

WYROK
z dnia 7 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komiń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (pełnomocnik) oraz NDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tramwaje Śląskie spółka akcyjna z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (pełnomocnik) oraz NDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (pełnomocnik) oraz NDI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie (pełnomocnik) oraz NDI spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie na rzecz Zamawiającego Tramwaje Śląskie spółka akcyjna z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie kwotę 4 868 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące osiemset sześćdziesiąt osiem złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę, uiszczonych opłat skarbowych oraz 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. 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 w Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Tramwaje Śląskie spółka akcyjna z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie - zadanie nr 4 w ramach realizacji Projektu: „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego”- Etap I, współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2018 roku pod numerem 2018/S 042-091172.

28 maja 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego - pomimo, że po dokonaniu poprawienia omyłek oferta ta spełnia wymagania SIWZ, zaniechaniu poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego - pomimo, że Zamawiający był zobligowany do dokonania tej czynności w oparciu o informacje, jakimi dysponował jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań SIWZ, podczas gdy omyłki w niej zawarte nie powodują istotnej zmiany w treści oferty i winny ulec poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty - pomimo, że w sytuacji, w której Zamawiający powzięłyby wątpliwość co do dopuszczalności i sposobu poprawienia omyłek w złożonej przez Odwołującego ofercie, nieodzownym było skorzystanie przez Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy i zwrócenie się do Odwołującego z żądaniem przedstawienia stosownych wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - przez odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie wykonania ciążącego na nim obowiązku, tj. poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, pomimo, że po

poprawieniu tych omyłek oferta Odwołującego spełnia wymagania SIWZ i w oparciu o kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego plasuje się na pierwszej pozycji w rankingu ofert;

- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy - przez enigmatyczne i ogólnikowe uzasadnienie faktyczne, jak i prawne zaskarżonej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co w konsekwencji uniemożliwia dokonanie analizy i oceny poprawności czynności Zamawiającego, stanowiąc naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie przejrzystości oraz jawności, mające w istocie wpływ na wynik przedmiotowego postępowania;
- 3) art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie uproszczonego kosztorysu ofertowego, co w konsekwencji doprowadziło do bezzasadnego uznania, że omyłki w ofercie Odwołującego nie podlegają poprawieniu oraz że oferta nie spełnia wymogów SIWZ i winna ulec odrzuceniu.

Odwołujący wniosk o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, a w ramach tego badania i oceny poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, względnie uprzednie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w celu ustalenia sposobu poprawienia omyłek, oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, zgodnej z przepisami ustawy i spełniającej warunki przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniosk o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocników w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania - zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która mając na względzie kryteria oceny ofert (zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 10 kwietnia 2018 r.) winna zostać sklasyfikowana na pozycji pierwszej spośród wszystkich złożonych ofert. Mając na względzie kryteria oceny ofert, tj. cena, okres gwarancji i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, Odwołujący powinien uzyskać łącznie najwyższą ilość punktów spośród wszystkich oferentów. Wobec faktu, że oferta Odwołującego spełnia wszelkie wymagania SIWZ (po poprawieniu omyłek), Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 17 maja 2018 r. Zamawiający zawiadomił, że w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z postanowieniami rozdziału XIII pkt 17 lit. f) SIWZ odrzucił ofertę Odwołującego jako nieodpowiadającą treści SIWZ. W związku z powyższym, dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego, która została dokonana z naruszeniem prawa - naruszyła interes Odwołującego, gdyż pozbawiła go w sposób bezzasadny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający niezasadnie uznał, że brak 7 pozycji kosztorysowych należy uznać za istotną omyłkę w treści oferty. Nie dokonał poprawienia ww. omyłek w trybie zgodnym z przepisami ustawy pomimo, że był zobligowany do dokonania tej czynności w oparciu o informacje, jakimi dysponował jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego, a tym samym pozbawił Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazała w stanie faktyczny, że w dniu 17 maja 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu za pośrednictwem e-mail pismo nr DF/FZ/669/18 „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty” z dnia 17 maja 2018 r. W piśmie tym poinformował, że Odwołujący w swojej ofercie w kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo - tramwajowego - część tramwajowa (str. 152 oferty) - nie ujął pozycji przedmiarowych nr 66-72, tj.:

W tym miejscu w treści odwołania tabela

Zamawiający wskazał, że brak 7 pozycji kosztorysowych należy uznać za istotną omyłkę w treści oferty, a ponadto, że nie jest w stanie jednoznacznie ustalić ceny jednostkowej dla brakujących pozycji kosztorysowych nr 67, 70-72. Mając na uwadze powyższe Zamawiający

odrzucał ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z postanowieniem rozdziału XIII pkt 17 lit. f) SIWZ, jako nieodpowiadającą treści SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

Odwołujący wskazał, że oferta nie podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wszystkie brakujące pozycje w kosztorysie ofertowym złożonym przez Odwołującego podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający, pomimo obowiązku ciążącego na nim z mocy ustawy, zaniechał czynności poprawienia omyłek i w konsekwencji błędnie uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Stosownie do art. 87 ust. 2 ustawy, Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) 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.

Obecna treść art. 87 ust. 2 ustawy została wprowadzona do porządku prawnego na mocy ustawy z dnia 04 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058). W tym miejscu warto przytoczyć fragment uzasadnienia do projektu ww. ustawy: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych*

warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami".

Odwołujący podniósł, że z powyższego uzasadnienia wynika, iż celem ustawodawcy przy uchwalaniu art. 87 ust. 2 ustawy w obecnym brzmieniu było umożliwienie dokonywania poprawek w ofertach, w szczególności w kosztorysach ofertowych, aby z błahych powodów Zamawiający nie byli zmuszani do odrzucania ofert najkorzystniejszych.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych ugruntowane jest stanowisko, w myśl którego *„formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)"* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07). Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien zatem dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05 maja 2011 r., sygn. akt KIO 822/11, nie polega na prawdzie twierdzenie, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie może prowadzić do zmiany ceny. W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, że *„Przepis art. 87 ust 2 pkt 3 ZamPubiU nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną. W konsekwencji stwierdzić należy, że również przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawiania omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ZamPubiU".*

Analizując ofertę Odwołującego, Zamawiający zauważył, że w kosztorysie ofertowym dla rozbudowy układu drogowo-tramwajowego - część tramwajowa, nie ujęto 7 (siedmiu) pozycji przedmiarowych od numeru 66 do numeru 72. W takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu ustalenia, czy te konkretne omyłki w tym konkretnym przypadku (ofercie) podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Do działań tych należy zaliczyć co najmniej analizę: cen innych pozycji w obrębie tego samego kosztorysu (dla części tramwajowej), cen zawartych w pozostałych kosztorysach ofertowych Odwołującego (dla poszczególnych branż i zakresów robót) oraz cen zawartych w kosztorysach ofertowych pozostałych wykonawców, a następnie dokonanie oceny, w jaki sposób możliwe jest dokonanie poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego i czy przyjęty sposób ich poprawienia będzie zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowaną „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej” (opinia dostępna na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych), „poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek:

a) *po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie: „artykuł 87 ust 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp” (Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, sygn. akt: XII Ga 429/09),*

b) *po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, podobnie wyrok 50 w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt: XIX Ga 18/10, wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10).”*

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący wskazał, że wbrew ocenie Zamawiającego zawartej w informacji o odrzuceniu oferty, możliwe jest ustalenie cen jednostkowych dla wszystkich brakujących cen jednostkowych w ofercie

Odwołującego. Sposób ustalenia poszczególnych cen i sposób dokonania poprawy omyłek przedstawia poniższa tabela:

W tym miejscu w treści odwołania tabela

Odwołujący podał, że zestawienie z tabeli stanowi dowód na to, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, sama analiza całości oferty Odwołującego i złożonych wraz z nią kosztorysów pozwala na ustalenie cen jednostkowych w brakujących pozycjach nr 66-72. Nie w każdym przypadku takie ustalenie sprowadza się do prostego przeniesienia ceny z innej pozycji kosztorysu - w niektórych pozycjach wymagało to nieco bardziej złożonych czynności, które jednak nie powinny nastroczać większej trudności profesjonalnemu Zamawiającemu. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „*podkreślenia wymaga, że inne omyłki nie mają przymiotu oczywistości. Tym samym sposób ich poprawienia może być dużo bardziej skomplikowany niż w przypadku omyłek oczywistych*” (tak m.in. J. Jarnicka, komentarz do art. 87 PZP, Nb. 18 [w:] M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Zamawiającemu prowadzącemu niniejsze postępowanie najwyraźniej umknęło, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15).

