowodowałoby istotną zmianę w treści tej oferty. Nie tylko dlatego, że dokonana przez Zamawiającego zmiana dotyczyłaby dużej różnicy (tj. 221.180,00 zł, co przy wartości przedmiotu zamówienia ma istotne znaczenie), ale także dlatego, że należałoby dokonać wyboru pomiędzy dwiema różnymi cenami zawartymi w treści oferty. W ocenie Izby, nie jest to zatem w ogóle omyłka, ale przedstawienie oferty wariantowej, gdzie w zależności od sytuacji, możliwe jest dokonanie wyboru ceny. Powyższe oznacza, że nie można także mówić o tzw. innej omyłce, nie powodującej istotnej zmiany oferty.

Zamawiający w trakcie rozprawy twierdził, że jest z mocy ustawy zobowiązany do poprawienia omyłki w ofercie Wykonawcy. Powyższe twierdzenie jest prawdziwe, jednakże poprawienie omyłki może nastąpić jedynie wtedy, gdy nie istnieją wątpliwości, w jaki sposób należy omyłkę poprawić. Jak zauważono powyżej, w niniejszym postępowaniu w treści oferty znalazły się dwie kwoty i brak jest jednocześnie innej informacji w treści oferty, która pozwalałaby jednoznacznie stwierdzić, która z kwot jest właściwa. Sam fakt, że Zamawiający w treści załącznika do SIWZ przewidział, że cena w formularzu cenowym powinna być kwotą brutto nie oznacza, że Wykonawca Trasal sp. z o.o. prawidłowo wypełnił ten dokument. Odwołujący wskazał bowiem trafnie, że nie jest przypadkową kwota podana w formularzu ofertowym, powiększona o podatek VAT i z dużym prawdopodobieństwem można by przyjąć, że wolą Wykonawcy było zaoferowanie kwoty wyższej (podanej w formularzu ofertowym, nie cenowym). Nie jest zatem jednoznaczny sposób poprawienia omyłki, na który wskazywał Zamawiający. Okoliczność, że każda ze stron postępowania wskazywała na inny możliwy i prawdopodobny sposób poprawienia treści oferty przesądza, że brak jest elementu oczywistości. Fakt zatem, że istnieją dwie równoprawne możliwości dokonania poprawienia treści oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o. świadczy o tym, że nie mamy do czynienia z omyłką oczywistą. Tym samym czynność poprawienia treści oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o. była bezpodstawna. Ustawa dopuszcza możliwość poprawienia jedynie omyłki oczywistej. Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym: Samodzielne obniżenie przez Zamawiającego ceny oferty w Formularzu ofertowym - w sytuacji gdy nie wiadomo, która cena jest prawidłowa i skąd taka duża różnica - narusza artykuł 87 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. Omyłka w ofercie Wykonawcy Trasal sp. z o.o. nie posiada przymiotu błędu oczywistego, ponieważ możliwe jest jej poprawienie na wiele sposobów.

Fakt, że omyłka nie jest oczywista i nie jest to z całą pewnością omyłka rachunkowa, przesądza okoliczność, że czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu omyłki w ofercie Wykonawcy Trasal sp. z o.o. była bezpodstawna.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 84 ust. 1 oraz art. 7 Prawo zamówień publicznych. W Formularzu oferty Wykonawca Trasal sp. z o.o. oświadczył, że zamierza powierzyć podwykonawcy Promost - Wisła sp. z o.o. w Wiśle opracowanie części projektów budowlanych branży mostowej. Po upływie terminu do składania ofert, na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (w piśmie z dnia 7 marca 2016 r.), Wykonawca zmienił to oświadczenie i wskazał, że zamierza powierzyć opracowanie części projektów budowlanych branży mostowej innemu podwykonawcy - Pracowni Projektowej Prokom K.K.. W ofercie brak było informacji, że Pracownia Projektowa Prokom K.K. będzie podwykonawcą.

Izba ustaliła także, że w treści SIWZ zawarto postanowienie: „Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku Wykonawca: wskaże w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy poda nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust 1 Ustawy PZP”. Z powyższego wynika, że podmioty, na których zasoby wykonawca powołuje się na podstawie art. 26 ust. 2b Prawo zamówień publicznych, muszą posiadać status podwykonawcy, a jednocześnie dane dotyczące tych podmiotów wykonawca ma obowiązek podać w treści oferty.