Zamawiający w rozdziale XIII w pkt 17 lit. f) SIWZ wskazał, że:

17. W przypadku omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. polegających na niezgodności kosztorysów ofertowych ze specyfikacją, zamawiający będzie stosował niżej wymienione zasady:

f) w przypadku braku pozycji kosztorysu zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeśli zmiany będą nieistotne, a zamawiający na podstawie kosztorysu ofertowego danego wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej.

Skoro zatem Odwołujący w swojej ofercie posiadał wycenione pozycje, na podstawie których bez większych trudności możliwe było ustalenie cen jednostkowych brakujących pozycji nr 66-72, to uzasadnione było uznanie, że te brakujące pozycje kosztorysowe będą miały ceny jednostkowe wskazane w wyżej przedstawionej tabeli. Jeżeli Odwołujący nie zgadzałby się z

takim sposobem poprawienia omyłek i wobec przyjęcia takich cen jednostkowych poniósłby stratę, to miał możliwość zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy nie zgodzić się na poprawienie omyłek dokonane przez Zamawiającego.

Jednocześnie aby stwierdzić, czy wyżej wskazany sposób poprawienia omyłek mieści się w ramach dozwolonych przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy ocenić, czy spowoduje to istotną zmianę treści oferty. Suma wartości robót (po poprawkach) z pozycji nr 66-72 wynosi 30.248,90 zł netto, a całkowita cena oferty Odwołującego wynosi 55.183.248,83 zł netto. Tym samym wartość brakujących pozycji stanowi zaledwie 0,05% ceny całkowitej, co stanowi wręcz marginalny ułamek tej ceny. Ocena jest w tym przypadku jednoznaczna - skorygowanie brakujących pozycji nie wpłynie istotnie na treść oferty i tym samym jest zgodne z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Należy podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy może prowadzić do zmiany ceny. Jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie może być zmianą istotną (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 05 maja 2011 r., sygn. akt KIO 822/11). Izba wielokrotnie wskazywała, że *„odrzuconiu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy zauważyć, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust 2 ZamPublU było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ZamPublU, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z wprost uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych”* (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15).

Odwołujący wskazał, że istnieje także alternatywny, dopuszczalny sposób poprawienia omyłek w postaci brakujących pozycji nr 66-72 w kosztorysie ofertowym dla części tramwajowej w ofercie Odwołującego. Nawet w przypadku uznania, że nie jest możliwe ustalenie cen jednostkowych dla ww. pozycji, to należy przeanalizować ceny

jednostkowe tych pozycji we wszystkich pozostałych ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców i obliczyć średnią arytmetyczną tych cen.

W tym miejscu w treści odwołania tabela

Następnie, w oparciu o średnie arytmetyczne ceny jednostkowe z ofert pozostałych wykonawców możliwe jest ustalenie sumarycznej wartości brakujących pozycji.

W tym miejscu w treści odwołania tabela

Suma wartości wszystkich brakujących pozycji, obliczona w oparciu o średnie arytmetyczne ceny jednostkowe z ofert pozostałych wykonawców wynosi zatem 43.255,57 zł netto. Zestawienie tej wartości w stosunku do całkowitej ceny oferty Odwołującego w wysokości 55.183.248,83 zł netto prowadzi do konkluzji, że również tak obliczona wartość pozycji objętych omyłką stanowi marginalny ułamek ceny zaoferowanej przez Odwołującego, tj. zaledwie 0,07% ceny całkowitej.

Z uwagi na to, że wartość brakujących pozycji stanowi tak nieznaczny procent wartości kosztorysu, Zamawiający był uprawniony i jednocześnie zobligowany do poprawienia tych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez przyjęcie, że wartość brakujących pozycji została przez Odwołującego ujęta w kosztach ogólnych. Taki sposób poprawienia jest zgodny z przywołanym przepisem. Ponadto mając na uwadze fakt, że „koszty ogólne” w ujęciu zwyczajowym to koszty wspólne, a Zamawiający określając sposób przygotowania kosztorysu określił w rozdziale XIII pkt 7 SIWZ, że „w kosztach pośrednich należy uwzględnić wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy”, to Zamawiający mógł w taki właśnie sposób poprawić omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Również w tym przypadku, jeżeli Odwołujący nie zgodziłby się z takim postępowaniem i wobec przyjęcia takiego sposobu poprawienia omyłek poniósłby stratę, to miał możliwość zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy nie zgodzić się na ich poprawienie.

W podobnym stanie faktycznym, w którym występowały identyczne postanowienia SIWZ w dotyczące poprawiania omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt KIO 905/17, potwierdziła dopuszczalność poprawienia omyłek w opisany wyżej sposób.

Odwołujący przypomniał, że jedynie świadome i celowe zawarcie w ofercie treści niezgodnych z SIWZ eliminuje możliwość poprawienia omyłek przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zmieniał i aktualizował przedmiary robót, będące

podstawą do sporządzenia przez wykonawców kosztorysów ofertowych. Ostatnia taka zmiana miała miejsce w dniu 30 marca 2018 r., kiedy Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił m.in. nowy przedmiar robót dla części tramwajowej. Odwołujący w złożonym wraz z ofertą kosztorysie dla tej części zamówienia wycenił wszystkie pozycje objęte nowym przedmiarem, a omyłkowo pominął jedynie całą ostatnią stronę przedmiaru (str. 5), na której znajdowały się właśnie brakujące pozycje nr 66-72. Tym samym nie sposób przypisać Odwołującemu celowego działania w postaci zaniechania wyceny kompletu robót w tym zakresie. Skoro bowiem ostatnia strona przedmiaru przygotowanego przez Zamawiającego zawiera wyłącznie pozycje nr 66-72 i tylko te pozycje nie zostały wycenione przez Odwołującego, to należy przyjąć, że okoliczności wskazują na taką intencję Odwołującego, że zmierzał on do złożenia kompletnej i zgodnej z SIWZ oferty i w konsekwencji jego intencją było uzyskanie zamówienia, a nie odrzucenie jego oferty.

Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1515/14.

Całokształt okoliczności sprawy prowadzi do wniosku, że Zamawiający wbrew powszechnie obowiązującym przepisom, mającym charakter norm *ius cogens*, zaniechał wykonania ciążącego na nim obowiązku, tj. poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i w konsekwencji nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo braku rzeczywistych przesłanek faktycznych i prawnych do dokonania takiej czynności.

Zaniechanie Zamawiającego doprowadzić może do wyboru oferty istotnie droższej od oferty Odwołującego, co stawia pod znakiem zapytania sposób gospodarowania przez Zamawiającego środkami publicznymi.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP

W doręczonym Odwołującemu zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, treść uzasadnienia sprowadza się li tylko do lakonicznego stwierdzenia odnośnie do braku ujęcia przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym kilku pozycji przedmiarowych, a także zacytowania fragmentu SIWZ oraz skopiowania fragmentu przedmiaru do części tramwajowej w poz. 66-72. Zamawiający przytacza, że w myśl Rozdziału XIII poz. 17 f SIWZ, w przypadku braku pozycji kosztorysu odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeśli zmiany będą nieistotne, a zamawiający na podstawie kosztorysu ofertowego danego wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej. Jak dalej streszcza Zamawiający „Brak 7 pozycji kosztorysowych należy uznać za istotną omyłkę w treści oferty. Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie ustalić

ceny jednostkowej dla brakujących pozycji kosztorysowych nr 67, 70-72". W zasadzie powyższym, dwuzdaniowym zapisem, Zamawiający kończy treść uzasadnienia, uznając je za wystarczające i spełniające regulacje ustawy w tym zakresie. Z taką konstatacją Odwołujący nie mógł się zgodzić.

W pierwszej kolejności, mając na uwadze wyżej przytoczony fragment SIWZ, Zamawiający w żadnym zakresie nie wypowiedział się, jaki charakter w jego ocenie ma zmiana treści oferty wywołana przedmiotową omyłką Odwołującego. W sposób nader nieprecyzyjny, skonstatował jedynie, iż *„Brok 7 pozycji kosztorysowych należy uznać za istotną omyłkę w treści oferty”*. Przy czym nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, która uzasadniałaby ów wniosek, nie zaprezentował skutków owej omyłki i ich wpływu na treść złożonej przez Odwołującego oferty. Nie wyjaśnił też - w odniesieniu do poszczególnych brakujących pozycji kosztorysu - w jaki sposób przedmiotowa omyłka i dokonanie jej poprawienie miałyby spowodować istotną zmianę w treści oferty. Zamawiający nie wskazał co rozumie przez istotną zmianę treści oferty, czy też na czym ów istotna zmiana miałaby polegać w tym konkretnym przypadku. Jak wykazano wyżej, w istocie na skutek zasadnej i pożądaney poprawy treści oferty Odwołującego według zaprezentowanych przez Odwołującego metod, zmiana treści oferty w zakresie ceny nie ma charakteru istotnego - modyfikując cenę oferty w stosunku do pierwotnej jedynie o 0,05 % lub 0,07%, a tym samym niezmiennie klasyfikując ofertę Odwołującego na pierwszej pozycji w rankingu ofert.

Charakter „innej omyłki" w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest całkowicie irrelevantny. Omyłka może być nie tylko istotna, ale i nieoczywista. Znaczenie ma jedynie czy zmiana treści oferty wywołana tą omyłką, czy też - jak należałoby rozumieć ów zapis - wywołana poprawą tej omyłki nie ma charakteru istotnego. W tym zakresie, Zamawiający w żadnym stopniu się nie wypowiedział.

Odnosnie do rzekomego braku możliwości jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego cen jednostkowych dla czterech brakujących pozycji kosztorysowych tj. nr 67,70-72, zaakcentować trzeba, iż Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił jakie metody przyjął do ustalenia pozostałych trzech pozycji kosztorysu tj. poz. 66, 68-69, a nadto dlaczego nie mógł owych metod zastosować do poz. 67, 70-72. Innymi słowy, Zamawiający nie objaśnił dlaczego w jego ocenie pewne pozycje mogły zostać uzupełnione, a inne nie. Nie doprecyzował rodzaju i charakteru dokonanych ustaleń, a także przyczyn braku ich dokonania przy innych pozycjach, pozostawiając Odwołującego jedynie w sferze domysłów, niepewności i braku przejrzystości, w rezultacie czyniąc uzasadnienie niepełnym, a przez to sprzecznym z regulacją art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy.

W stosunku do wszystkich pozycji, Zamawiający był w stanie w dwójnasób poprawić omyłki, bądź poprzez ustalenie cen jednostkowych dla brakujących pozycji (posługując się

analogicznymi pozycjami z innych części kosztorysu ofertowego Odwołującego), bądź też poprzez przyjęcie, że pozycje te ujęte są w kosztach ogólnych w uśrednionej wartości obliczonej przy uwzględnieniu analizy wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający zaniechał jakiegokolwiek ujawnienia przyjętej metodologii, w istocie uniemożliwiając Odwołującemu zapoznanie się przyjętym trybem rozumowania ergo postępowania, mającym rzekomo uzasadniać czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

Jak podkreśla się w doktrynie, wypełnienie obowiązku z zakresu sporządzenia rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji ogólnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności (np. odrzucenia oferty) warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Dodatkowo, niezależnie od obowiązku podania zarówno uzasadnienia faktycznego, jak i prawnego podjętych czynności, dokonanie przez Zamawiającego błędnej subsumpcji (tj. błędnego przyporządkowania określonego stanu faktycznego pod daną normę prawną), przez wskazanie niewłaściwej podstawy dokonanej czynności, w sytuacji, gdy stan faktyczny wyczerpuje przesłanki objęte normą innego przepisu przewidującego całkowicie inny skutek, nie może być za kwalifikowane jedynie jako uchybienie formalne.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał nieprawidłowej subsumpcji, bowiem do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego w zakresie omyłkowego braku w kosztorysie Odwołującego siedmiu pozycji kosztorysowych, błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo iż regulacja ta ma zastosowanie jedynie w przypadku braku możliwości sanacji oferty wykonawcy, poprzez uprzednie zastosowanie obligatoryjnego trybu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy tj. poprawy przez Zamawiającego znajdujących się w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Skutek zastosowania owego przepisu jest zgoła odmienny od tego, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Należy nadmienić, że tak jak zostało to uargumentowane powyżej, w istocie poprawa omyłki w ofercie Odwołującego - która to omyłka notabene wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie ma charakteru istotnego - nie spowodowała istotnej zmiany w treści oferty. W konsekwencji oferta Odwołującego po dokonaniu przez Zamawiającego stosownych korekt, spełnia wymagania SIWZ ergo nie podlega odrzuceniu. Uzasadnienie dla powyższych wywodów, zawarte jest także w zaprezentowanych poniżej, wybranych spośród

wielu, kilku orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 11 sierpnia 2017r. sygn. akt KIO 1577/17, wyrok z dnia 1 marca 2013 r., sygn. akt KIO 321/13.

W jednym z orzeczeń Izba stwierdza, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. To przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy okoliczności, które Zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym (tak m.in. w wyroku z dnia 07 lutego 2017r., KIO 144/17). Według Izby, uzasadnienie decyzji Zamawiającego winno być tak sformułowane, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które Zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytlumaczenie przyczyn takiej a nie Innej jej oceny (wyrok KIO z dnia 06 marca 2017r., KIO 351/17). Jak podkreślano, lakoniczne uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty nie może być potraktowane jako prawidłowe wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.). Zamawiający odrzucając ofertę zobowiązany jest w sposób pełny i wyczerpujący opisać wszystkie okoliczności towarzyszące tej czynności, ponieważ w innym przypadku wykonawca może jedynie domyślać się podstaw faktycznych, stanowiących podstawę odrzucenia jego oferty. Skutkiem wadliwego sporządzenia przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty z uwagi na jego ogólność, bez wątpienia jest niemożność prawidłowego postawienia zarzutów odwołania. Stanowi to naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych (tak m.in. KIO w

wyroku z dnia 03 marca 2017 r., KIO 329/17 oraz z dnia 26 września 2016 r., KIO 1710/16). Istotne, na co zwróciła uwagę Izba w wyroku z dnia 25 maja 2012 r., KIO 968/12, iż nie ma znaczenia, że uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty było jasne i czytelne dla Zamawiającego, gdyż nie wystarczy, że pozostanie ono w sferze „oczywistej” wiedzy Zamawiającego, ma być ono przede wszystkim zrozumiałe dla wykonawcy. Jak nadmieniano KIO w wyroku z dnia 28 września 2010 r., (KIO 1971/10): „Ustawa nie zawiera wyjątków od konieczności podania, zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego dla tej czynności. Samo stwierdzenie faktu, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ poprzez podanie określonych zapisów SIWZ, które miał spełniać oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia nie może zostać uznane za uzasadnienie faktyczne w rozumieniu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Odwołujący przytacza również wyrok z dnia 17 sierpnia 2011r. sygn. akt KIO 1653/11.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy

W ocenie Odwołującego, nieuzasadnione było niejako automatyczne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z SIWZ, pomimo że w istocie zawarte w kosztorysie ofertowym inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie wpływają w sposób istotny na treść oferty złożonej przez Odwołującego, a ewentualne niejasności treści oferty Odwołującego w tym zakresie mogły zostać rozstrzygnięte w drodze wykładni oświadczenia woli, względnie w drodze procedury opisanej w art. 87 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z tezami Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażonymi w przytaczanej już powyżej opinii pn. *„Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej”*, celem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Jak podkreśla się w judykaturze, Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy (por. m.in. Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, podobnie wyrok SO w Katowicach z dnia 1 marca 2010 r. sygn. akt: XIX Ga

18/10, wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1610/10). Jak precyzuje Izba, w jednym z ww. wyroków, nie można też pominąć, że odrzucenia oferty Zamawiający winien dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że jest ona dotknięta nieusuwalną wadą. W okolicznościach sprawy Zamawiający był uprawniony do tego, aby przez uzyskanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wyjaśnić przyczynę powstałych nieścisłości. Odstępując od ich uzyskania zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2011 r. KIO 522/11). Nie powinno budzić wątpliwości, iż relatywnie często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu w postępowaniu złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot. Pominięcia takie następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Kwestie te wielokrotnie były przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyrok z dnia 4 marca 2011 r. (KIO 333/11, KIO 335/10), z dnia 5 października 2009 r. (KIO/UZP 1324/09), z dnia 8 maja 2014 (KIO 793/14). Z brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Wartym uwypuklenia jest, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem „plastycznym” nie tylko pozwalającym, ale wręcz wymuszającym na zamawiającym podejmowanie różnego rodzaju czynności naprawczych, celem doprowadzenia stanu złożonych ofert, do stanu zgodności z wymaganiami SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (tak m.in. KIO w wyroku o sygn. KIO 1327/09). Czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ (tak m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 24 listopada 2010 r. sygn. akt II Ca 803/10). W podobnym tonie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 7 sierpnia 2014 r. (KIO 1515/14), wskazując, iż w celu doprowadzenia zgodności treści oferty do wskazanych w SIWZ wymaganiach zamawiający może korzystać chociażby z możliwości wynikających z przepisu art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1-3 czy też art. 91 ustawy.