Trafnie zauważył Odwołujący, czego także nie negował Zamawiający, że powyższe postanowienia SIWZ zawierają warunek, zgodnie z którym podmioty udostępniające w trybie art. 26 ust. 2b Prawo zamówień publicznych wiedzę i doświadczenie, czy też potencjał techniczny, muszą być jednocześnie podwykonawcami oraz muszą być w tym charakterze wskazane przez wykonawcę w treści oferty (wynika to z zapisu Rozdziału 1 pkt 3.12 IDW). W świetle powyższego należy uznać, że wykonawcy informację o podwykonawcach (w tym także informacje o podmiotach udostępniających zasoby) winni byli objąć treścią oferty. Ich zmiana po terminie składania ofert była niedopuszczalna. Dokonana przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o. zmiana podwykonawcy była - co wykazano wyżej - niedopuszczalna, biorąc pod uwagę zapisy IDW oraz przepis art. 87 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Dokonywanie zmian w zakresie podwykonawcy po złożeniu oferty, poprzez złożone wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów podmiotowych, jest nieuprawnione. W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut Odwołującego, zgodnie z którym oferta Wykonawcy

Trasal sp. z o.o. dotknięta była wadą, co winno skutkować jej odrzuceniem przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga również okoliczność, że Wykonawca Trasal sp. z o.o. powinien był dysponować zobowiązaniem Pracowni Projektowej Prokom K.K. do udostępnienia zasobów już w dniu składania ofert i takie zobowiązanie winien był załączyć do oferty. Zobowiązania tego nie załączył. Przedstawił zobowiązanie innego wykonawcy, nie spełniające wymagań Zamawiającego. Powyższe również daje podstawy do uznania, że Wykonawca Trasal sp. z o.o. dokonał niedozwolonej modyfikacji treści oferty po upływie terminu jej składania.

Wobec uwzględnienia powyższych zarzutów, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o.

Izba za bezpodstawny uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Trasal sp. z o.o. z uwagi na zawartą rażąco niską cenę w ofercie tego Wykonawcy.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że cena rażąco niska to taka, za którą nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał okoliczności, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę zawartą w ofercie Wykonawcy Trasal sp. z o.o. Wykonawca Trasal sp. z o.o. w treści wyjaśnień przedstawił szczegółowo elementy, które składają się na realizowane zamówienie. Przedstawił dokładne wyszczególnienie zadań i elementów składowych ceny. W ocenie Izby żaden z przedstawionych składników ceny nie został przez Odwołującego podważony. Odwołujący nie udowodnił, że nie jest możliwa realizacja któregośkolwiek ze składników za wskazana cenę.

Swoją argumentację Odwołujący oparł na opracowaniu: „Środowiskowe zasady wyceny prac projektowych 2012”. Izba zauważa, że do odwołania przedstawiono jedynie przepisane strony, niepodpisane, co do których brak jest pewności co do ich pochodzenia. Równocześnie nie wiadomo, czy są one rzeczywiście odwzorowaniem tego, co zawarte zostało w opracowaniu. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że powyższe opracowanie nie jest opracowaniem, co do wykorzystania którego istnieje jakikolwiek obowiązek przy kalkulacji ceny. Z całą pewnością w niniejszym postępowaniu Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w zakresie sposobu kalkulacji ceny. Tym samym można było zastosować dowolną metodę kalkulacji, a brak uwzględnienia opracowania nie jest żadnym błędem. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że jak sama nazwa wskazuje, jest to jedynie opracowanie, nie zaś bezwzględnie obowiązujące zasady. Powstawanie tego rodzaju opracowań może mieć wyłącznie charakter pomocniczy. Przyjęta przez Wykonawcę Trasal

sp. z o.o. metoda ilościowa obliczenia ceny jest w świetle powyższego dozwolona i nie dowiedziono w żaden sposób, aby była niepoprawna.

Przedstawiony przez Odwołującego w trakcie rozprawy jako dowód projekt wraz z wyceną w zakresie projektu podobnego o podobnej konstrukcji żelbetowej dowodzi jedynie, że zamówienie można zrealizować za cenę i w sposób przedstawiony przez Odwołującego. Jednocześnie nie dowodzi jednoznacznie, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o.

Należy także podkreślić, że właśnie charakter niniejszego zamówienia (a więc fakt, że jest to praca koncepcyjna) uzasadnia zróżnicowanie oferowanych cen. Odwołujący w treści odwołania przytaczał różnice zaoferowanych przez niego i przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o. cen. W ocenie Izby, różnice te nie oznaczają jeszcze, że zaoferowana przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o. cena jest rażąco niska na tyle, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia.

Dodatkowo, Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał na przyjęte wyższe wartości cenowe w niektórych pozycjach, niż przyjął to Odwołujący. Przykładowo wskazał na różnice w obydwu ofertach, np. mapa do celów projektowych została zaoferowana przez Odwołującego za kwotę 30 tysięcy złotych, a w przypadku Wykonawcy Trasal sp. z o.o. za 90 tysięcy złotych. Nie sposób zatem stwierdzić, aby Wykonawca Trasal sp. z o.o. szacował cenę w oparciu o nierealne ceny.

W świetle powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....