Odwołujący zauważa, że o ile poprawienie oczywistych omyłek nie powinno być poprzedzone stosownymi w tym zakresie wyjaśnieniami wykonawcy, gdyż zaprzeczałoby to pojęciu oczywistości, o tyle poprawienie innych omyłek może, a często nawet musi być poprzedzone żądaniem wyjaśnień od wykonawców. Zamawiający w przypadku innych omyłek może bowiem nie wiedzieć, jak należy poprawić ofertę. Uzyskując wyjaśnienia, będzie też mógł łatwiej ocenić, czy poprawa spowoduje istotną zmianę w treści oferty. W wyroku z dnia 7 lutego 2013 r. (KIO 140/13) Izba potwierdza, że skorzystanie przez Zamawiającego z art. 87 ust. 1 może być nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla stwierdzenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić (*tak w: J. Pieróg, komentarz do art. 89 PZP w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Rok: 2017, Wydanie: 14*, red. Jerzy Pieróg). Jak uzasadniała Izba, w ww. wyroku o sygn. KIO 140/13, możliwość samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy, to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia jednoznacznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który wprost takiej przesłanki nie wyraża. Zastosowanie jej w praktyce eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty, jak również gwarantuje przestrzeganie zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji, nie oznacza jednak braku możliwości uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Podobne stanowisko prezentuje M. Jaworska, (*tak w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Rok: 2018, Wydanie: 1*), w myśl której inne omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie mają przymiotu oczywistości. Tym samym sposób ich poprawienia może być dużo bardziej skomplikowany niż w przypadku omyłek oczywistych. Przyjmuje się, że poprawienie innych omyłek może nastąpić właśnie w wyniku prowadzenia z wykonawcą wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czy nawet po uzyskaniu przez zamawiającego informacji z innych źródeł. Tak KIO także w wyroku z dnia 13 czerwca 2017r. (KIO 1088/17): „Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty; dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić; że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione". Mając na uwadze powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy, zaprezentowana argumentacja jawi się jako potrzebna i uzasadniona.

W podsumowaniu odwołujący podał, że przedstawiona powyżej argumentacja potwierdza słuszność zarzutów dotyczących niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego. W opinii Odwołującego, tak jak zostało to wskazane w *petitum* niniejszego odwołania, Zamawiający dopuścił się naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 87 ust. 1 ustawy, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, art. 7 ust. 1 ustawy i art. 8 ust. 1 ustawy. W przypadku, gdyby Zamawiający postąpił w zgodzie z ww. przepisami, to oferta Odwołującego powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 maja 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2014 roku pozy. 964 ze zmianami) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem. Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez Zamawiającego – opracowanie własne, tabela zawierająca porównanie, w zakresie poszczególnych pozycji z kosztorysu uproszczonego, z ofert pozostałych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

VI.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 17 maja 2018 roku, przekazany Odwołującemu w tym samym dniu, powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z postanowieniami Rozdziału XIII – Sposób obliczenia ceny pkt 9 oraz 17 lit. f Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Zamawiający wskazał, że Odwołujący *nie ujął w kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (str. 152 oferty) pozycji przedmiarowych od numeru 66-72: (...) – w tym miejscu tabela przedmiarów. Zamawiający wskazał również odwołując się do ww. postanowień SIWZ, że brak 7 pozycji kosztorysowych należy uznać za istotną omyłkę w treści oferty. Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie ustalić ceny jednostkowej dla brakujących pozycji kosztorysowych nr 67, 70-72.*

Zamawiający w SIWZ w Rozdziale XI – *Opis sposobu przygotowania oferty* wskazał między innymi, że *Ofertę stanowią oryginał wypełnionego Formularza oferty (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz dokumenty wyszczególnione w Rozdziale VI pkt I. W Rozdziale XI – Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w*

postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, Zamawiający w punkcie I. Oświadczenia i dokumenty wymagane od Wykonawcy składane wraz z ofertą, określiła w ppkt 1 - Ofertę stanowią oryginał wypełnionego Formularza oferty (załącznik nr 3 do SIWZ) wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami tj.: (...) 1.2 Formularz cenowy – załącznik nr 3a do SIWZ; (...) 1.4. Uproszczone kosztorysy ofertowe sporządzone zgodnie z zapisami Rozdziału XIII, oddzielnie dla każdego zakresu.

W Rozdziale XIII – Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał:

1. Formą wynagrodzenia za roboty stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie z projektem umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe.
2. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę metodą kalkulacji uproszczonej (wg formuły określonej w pkt 3) w oparciu o Kosztorysy ofertowe dołączone do oferty i sporządzone na podstawie Przedmiarów robót stanowiących załącznik do SIWZ, dla każdego zakresu finansowanego przez poszczególnych uczestników postępowania.
3. Cena oferty winna być wyliczona wg formuły: $C_k = \sum L \times C_j$ gdzie: C_k – cena kosztorysowa, L – ilość jednostek przedmiarowych, C_j – ceny jednostkowe dla jednostek przedmiarowych (ceny jednostkowe winny zawierać wszystkie niezbędne koszty do wykonania jednostki przedmiarowej, z uwzględnieniem kosztów określonych w pkt. 7).
4. Cena oferty winna być zgodna z sumą wartości wszystkich pozycji Kosztorysów ofertowych netto i podatku VAT.
5. Cena oferty oraz ceny jednostkowe podane w kosztorysach ofertowych winny być określone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Kwoty zaokrąglić należy do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.
6. Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w kosztorysach ofertowych będą niezmiennie w toku realizacji przedmiotu zamówienia.
7. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem Przedmiotu Zamówienia, w tym wszelkich kosztów odbiorów, uzgodnień wynikających z przepisów prawa, Umowy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także koszty wszelkich innych działań wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako zobowiązania Wykonawcy. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca winien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót. W kosztach pośrednich należy uwzględnić wszystkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, a nie

wyszczególnione w żadnej pozycji Przedmiarów robót w tym m.in.: a) koszty opracowania projektu oraz wdrożenia tymczasowej organizacji ruchu drogowego i tramwajowego (zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego (BIP) tymczasowa organizacja Ruchu stanowi materiał pomocniczy), b) koszty urządzenia i eksploatacji zaplecza budowy (w tym doprowadzenie i zużycie mediów, budowa dróg dojazdowych, itp.) oraz koszty likwidacji zaplecza budowy, c) koszty oznakowania terenu budowy oraz oznakowania robót, d) usługi obce na rzecz budowy, e) koszty zapewnienia i utrzymania dojazdów i dojeżdż do posesji w trakcie trwania robót, f) koszty stosowania niezbędnych środków technicznych i organizacyjnych w celu utrzymania w czystości dróg dojazdowych i wyjazdowych z terenu inwestycji oraz ograniczających emisję pyłu w trakcie transportu materiałów budowlanych i prowadzenia prac, g) koszt zapewnienia odpowiedniej bezpiecznej organizacji robót oraz komunikacji, h) koszt opracowania projektów uzupełniających oraz ich uzgodnień, projektów zapewnienia jakości oraz takich które nie dotyczą dokumentacji projektowej na podstawie której realizowany będzie przedmiot zamówienia (jeśli wystąpi), i) koszt aktualizacji projektu / opracowania zamiennego projektu tymczasowej organizacji ruchu wraz z uzgodnieniami, zatwierdzeniem oraz jej wprowadzenia, j) koszt utrzymania wyznaczonych ewentualnych objazdów, k) koszt przywrócenia terenów przyległych do stanu pierwotnego po zakończeniu robót (inwestycji). l) koszty technologii robót, wynikające z przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych w ramach opracowań Wykonawcy, m) koszty ekspertyz dotyczących wykonanych robót, n) koszt pełnienia funkcji generalnego Wykonawcy (jeżeli przewiduje się Podwykonawców), o) koszt wszelkich badań, prób, pomiarów, sprawdzeń itp. niezbędnych do odbiorów przejściowych i odbioru końcowego robót oraz koszt szlifowania szyn w okresie gwarancyjnym tj. po okresie 16 – 24 miesięcy od dnia zakończenia danej inwestycji. p) koszt zajęcia pasa drogowego na czas prowadzenia robót (jeśli wystąpi), q) koszt inspekcji kamerą video zrealizowanych ciągów kanalizacyjnych, r) wszystkie podatki, opłaty itp., s) koszty ubezpieczenia budowy, t) koszt kompleksowej obsługi geodezyjnej (w tym służb geodezyjnych przy wykonywaniu robót ziemnych w pobliżu istniejących punktów osnowy geodezyjnej poziomej), obsługi geodezyjnej w trakcie realizacji inwestycji, opracowania powykonawczej dokumentacji geodezyjno-kartograficznej, wraz z naniesieniem na zasoby geodezyjne Miasta, u) koszty dostosowania się do wymagań STWiORB obejmującej wszystkie warunki i obowiązki Wykonawcy, a nie wyszczególnione w Przedmiarach robót, v) zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko Wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w czasie realizacji

robót i w okresie gwarancyjnym, w) koszt sporządzenia inwentaryzacji fotograficznej terenu, x) koszt opłat za udostępnienie i czasowe zajęcie gruntów na czas realizacji robót.

8. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić ściśle wg kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach robót.
9. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacjach projektowych (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert z zachowaniem zapisów Rozdziału VIII.
10. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do pozycji Przedmiarów, z zastrzeżeniem pkt 11.
11. W przypadku uszczegółowień i/lub zmian do pozycji Przedmiarów wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców należy wszelkie wprowadzone modyfikacje uwzględnić w cenie jak również w opisach przedmiarowych.
(12 -15 ...)
16. Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprawi w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
17. W przypadku omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegających na niezgodności kosztorysów ofertowych ze specyfikacją, zamawiający będzie stosował niżej wymienione zasady: a) w przypadku braku ceny jednostkowej – zamawiający przyjmie cenę jednostkową wynikającą z wyliczenia matematycznego na podstawie pozycji kosztorysu ofertowego, b) w przypadku niepełnego opisu pozycji lub jego braku – zamawiający uzna, że opis jest zgodny z przedmiarem robót dołączonym do SIWZ wraz z ewentualnymi modyfikacjami dokonanymi w wyniku zapytań wykonawców, c) w przypadku błędnie podanej jednostki obmiarowej lub jej braku przy równoczesnym zachowaniu ilości zgodnych z przedmiarem – zamawiający uzna, że jednostka jest zgodna z przedmiarem robót dołączonym do SIWZ, d) w przypadku zastosowania kalkulacji indywidualnej zamiast podanej w przedmiarze robót wyceny – zamawiający uzna, że wykonawca w pozycji wycenił wszystkie niezbędne prace, które należy wykonać zgodnie z pozycją przedmiaru robót, e) w przypadku: - innego

opisu pozycji niż w przedmiarze i/lub - zastosowania innych ilości obmiarowych niż w przedmiarze robót i/lub - wprowadzenia pozycji dodatkowych z zastrzeżeniem pkt. 11, zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu jeśli zmiany będą nieistotne. f) w przypadku braku pozycji kosztorysu zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu, jeśli zmiany będą nieistotne, a zamawiający na podstawie kosztorysu ofertowego danego wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej.

18. *Jeżeli Wykonawca nie zgadza się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest zobowiązany w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia powiadomić o tym Zamawiającego na piśmie. Odmowa wyrażenia zgody przez Wykonawcę na poprawienie omyłki powoduje odrzucenie oferty Wykonawcy.*

Zgodnie z Załącznikiem nr 9a do SWIZ – Wzór umowy Spółki Tramwaje Śląskie S.A. par. 9, w pkt 1 i 2 Zamawiający określił, że:

- 1. Za wykonanie Przedmiotu Umowy Wykonawca otrzyma łączne wynagrodzenie kosztorysowe określone w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 5 Umowy, ustalone na kwotę brutto nie wyższą niż ...zł (słownie:... zł 00/100), obejmujące wynagrodzenie netto w kwocie ...zł (słownie:... zł 00/100) oraz podatek VAT w kwocie ...zł (słownie: ... zł 00/100) z zastrzeżeniem poniższych ustępów.*
- 2. Ostateczna wysokość wynagrodzenia ustalona zostanie na podstawie kosztorysu powykonawczego opracowanego przez Wykonawcę i zatwierdzonego przez Zamawiającego po uprzedniej weryfikacji przez Inżyniera Kontraktu, z zastosowaniem cen określonych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 5 do Umowy, zgodnie z rzeczywiście wykonanymi i odebranymi ilościami robót.*

Izba ustaliła, że podana przez Odwołującego wartość w kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej nieuwzględniającym pozycji przedmiarowych od numeru 66-72. tj. 22 756 782,55 zł jest tożsama ze wskazaną przez Odwołującego w Formularzu cenowym dla tej pozycji.

Nie jest sporne pomiędzy stronami postępowania, że w ofercie złożonej przez Odwołującego brak jest w uproszczonym kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej pozycji przedmiarowych od numeru 66-72.

W zakresie poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba zważyła:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (1) i zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy (3).

Izba podkreśla na wstępie, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Natomiast o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w SWIZ wymagania.

Oczywiście obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ (porównaj: wyrok Sądu

Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08), a odzwierciedleniem znajomości wymagań SWIZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Mogą jednakże zaistnieć sytuację, w których złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWIZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, czyli nie składając określonego i wymaganego w dokumentacji postępowania oświadczenia woli, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Zamawiający, dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca – jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek.

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment otwarcia ofert. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Uprawnienie Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych

negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. Istotnym i znamionym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty)

W rozpoznawanej sprawie, co strony jednoznacznie potwierdziły Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia w zakresie brakujących pozycji w uproszczonym kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (pozycje 66 -72).

Odwołujący podnosząc zarzut zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień nie wskazuje jaką treść złożonej przez Odwołującego oferty miałby wyjaśniać Zamawiający. W ofercie nie zostało zawarte oświadczenie co do pozycji 66-72 w uproszczonym kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej. Natomiast zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie i znajdującym odzwierciedlenie w doktrynie stanowiskiem wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Brak skonkretyzowania przez Odwołującego faktycznego zakresu wezwania do złożenia wyjaśnień uzasadniającego zaniechania działania Zamawiającego w sposób obrazowy uwypukla niezasadność podniesionego zarzutu. Należy znaczyć, że nie sama możliwość wyjaśnienia treści oferty jest niezasadna, lecz brak wykazania w jaki sposób wezwanie do wyjaśnień miałyby być skonstruowane i czego w zasadzie dotyczyć, tak aby nie stanowiło wezwania do zabronionych nieuprawnionych negocjacji i taka argumentacja Odwołującego stanowiłaby faktyczne uzasadnienie zarzutu, natomiast nie stanowi jej cytowanie orzeczeń Izby czy sądów powszechnych, bowiem nie odnoszą się one bezpośrednio do zaistniałej w tym postępowaniu sytuacji. Słusznie w ocenie Izby wskazał również Zamawiający, że w tym stanie rzeczy wezwanie do wyjaśnień, które w zasadzie nie byłoby wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, bowiem w zakresie pozycji 66 – 72 uproszczonym kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej, Odwołujący nie złożył żadnego oświadczenia woli, prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji co do oświadczenia Odwołującego, bowiem samo wezwanie musiałoby się sprowadzać do postawienia pytania jak ma być wyceniona oferta w brakujących pozycjach, jaką ma przyjąć Zamawiający metodologie poprawienia oferty oraz skąd i w jaki sposób pozyskać wartości dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Należy mieć również

na względzie, że złożone po terminie otwarcia ofert wyjaśnienia mogą stanowić w swej istocie zmianę oferty i w konsekwencji nową ofertę, dlatego tak istotny jest zakres wezwania. Niewątpliwie nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)*". Należy tu również zwrócić uwagę za Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 Slovensko a.s.), że „dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. (...) Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis, jaki jest przewidziany

w art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.” (oraz orzeczenie z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu – z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama J. L. przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A. – z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 29 marca 2012 roku w sprawie C-599/10 ELV Slovensko a.s. i in. Przeciwko Urad pre verejne obstaravanie; orzeczenie z dnia 10 października 2013 roku w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S).

Zganie z art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) 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.* Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca – co wynika z orzecznictwa Izby, sądów powszechnych jak również orzecznictwa Trybunału.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i

nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. W obliczu tego choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępnie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzi do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ, natomiast Zamawiający – jedynie w granicach prawa – winien dokonać samodzielnie poprawy zaistniałej w niej błędów, bez ingerencji wykonawcy oraz w oparciu o informacje zawarte w ofercie.

Na uwagę zasługuje fakt, że uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy.

Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie zawarł w uproszczonym kosztorysie ofertowym dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej poz. 66 – 72, co nie było sporne pomiędzy stronami postępowania. Brakując pozycje kosztorysu dotyczyły wykonania robót z międzytorzu; roboty ziemne poz. 66 – 68 oraz międzytorze z kostki betonowej poz. 69 – 72.

W ocenie Izby zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego jest niezasadny, bowiem brakujące pozycje kosztorysu ofertowego nie mogły zostać w całości poprawione, a właściwie uzupełnione przez Zamawiającego samodzielnie, jedynie przez odniesienie się do informacji zawartych w ofercie, w kosztorysach uproszczonych.

W przypadku brakującej pozycji 70 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej),

Zamawiający określił podbudowę z kruszywa łamanego – warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 33 cm (nr spec. Techn. D-04.04.02). Podkreślenia wymaga, że pozycja taka nie została określona przez Zamawiającego w innym miejscu tego kosztorysu jak również w innych kosztorysach złożonych w tym postępowaniu na Rozbudowę układu drogowo – tramwajowego – część drogową dla poszczególnych trzech odcinków osobno. Odwołujący w treści odwołania (tabela) jak również na rozprawie podnosił, że cenę jednostkową dla tej pozycji Zamawiający powinien był ustalić na podstawie poz. 16 z kosztorysu dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej gdzie zaoferowano podbudowę z kruszywa łamanego – warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20 cm (nr spec. techn. D-04.02.02) – 20 zł cena jednostkowa (budowa torowiska z płyt żelbetonowych prefabrykowanych). Taki odniesienie przez przyjęcie prostej proporcji podziału kwoty do grubości po zagęszczeniu i wyliczenie jednego złotego za jeden centymetr po zagęszczeniu nie stanowi w ocenie Izby działania, które miał podjąć Zamawiający, bowiem nie wynika to z żadnych przepisów prawa oraz nie jest to w żaden sposób oczywiste, że właśnie tak należało wyliczyć wartość w brakującej pozycji. Warto wskazać w tym miejscu pozycję 51 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej, gdzie wykonawca zaoferował podbudowę z kruszywa łamanego – warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15 cm (nr spec. techn. D-04.04.02) – cena jednostkowa 17 zł (perony), co obnaża niezasadność twierdzeń Odwołującego o prostym sposobie przeliczenia wartości w oparciu o wskazaną proporcję i potwierdza zarazem, że przedstawiona argumentacja Odwołującego przygotowana została jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Po drugie, należy zaznaczyć, że numery specyfikacji technicznych w przypadku tych pozycji tj. pozycji 70 i pozycji 16 są inne, natomiast sam Odwołujący w trakcie rozprawy odwoływał się do tożsamości numerów specyfikacji technicznych stanowiących podstawę przyjęcia do obliczenia wartości jednostkowej brakujących pozycji, a której brak w tym przypadku, jako argumentu dającego podstawę do dokonania poprawy.

Po trzecie, np. w pozycji 22 i 23 tego samego kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (montaż toru na podkładach strunobetonowych i drewnianych) wykonawca zaoferował podbudowę z kruszywa łamanego – warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20 cm (nr spec. techn. D-04.04.02) – cena jednostkowa 25 zł. Jest to taka sama pozycja jak wskazywana w odwołaniu i na rozprawie w odniesieniu do warstwy dolnej po zagęszczeniu 20 cm, jednocześnie o numerze specyfikacji technicznej odpowiadającym pozycji 70, której w ofercie brakuje ale cenie jednostkowej, która jest inna w pozycji 16 (20 zł), i która nie pozwala uzyskać wartości jednego złotego za każdy centymetr grubości zagęszczenia, jak starał się to wykazać Odwołujący.

Jednocześnie każda z wymienionych wyżej pozycji określona została w kosztorysach dla innego zakresu robót, co również ma znaczenie w zakresie wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, bowiem jak przyznał sam Odwołujący w trakcie rozprawy wycena poszczególnych pozycji kosztorysu uzależniona jest od nakładu pracy i technologii wykonania co wynika właśnie z tego, że dotyczy wykonania robót w innych obrębach inwestycji.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że w żadnej części drogowej (kosztorysy dla trzech odcinków) oraz w tramwajowej kosztorysów ofertowych nie określiła Zamawiający wykonania podbudowy z kruszywa łamanego – warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 33 cm (nr spec. Techn. D-04.04.02) w międzytorzu z kostki betonowej. Zamawiający tym samym nie miał możliwości, i nie mógł w żaden sposób dokonać wyceny tej pozycji w oparciu o dane zawarte w ofercie Odwołującego. Nie mógł również przeprowadzić kalkulacji jakie wskazywał Odwołujący, bowiem nie stanowią one oczywistego działania i konieczności którego to działania i sposobu postępowania nie był w stanie również uzasadnić w trakcie rozprawy Odwołujący. Samo wskazanie, że przeliczanie wartości w proporcji sugerowanej przez Odwołującego wynika z doświadczenia oraz współpracy z inwestorami nie może stanowić uzasadnienia, że Zamawiający miał to wiedzieć.

W przypadku brakującej pozycji 71 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej), Zamawiający określił podsypka cementowo – piaskowa z zagęszczeniem mechanicznym – 4 cm grubości warstwy po zagęszczeniu (nr spec. techn. D-05.03.23). Odwołujący również dla tej pozycji tj. 71, której brakował w kosztorysie ofertowym, w odwołaniu (tabela) i na rozprawie wskazywał, że odpowiada jej pozycja 52 podsypka cementowo – piaskowa z zagęszczeniem mechanicznym – 3 cm grubości warstwy po zagęszczeniu (nr spec. techn. D-05.03.23) z kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (perony).

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że pozycja 71 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej), opisana jako podsypka cementowo-piaskowa z zagęszczeniem mechanicznym 4 cm grubości warstwy po zagęszczeniu występuje tylko w tej jednej pozycji wszystkich kosztorysów uproszczonych w postępowaniu.

Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja odnosiła się do zastosowania do wyliczenia wartości dla pozycji 71, w oparciu o zastosowaniu proporcji na podstawie danych z pozycji 52 kosztorysu czyli wartości ceny jednostkowej (6 zł) do grubości warstwy po zagęszczeniu (3 cm) i przyjęciu wyniku, że jeden centymetr grubości warstwy

po zagęszczeniu został wyceniony na 2 zł. Taka argumentacja, podobnie jak w przypadku pozycji 70 nie może zostać uznana za prawidłową, bowiem żaden przepis prawa nie stanowi podstawy do takiej czynności jak również nie jest to w żaden sposób oczywiste, że takie Zamawiający miał zastosować taką proporcję. Dodatkowo potwierdza takie stanowisko Izby fakt, że pozycje te dotyczą innego zakresu prac tj. wykonywanych w międzytorzu z kostki betonowej (pozycja 71) oraz prac w peronach (pozycja 52), a co powoduje, że proste przeniesienie wartości jest niezasadne. Samo odniesienie się przez Odwołującego, że w pozycji 71 kosztorysu ofertowego wzrasta ilość materiału o około 33% w stosunku do pozycji 52 kosztorysu ofertowego, a głównym składnikiem cenotwórczym jest cena materiału, dlatego przyjęta proporcja dla obliczenia tej pozycji jest prawidłowa nie jest wystarczające, bowiem – jak również zaznaczył to Odwołujący – dla obliczenia takiej ceny jednostkowej ma również znaczenie robocizna oraz w niektórych przypadkach, sprzęt wynikający z technologii wykonania robót.

Różnice wynikające z zakresu obszaru wykonywania robót zostały wyjaśnione na rozprawie przez Odwołującego na przykładzie wyceny pozycji 34, 50 i 57 w uproszczonym kosztorysie ofertowym Rozbudowa układu drogowo – tramwajowego – część drogowo – odcinek III od ul. Floriańskiej do ul. Katowickiej, gdzie przy jednakowym brzmieniu opisu pozycji oraz, co zauważa Izba, tych samych numerach specyfikacji technicznej, zostały one wycenione inaczej odpowiednio ceny jednostkowe 22 zł, 27 zł i 20 zł. Różnice te wynikały z tego, że w przypadku pozycji 34 roboty dotyczyły chodnika, w pozycji 50 były to roboty ziemne w miejscu ścieżki rowerowej, a w pozycja 57 odnosiła się do robót obejmujących parkingi.

W przypadku pozycji 71 i 50 kosztorysu nie dość, że różny jest zakres opisu, czyli przedmiot to dodatkowo roboty te wykonywane być winny w międzytorzu z kostki betonowej (pozycja 71) oraz w peronach (pozycja 52), a pozycja 71 nie znajduje wyceny w żadnym innym miejscu – to w sposób jednoznaczny obrazuje, że Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy oferty Odwołującego w zakresie pozycji 71 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej) przez samodzielne wprowadzenie ceny jednostkowej dla tej pozycji kosztorysu. Każde działanie ze strony Zamawiającego musiałyby się sprowadzać do ustalenia ceny jednostkowej dla tej pozycji kosztorysowej po terminie składania ofert, a takie działanie jest niedopuszczalne co w sposób jednoznaczny wynika z orzecznictwa Trybunału.

W przypadku brakującej pozycji 72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej), Zamawiający określił nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo - piaskowej (nr spec. techn. D-05.03.23). Odwołujący dla tej pozycji

tj. 72, której brakował w kosztorysie ofertowym, w odwołaniu (tabela) wskazywał, że odpowiada jej pozycja 42 dla części drogowej w odcinku I oraz pozycja 38 dla części drogowej w odcinku II oraz pozycja 37 i 66 dla części drogowej w odcinku III.

W ocenie Izby dobór sposobu przenoszenia cen jednostkowych do brakujących pozycji czy też ich ustalenia dokonywany jest przez Odwołującego w sposób intencjonalny i w sposób rozumiały tylko dla Odwołującego. W przypadku brakującej pozycji 72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej) Odwołujący proponuje odnieść się do innych pozycji zawartych w innych kosztorysach drogowych, gdzie prace odpowiednio dotyczą chodników (pozycja 42 odcinek I, pozycja 38 odcinek II, pozycja 37 odcinek III) i peronów (pozycja 66 odcinek III). Proste przeniesienie z wartości jednostkowej z jednego kosztorysu do drugiego nie znajduje uzasadnienia, chociażby z tego powodu, że prace jakich dotyczą te pozycje wykonywane są w innym zakresie robót. Dodatkowo podkreślenia wymaga, co wyjaśniał w trakcie rozprawy sam Odwołujący, że różnice w cenie poszczególnych pozycji w kosztorysach drogowych wynikały z tego, że były wykonywane w różnych miejscach. W tym przypadku, choć ceny jednostkowe w kosztorysach drogowych są tożsame to roboty dotyczyły chodników i peronów, natomiast prace wykonywane w oparciu o brakujący w ofercie Odwołującego kosztorys dotyczyć miały międzytorza. W przypadku brakującej pozycji 72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej), nie ma odpowiadającej jej pozycji w tym samym kosztorysie, co nie może zostać pominięte przy ocenie czynności Zamawiającego. Izba uznała za zasadą również argumentację Zamawiającego popartą przedstawionym na rozprawie dowodem, z którego wynika, że w wartość kwotowa ceny jednostkowej podanej przez pozostałych wykonawców składających oferty w postępowaniu w pozycji 72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej) - nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo - piaskowej (nr spec. techn. D-05.03.23) różnią się w trzech z czterech przypadków od cen jednostkowych podanych przez poszczególnych wykonawców w kosztorysach drogowych dla wszystkich trzech części jednocześnie nie różniąc się między sobą w częściach drogowych.

Brak wyceny pozycji 72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze z kostki betonowej) - nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo - piaskowej (nr spec. techn. D-05.03.23), brak wyceny tej pozycji w żadnym innym miejscu kosztorysu dla części tramwajowej powoduje, że nie ma możliwości, aby Zamawiającym samodzielnie poprawił treść złożonej przez Odwołującego oferty i wprowadził ceny jednostkowe pozycji, których

nie zna. Wprowadzenie takich cen jednostkowych do kosztorysu ofertowego musiałoby się wiązać z pozyskiwaniem przez Zamawiającego dodatkowych informacji po terminie składania ofert, co jest nieuprawnione. Proste przeniesienie cen jednostkowych z przedmiotowo innych kosztorysów ofertowych dotyczących odcinków drogowych do kosztorysu odnoszącego się do części drogowej nie jest prawidłowym działaniem i nie wykazał Odwołujący aby właśnie ten zabieg był prawidłowym działaniem. W tym miejscu Izba podkreśla, że nawet w obrębie kosztorysu drogowego te same pozycje opisane przez Zamawiającego były wyceniane w inny sposób przez Odwołującego – tak jest w kosztorysie Rozbudowa układu drogowo-tramwajowego – część drogowa – odcinek III od ul. Floriańskiej do ul. Katowickiej, pozycje 34, 50 i 57 – tym samym, skoro wycena tych samych pozycji w obrębie tego samego kosztorysu ofertowego jest różna i uzależniona od miejsca wykonywania robót to nie sposób uznać za prawidłowy prostego przeniesienia ceny jednostkowej dla danej pozycji z jednego kosztorysu drogowego do pozycji kosztorysu części tramwajowej.

W przypadku brakującej pozycji 67 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej (międzytorze, roboty ziemne), Zamawiający określił profilowanie i zagęszczanie podłoża wykonywane mechanicznie w gruncie kat. II-IV pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni (nr spec. techn. D-04.01.01). Odwołujący dla tej pozycji tj. 67, której brakował w kosztorysie ofertowym, w odwołaniu (tabela) wskazywał, że odpowiadają jej pozycje z poszczególnych kosztorysów drogowych.

W ocenie Izby, uwzględniając również w tym miejscu całą argumentację zawartą w uzasadnieniu stanowiska Izby do pozycji 70, 71 i 72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej Zamawiający nie miał możliwości ustalenia ceny jednostkowej dla pozycji 67 kosztorysu dla części tramwajowej. Podkreślenia wymaga, że w kosztorysie w części tramwajowej nie ma w żadnym miejscu odzwierciedlenia brakująca w kosztorysie ofertowym Odwołującego pozycja 67. Proste przeniesienie wartości cen jednostkowych robót wykonywanych w ramach zupełnie innych kosztorysów dotyczących robót drogowych w parkingach, ścieżkach rowerowych, zjazdach i ciągach pieszych czy peronach, które proponuje Odwołujący nie stanowi czynności jaką Zamawiającym jest obowiązany dokonać w przypadku robót w kosztorysie w części tramwajowej, a dotyczących międzytorza. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że pozycje z innych kosztorysów drogowych odpowiadają faktycznie profilowaniu i zagęszczaniu podłoża wykonywane mechanicznie w gruncie kat. II-IV pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni w międzytorzu. Natomiast Zamawiający w uzasadnieniu swoich twierdzeń wskazał na złożony w sprawie dowód

i wykazał, czemu Izba dała wiarę, że w złożonych w postępowaniu innych ofertach w znakomitej większości przypadków nie ma tożsamości cen jednostkowych pomiędzy omawianą pozycją kosztorysu dla części tramwajowej, a pozycjami w kosztorysach drogowych (w których wartości są jednakowe dla tych samych pozycji). Izba zaznacza, że również podanie takich samych numerów specyfikacji technicznych nie uzasadnia przyjęcia cen jednostkowych do robót wykonywanych w międzytorzu (zostało to już powyżej wykazane).

W ocenie Izby działanie Zamawiającego w tym zakresie było prawidłowe, nie sposób bowiem było dokonać poprawy tej brakującej pozycji 67 w oparciu o przedstawione w kosztorysie ofertowym dla części tramwajowej dane, bowiem takich danych nie było. Natomiast nie wykazał Odwołujący zasadności przeniesienia danych z innych zupełnie kosztorysów ofertowych dotyczących części drogowej. Zamawiający nie miał możliwości ustalenia ceny kosztorysowej w przypadku brakującej pozycji 67 kosztorysu dla części tramwajowej, bowiem takiej ceny jednostkowej nie przedstawił Odwołujący, a jej ustalenie po terminie składania ofert byłoby nieuprawnione.

W tym miejscu Izba zaznacza, że w piśmie z dnia 17 maja 2018 roku Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu w związku z brakiem możliwości jednoznacznego ustalenia pozycji kosztorysowych o numerach 67, 70 – 72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej. W zakresie tych właśnie pozycji Izba przedstawiła swoją argumentację powyżej uznając działania Zamawiającego za prawidłowe.

W odniesieniu do pozycji 66, 68, 69 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej Izba uznała, że:

- w zakresie pozycji 68 i 69 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej odpowiednio w tym samym kosztorysie ofertowych zawarte były pozycje 14 i 50, które przedmiotowo odpowiadały brakującym pozycjom. To pozwalało Zamawiającemu na poprawę ofert, co też w trakcie rozprawy przyznał sam Zamawiający oraz czemu dał wyraz w piśmie procesowych Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie,
- w zakresie pozycji 66 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej Izba zaznacza, że nie wskazał tej pozycji Zamawiający jako niemożliwej do ustalenia w piśmie z dnia 17 maja 2018 roku, jednocześnie Zamawiający w tym zakresie przedstawił niespójną, a w zasadzie sprzeczną argumentację twierdząc raz w piśmie procesowym, że nie może dokonać poprawy tej pozycji, a następnie przyznając

na rozprawie, że można dokonać poprawy tej pozycji z uwzględnieniem cen jednostkowych dla tej pozycji z kosztorysów drogowych. Mając na uwadze zakres informacji w piśmie z dnia 17 maja 2018 roku, czyli nie wykazywanie pozycji 66 jako niemożliwej do poprawy oraz sprzeczną wewnętrzną argumentację z rozprawy Izba uznała, że stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie stanowi jedynie przyjęcie takiej taktyki procesowej, jednocześnie nie znajduje uzasadnienie w czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego, w zakresie pozycji 66, 68 i 69 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej znajduje uzasadnienie i w tym zakresie doszło do naruszenie przepisów prawa wskazanych przez Odwołującego. Jednocześnie Izba wskazuje, że mając na względzie ocenę zarzutów odwołania w odniesieniu do pozycji 67 oraz 70-72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej, uwzględnienie argumentacji Odwołującego w zakresie pozycji 66, 68 i 69 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej nie ma wpływu na wynik prowadzonego postępowania, a to zgodnie z regulacją zawartą w art. 192 ust. 2 ustawy stanowi o nieuwzględnieniu odwołania. Odwołanie bowiem podlega uwzględnieniu jedynie w sytuacji, w której naruszenie przepisów miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanym przypadku brak zasadności argumentacji Odwołującego w odniesieniu do pozycji 67 oraz 70-72 kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej powoduje, że nie ulega zmianie wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do pozostałych wskazanych przez Odwołującego sposobów poprawy oferty Odwołującego, w której brak było siedmiu pozycji kosztorysowych dla kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej Izba uznała argumentację w tym zakresie za niezasadną. Mając na względzie przedstawioną wcześniej przez Izbę argumentację prawną jak również stanowisko wynikające z orzecznictwa Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej podnoszenie przez Odwołującego kilku sposobów poprawy oferty Odwołującego wskazuje, że nie w jednoznaczny sposób można było dokonać tej poprawy oferty. Sama decyzja o sposobie poprawy oferty tj. wyboru tego sposobu poprawy oferty wskazywanego przez Odwołującego, którą musiałyby przyjąć na siebie Zamawiający już stanowi element negocjowania treści oferty, bowiem jak zauważył Odwołujący, Zamawiający musiałby zapytać wykonawcę czy godzi się na taki sposób poprawy oferty wykonawcy.

Proponowane przez Odwołującego, alternatywnie w przypadku uznania, że nie można ustalić cen jednostkowych dla brakujących pozycji w kosztorysie dla części tramwajowej, przez ustalenie sumarycznej wartości brakujących pozycji na podstawie uśrednienia cen jednostkowych, odpowiadających brakującym pozycjom w ofercie Odwołującego, z pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i na tej podstawie wyliczenie wartości kwoty za brakujące pozycje oraz ujęcie w kosztach ogólnych nie znajduje w ocenie Izby żadnego uzasadnienia. Zamawiający w sposób jednoznaczny ustalił w SWIZ, że *cena oferty winna być zgodna z sumą wartości wszystkich pozycji Kosztorysów ofertowych netto i podatku VAT*. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący nie wskazał nawet w jakiej pozycji kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo – tramwajowego – części tramwajowej owe koszty ogólne się znajdowały, a skoro cena oferty sumarycznie miała odpowiadać cenie wszystkich kosztorysów ofertowych to winien był wykazać w jakiej pozycji owe koszty ogólne zostały wskazane. Jednocześnie taki sposób przyjmowania poprawy ofert w zasadzie prowadziłby do wniosku, że nie ma potrzeby składania przez wykonawcę oświadczenia woli co do oferowanej pozycji i jej wyceny jednostkowej, bowiem Zamawiający uśredniając ceny z innych ofert poprawi ofertę wykonawcy przyjmując, że kwota ta została ujęta w kosztach ogólnych – takie działanie w obliczu obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne. Sam Odwołujący wskazując na szeroko powoływane w odwołaniu orzecznictwo podał, że Zamawiający musi mieć możliwość samodzielnego poprawienia omyłki, bez udziału wykonawcy, w oparciu o dan z oferty wykonawcy co stanowi granicę stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - tym samym proponowany sposób poprawy oferty przez odniesienie do cen innych wykonawców i uśrednianie cen jednostkowych po czym uznanie, że są one zawarte w kosztach ogólnych w żaden sposób nie mieszczą się w granicach podniesionej wcześniej regulacji prawnej. Należy również dodać, że koszty ogólne, o ile zostaną wskazane, również mają swoje uwarunkowanie i wchodzące w nie zakresy, dlatego wskazywanie, że dane pozycje kosztorysowe – które wykonawca był obowiązany ująć w kosztorysie - zawarte zostały w kosztach ogólnych stanowią kolejny zabieg procesowy Odwołującego, a nie mają nic wspólnego w prawidłowym złożeniu oferty. Izba uznała argumentację Odwołującego za niezasadną i dodaje, że sam fakt alternatywnego wskazywania sposobów poprawy oferty Odwołującego również uwypukla brak możliwości poprawy oferty Odwołującego w zakresie określonym i dopuszczonym ustawą. Izba zaznacza, że ustawa określając granicę w działaniu Zamawiającego gwarantując realizację zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców w odniesieniu do wszystkich podmiotów, które złożyły ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że przestrzeganie obowiązujących regulacji daje gwarancję wszystkim uczestnikom rynku

zamówień publicznych niezależnie od pozycji w jakiej się znajdują. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWIZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę. Naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

W sposób jednoznaczny należy pokreślić również kosztorysowy charakter wynagrodzenia określony przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co wynika z dokumentacji postępowania i nie było sporne między stronami. Tym samym sporządzenie i załączenie w ofercie kosztorysu ofertowego jest niezbędne, co więcej kosztorys ofertowy w takim wypadku stanowi element samej oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji jak również stanowi następnie podstawę do rozliczania umowy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonego zarzutu odwołania, podkreślić bowiem należy, że żaden przepis ustawy nie określa jakie elementy są niezbędne i jakie winny wchodzić w zakres uzasadnienia decyzji Zamawiającego. W rozpoznawanym przypadku Zamawiający podał podstawę prawną, a w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że w kosztorysie brak było 7 pozycji kosztorysowych, co uznał za istotną omyłkę treści oferty i że nie był w stanie ustalić w sposób jednoznaczny cen jednostkowych dla brakujących pozycji 67 i 70-72 kosztorysu. W ocenie Izby takie uzasadnienie Odwołującego odpowiada wymaganiu podania powodów odrzucenia oferty. Dla wykonawcy komunikat również był jasny bowiem w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego stanowisko zbudował szeroką argumentację zawartą w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący nie musiał domyślać się przyczyn odrzucenia swojej oferty, a niesporny pomiędzy stronami postępowania brak w ofercie odwołującego 7 pozycji kosztorysu ofertowego dla Rozbudowy układu drogowo –

tramwajowego – części tramwajowej potwierdza to stanowisko. Zamawiający podał, że nie jest w stanie ustalić jednoznacznie cen jednostkowych dla określonych brakujących pozycji czym dał wyraz podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołując argumentując w uzdatnieniu odwołania, że Zamawiający winien w zasadzie przedstawić cały tok decyzyjny nie wskazał w oparciu o jakie regulacje miałby dokonywać takiego opisu Zamawiający. W ocenie Izby Zamawiający podał powody odrzucenia oferty Odwołującego, choć może w sposób bardzo oszczędny jednakże mieszczący się w ramach przepisów ustawy, dający podstawy do złożenie odwołania, czemu dał wyraz sam Odwołujący w osiemnastostronicowym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 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 ze zmianami).

Przewodniczący: