

Sygn. akt KIO/KD 21/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 20 czerwca 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Miasto Białystok
ul. Słonimska 1
15-950 Białystok

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej znak UZP/DKD/KND/7/16

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

Budowa mostu w ul. Pałacowej w Białymstoku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

UZASADNIENIE

do uchwały z 20 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO/KD 21/17

Zamawiający – Miasto Białystok przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dotyczące budowy mostu w ulicy Pałacowej w Białymstoku.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) przeprowadził kontrolę doraźną ww. postępowania (znak UZP/DKD/KND/7/16), stwierdzając w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 maja 2017 r., iż

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie odrzucając oferty wykonawcy STRABAG Spółka z o.o., naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nieuzasadnione dokonanie poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a skutkiem tego naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W zakresie oferty wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o. Prezes UZP stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w kosztorysie ofertowym dot. branży mostowej złożonym przez Wykonawcę INTOP Warszawa Sp. z o.o. innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Jawal” Sp. z o.o. oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. Prezes UZP stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w kosztorysach ofertowych dot. branży elektrycznej złożonych przez ww. wykonawców innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W treści przywołanej wyżej Informacji wynika, że Prezes UZP stwierdził naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp związane z czynnościami badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Prezes Urzędu zważył, co następuje.

W wyniku kontroli doraźnej stwierdzono, iż doszło do następujących naruszeń ustawy:

1. Zgodnie z treścią rozdziału V pkt 1 i 3 SIWZ, wraz z ofertą złożoną na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ należało dostarczyć między innymi zestawienie kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) oraz uproszczony kosztorys ofertowy (zawierający ilość robót, cenę jednostkową

oraz wartość pozycji) sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej i przedmiaru robót, obejmujący wszystkie pozycje przedmiarów z podaniem wskaźników cenotwórczych (koszty ogólne, koszty zakupu, zysk, roboczogodzinę).

W treści formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia w następującej treści:

1. Oferujemy wykonanie robót, będących przedmiotem zamówienia za cenę ofertową w wysokości:

netto zł, podatek VAT %

brutto zł, zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym i zestawieniem kosztów zadania.

W § 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, wprost określono, że wynagrodzenie wykonawcy ustalone na podstawie złożonej oferty ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego.

Zamawiający zastrzegł w treści rozdziału IV pkt 7 SIWZ, że *dla porównania ofert zamawiający przyjmuje cenę brutto określoną w formularzu ofertowym (Załącznik nr 1 do SIWZ) obliczoną w oparciu o koszty oferty.*

Zgodnie z pkt 78 zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) należało wycenić usługi archeologiczne.

Natomiast, pismem z dnia 23 marca 2015 r., zamawiający udzielił wyjaśnień treści SIWZ m.in. w zakresie treści załącznika nr 1A do SIWZ wskazując, że należy w zestawieniu kosztów zadania wprowadzić dodatkową pozycję pn. *usługi geologa* (odpowiedź na pytanie nr 10).

Z kolei pismem z dnia 27 marca 2015 r., zamawiający sprostował treść odpowiedzi na pytanie nr 44 zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego w dniu 26 marca 2015 r. (wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 25 marca 2015 r.) wyjaśniając, że: *zgodnie z treścią Rozdziału IV pkt 2 SIWZ: „W celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia Wykonawca winien opracować uproszczony kosztorys ofertowy na podstawie przedmiarów robót, dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Zamawiający wymaga, aby opisy poszczególnych pozycji były identyczne z tymi, jakie są w przedmiarach robót zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego w wersji elektronicznej,” natomiast Załącznik Nr 1A – zestawienie kosztów zadania jest dokumentem wtórnym w stosunku do kosztorysu ofertowego i powinien być sporządzony na jego podstawie.*

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 SIWZ, *cena oferty powinna obejmować pełny zakres robót określonych w rozdziale I SIWZ i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia – zgodnie z załączoną dokumentacją projektową, w tym:*

- 1) pełną obsługę geodezyjną (w tym inwentaryzacją powykonawczą w 5 egz.);*
- 2) organizacją i zabezpieczeniem budowy oraz czynnościami niezbędnymi do przekazania inwestycji gestorom uzbrojenia oraz przekazania pasa drogowego Zarządowi Dróg*

- i Inwestycji Miejskich Urzędu Miejskiego w Białymstoku, zapewnieniem ciągłego dostępu (dojścia i dojazdu) do budynków sąsiadujących z ww. inwestycją w trakcie jej realizacji;*
- 3) wprowadzenie organizacji ruchu stałej oraz na czas budowy;*
 - 4) odbudową poziomej osnowy geodezyjnej III klasy w zakresie objętym terenem inwestycji;*
 - 5) badania zagęszczenia gruntu;*
 - 6) niezbędne badania laboratoryjne;*
 - 7) sporządzeniem dokumentacji powykonawczej;*
 - 8) koszty zajęcia pasa drogowego;*
 - 9) odtworzenie wierzchniej warstwy humusu oraz zieleni.*

Tymczasem, jak ustalono w toku kontroli, Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. nie załączył do oferty zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ), w konsekwencji nie dokonując wyceny pozycji 2, 78 i 79 zestawienia kosztów zadania oraz nie uwzględniając ww. pozycji w uproszczonym kosztorysie ofertowym załączonym do oferty¹. Pismem z dnia 14 kwietnia 2015 r., zamawiający powiadomił wykonawcę STRABAGSp. z o.o. o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia wskazując:

Zamawiający w toku badania oferty stwierdził, iż brak jest załącznika nr 1A do SIWZ, w którym oprócz przeniesienia danych z kosztorysów należało wycenić usługi archeologiczne (kpl) i usługi geologa (kpl).

Z uwagi na pomocniczy charakter załącznika 1A, jako przesądzające dla możliwości poprawienia przedmiotowej oferty uznano okoliczności, iż w samej ofercie znajdują się dane dot. wyceny tych usług, tj. cena ofertowa jest wyższa o 14.256,11 zł od ceny wynikającej z kosztorysu ofertowego.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający przyjął wycenę brakujących usług, tj. usługi archeologicznej (kpl) i usługi geologa (kpl) – na łączną kwotę 14.256,11 zł, tj. zgodnie z wyliczeniem:

*1 720 633,32 zł (cena ofertowa) – 1 706 377,21 zł (cena z kosztorysu ofertowego)
= 14 256,11 zł (cena usługi archeologicznej (kpl) i usługi geologa (kpl)).*

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. wyraził zgodę na *poprawienie wszystkich omyłek dotyczących w/w postępowania* w wyznaczonym terminie.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. W dniu 29 kwietnia 2015 r. zawarta została pomiędzy zamawiającym a wykonawcą STRABAG Sp. z o.o. umowa nr ZDI-

¹ Poz. 2 zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) zawierała wykonanie tymczasowej organizacji ruchu, poz. 78 - usługi archeologiczne, a poz. 79 - usługi geologa.

VI.272.4.2015 w sprawie zamówienia publicznego na budowę mostu w ul. Pałacowej w Białymstoku.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Celem niniejszej regulacji, wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, a tym samym usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, w tym poprzez zmniejszenie liczby odrzuconych ofert z powodu błahych błędów popełnianych przez wykonawców, które nie wpływają w sposób istotny na złożone przez nich w ofertach oświadczenia woli.

Jednakże, nie każda nieprawidłowość w kosztorysie może być kwalifikowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez zamawiającego. Granicę wyznacza przepis 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. W wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład Orzekający zwrócił uwagę, iż prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww. przepisu, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi "niewielka" różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty. Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego. Zdaniem Izby sam fakt, iż w punkcie 17.2 SIWZ zamawiający zapowiedział możliwość dokonania poprawy w kosztorysach ofertowych w granicach 5% ceny oferty nie świadczył, iż postanowienie to mogło znaleźć zastosowanie w każdej sytuacji. Przede wszystkim oferta musiałaby kwalifikować się do poprawy w oparciu o jej pierwotną zawartość, bez składania przez wykonawcę jakichkolwiek nowych oświadczeń woli (poza wyjaśnieniami), ingerujących w treść złożonej oferty. Nie można, zdaniem Izby, przyjąć też, że oznaczony procent zmiany ceny, w stosunku do ceny ofertowej, stanowi sam przez się o możliwości dokonania korekty, gdyż wówczas

kwota taka pozostawałby relatywnie uzależniona od wartości ofert składanych w danym postępowaniu².

Co do zasady nie podlega również poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji.

Podobnie, w wyroku z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt 479/14, Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że *dla oceny istotności zmiany znaczenie ma rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron, których dotyczy poprawa, a dla samej czynności poprawienia ma znaczenie realność poprawienia, co do zasady, możliwość poprawienia na podstawie treści oferty, w taki sposób, by poprawa nie stanowiła zmiany oświadczenia woli wykonawcy, a przede wszystkim, by zmiana nie była niedopuszczalną ingerencją zamawiającego w treść oferty, powodującą powstanie nowej treści oświadczenia woli wykonawcy, nie może też prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych części oferty.* Jednocześnie, Izba podzieliła stanowisko wyrażone w orzecznictwie, że *przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma na celu w szczególności umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Jednakże do kategorii "innej omyłki" nie może zostać zaliczony brak wskazania przez wykonawcę w ofercie ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości. Takie działanie podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił (wyrok Izby z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/09) oraz wskazany przez przystępującego wyrok z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1493/09 - brak wyceny którejs pozycji kosztorysu ofertowego nie stanowi omawianej innej omyłki; brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli.*

Konkludując Prezes UZP stwierdził, że kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej

² por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1252/11.

omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego skutku przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia³.

Odnosząc powyższe rozważania prawne do ustalonego stanu faktycznego sprawy w pierwszej kolejności Prezes UZP wyjaśnił, iż przekazane wykonawcom przedmiary robót, stanowiące podstawę do opracowania uproszczonych kosztorysów ofertowych, nie zawierały trzech pozycji wyszczególnionych w zestawieniu kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) dotyczących: tymczasowej organizacji ruchu, usług archeologicznych i usług geologa. Podkreślił, iż ww. usługi zostały wymienione również w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj.:

- wykonanie tymczasowej organizacji ruchu – rozdział IV pkt 1 ppkt 3 i 8 SIWZ,
- usługi archeologiczne – rozdział I pkt 7 SIWZ,
- usługi geologa – rozdział IV pkt 1 ppkt 1 SIWZ.

Zgodnie z treścią rozdziału V pkt 1 i 3 SIWZ, załączenie do oferty zestawienia kosztów zadania było obowiązkowe, natomiast w treści formularza ofertowego wskazano wprost, iż podana cena ofertowa powinna być zgodna z danymi zawartymi w kosztorysie ofertowym i zestawieniu kosztów zadania. Ponadto, Prezes UZP zaznaczył, iż w zestawieniu kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) należało podać sumę kwot ze wszystkich pozycji w rubrykach: „ogółem netto” i „łączna cena ofertowa brutto”. Analiza treści złożonych ofert w niniejszym postępowaniu wykazała, iż łączna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia podana w zestawieniu kosztów zadania pokrywała się z ceną ofertową zawartą w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ⁴, co nie ma miejsca w przypadku kosztorysów ofertowych, które w odróżnieniu od zestawienia kosztów zadania nie obejmowały poz. 2, 78 i 79 zakresu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, zauważył, iż zgodnie z § 17 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, zestawienie kosztów zadania, karta gwarancyjna, kserokopia polisy/umowy ubezpieczeniowej, dokumentacja projektowa, kosztorys ofertowy, oferta przetargowa wykonawcy i Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia stanowiły integralną część zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Prezes UZP podkreślił, iż zestawienie kosztów zadania, stanowiące załącznik nr 1A do SIWZ, miało charakter istotny dla obliczenia ceny i określenia zakresu wycenionych robót. Stanowisko zamawiającego o wtórnym⁵ i jedynie pomocniczym⁶ charakterze ww. dokumentu nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. W przeciwieństwie do składanych w postępowaniu kosztorysów ofertowych, zestawienie kosztów zadania zawierało pełen zakres przedmiotu zamówienia oraz pełne zestawienie cen jednostkowych, których suma

³ por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09.

⁴ Analiza nie objęła oferty Wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. ze względu na brak załączonego do oferty Zestawienia Kosztów Zadania (załącznik nr 1A do SIWZ).

⁵ pismo zamawiającego z dnia 27 marca 2015 r.

⁶ pismo zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2015 r.

była spójna z ceną podaną w formularzu ofertowym. Zatem, zestawienie kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ) należało złożyć niezależnie od obowiązku przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu, gdyż na podstawie tego dokumentu można było ocenić prawidłowość obliczenia ceny ofertowej oraz określić, czy oferta obejmowała pełen zakres robót składających się na przedmiot zamówienia. Prezes UZP zaznaczył, iż o istotnym charakterze zestawienia kosztów zadania świadczy również fakt, iż do umowy nr ZDI-VI.272.4.2015 z dnia 29 kwietnia 2015 r. załączono ww. dokument, w którym wyceniono:

- tymczasową organizację ruchu na kwotę 0,55 zł,
- usługi archeologiczne na kwotę 5.795,77 zł,
- usługi geologa na kwotę 5.794,57 zł.

Z uwagi na powyższe, Prezes UZP stwierdził, iż kosztorysie ofertowym przedłożonym przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. nie wyceniono pełnego zakresu robót ujętego w SIWZ, tzn. tymczasowej organizacji ruchu, usług archeologicznych i geologa. Powyższe według Prezesa UZP przesądza o konieczności odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Prezes UZP stwierdził, iż zamawiający nie posiadał informacji wystarczających do dokonania w kosztorysie ofertowym wyceny usług archeologicznych i geologa, a jedynie mógł wywieść z różnic pomiędzy ceną oferty a sumą cen jednostkowych ujętych w kosztorysie cenę łączną za wykonanie obu usług wraz z tymczasową organizacją ruchu. Zakres robót ujęty w pozycji 2, 78 i 79 zestawienia kosztów zadania nie został ujęty w kosztorysie ofertowym, który w niniejszym przypadku stanowił jedyny dokument będący podstawą do obliczenia ceny. Jak wskazano wyżej, zestawienie kosztów zadania obejmowało szerszy zakres robót o ww. 3 pozycje niż przedmiar robót stanowiący podstawę do opracowania kosztorysu ofertowego. Wobec powyższego, stwierdził, iż brak załączenia zestawienia kosztów zadania nie mógł być sanowany przedłożeniem kosztorysu ofertowego. Jednocześnie Prezes UZP podkreślił, iż poprawienie omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie może polegać na samodzielnym obliczeniu cen usług nie wskazanych w żadnym dokumencie załączonym do oferty, ani na podaniu ceny łącznej obejmującej kilka pozycji zestawienia. W niniejszym przypadku, zamawiający nie miał podstaw do wyceny tymczasowej organizacji ruchu, usług archeologicznych i geologa, a nawet do stwierdzenia, czy Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. zaoferował wykonanie tych usług. Uwzględniając przyjęty w niniejszym postępowaniu charakter kosztorysowy wynagrodzenia, Prezes UZP uznał, iż na podstawie wystąpienia różnicy pomiędzy ceną ofertową a ceną wynikającą z kosztorysów ofertowych, zamawiający nie miał prawa przyjąć, iż oferta zawiera również wykonanie niewycenionych usług. Ponadto uznał, iż w powyższym zakresie zamawiający ingerował w zakres złożonego przez Wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. oświadczenia woli. Zaznaczył, iż brak wyceny wszystkich pozycji

składających się na przedmiot zamówienia, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie zauważył w Informacji, iż żądane przez zamawiającego zestawienie kosztów zadania nie stanowi dokumentu określonego w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc nie było możliwe uzupełnienie tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Prezes UZP stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., który nie przedłożył wraz z ofertą zestawienia kosztów zadania (załącznik nr 1A do SIWZ), art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nieuzasadnione dokonanie poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a skutkiem tego naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

2. Zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ z dnia 25 marca 2015 r., wykonawcy nie powinni w swojej ofercie uwzględniać poz. 72 przedmiaru robót - branża mostowa dot. przesadzania drzew (odpowiedź na pytanie nr 6) oraz poz. 51d.9 i 52d.9 przedmiaru robót - branża mostowa dot. warstwy ścieralnej (odpowiedź na pytanie nr 10).

Wykonawca INTOP Warszawa Sp. z o.o. w złożonym kosztorysie dot. branży mostowej wycenił:

- poz. 52d.9: warstwa ścieralna z betonu asfaltowego – warstwa o grubości 8 cm (po frezowaniu) 162,80 m² – cena jednostkowa: 70,15 zł, cena łączna: 11.427,44 zł,
- poz. 116d.27: przesadzanie drzew przesadzarką 2 szt. – cena jednostkowa: 488,00 zł, cena łączna: 976,00 zł.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Na podstawie powyższych unormowań zamawiający jest uprawniony jedynie do dokonywania zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Wobec powyższego, należy każdorazowo przy wystąpieniu omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zbadać jak duże zmiany poprawienie omyłki wywrze w treści oferty. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, *art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty (...). Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności* (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/09).

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UZP, zamawiający był zobligowany do poprawienia w ofercie Wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o. innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, poprzez wykreślenie pozycji poz. 52d.9 i poz. 116d.27 kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji poprawienie ceny ofertowej poprzez uwzględnienie wprowadzonych zmian.

W związku z powyższym Prezes UZP stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w kosztorysie ofertowym dot. branży mostowej złożonym przez Wykonawcę INTOP Warszawa Sp. z o.o. innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 23 marca 2015 r. zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami rozdziału V SIWZ pkt 3 i zamieszczonymi na stronie Biuletynu Informacji Publicznej dokumentami, należy wykonać i dołączyć uproszczone kosztorysy ofertowe sporządzone m. in. na podstawie przedmiaru robót branży elektrycznej, a nie kosztorysu ofertowego, który został wykonany w oparciu o inne jednostki obmiarowe.

Wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Jawal” Sp. z o.o. oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. złożyli kosztorysy ofertowe dot. branży elektrycznej sporządzone na podstawie udostępnionego kosztorysu a nie przedmiaru robót. W efekcie powyższego, w złożonych kosztorysach wystąpiły różnice obmiarowe, tj.:

- poz. 1d.1⁷ – ilość: 155 m zamiast 37,20 m³,
- poz. 2d.1⁸ – ilość: 30 m zamiast 9,60 m³,
- poz. 11d.1⁹ – ilość: 1m³ zamiast 1,60 m³,
- poz. 15d.1¹⁰ – ilość: 48 m-1 przew. zamiast 4.000 kpl przew.,
- poz. 19d.1¹¹ – ilość: 155 m zamiast 24,80 m³,
- poz. 20d.1¹² – ilość: 30 m zamiast 7,20 m³.

W związku z zastosowaniem w kosztorysach innych jednostek obmiarowych powstały nieznaczące różnice w wycenie poszczególnych pozycji, które ze względu na podaną cenę jednostkową można było poprawić bez potrzeby angażowania do tej czynności wykonawców.

Jak wskazał Prezes UZP zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków

⁷ zgodnie z opisem poz. 1d.1: ręczne kopanie rowów dla kabli o głębokości do 0,6 m i szer. dna do 0,4 m w gruncie kat. III.

⁸ zgodnie z opisem poz. 2d.1: ręczne kopanie rowów dla kabli o głębokości do 1,0 m i szer. dna do 0,4 m w gruncie kat. III.

⁹ zgodnie z opisem 11d.1: wykopanie ręczne o głębokości do 1,5 m w gruncie kat. III wraz z zasypaniem dla słupów elektroenergetycznych linii napowietrznych niskiego napięcia.

¹⁰ zgodnie z opisem 15d.1: wciąganie przewodów z udziałem podnośnika samochodowego w słup lub rury osłonowe – przewód YDY 3x2,5m25mm².

¹¹ zgodnie z opisem 19d.1: ręczne zasypywanie rowów dla kabli o głębokości do 0,4 m i szer. dna do 0,4 m w gruncie kat. III.

¹² zgodnie z opisem 20d.1: ręczne zasypywanie rowów dla kabli o głębokości do 0,8 m i szer. dna do 0,4 m w gruncie kat. III.

zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy uznać, iż omyłki występujące w ofertach Wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Jawal” Sp. z o.o. oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. miały charakter błahych błędów, które nie wpływają w sposób istotny na złożone przez nich w ofertach oświadczenia woli oraz możliwe do poprawienia na podstawie posiadanej dokumentacji projektowej.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Prezesa UZP, zamawiający był zobligowany do poprawienia w złożonych kosztorysach ofertowych innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, wynikających z przyjęcia przez ww. Wykonawców innych jednostek obmiarowych niż wymagane w SIWZ.

Na gruncie ustalonych okoliczności faktycznych Prezes UZP stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w kosztorysach ofertowych dot. branży elektrycznej złożonych przez Wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Jawal” Sp. z o.o. oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które to naruszenie nie wpłynęło na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zastrzeżenia zamawiającego

Zamawiający w dniu 15 maja 2017 r. wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia od wyniku przeprowadzonej kontroli.

W zakresie ustaleń Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących wyboru oferty Strabag zamawiający wskazał, że jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Izby oraz doktryny odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest możliwe, wyłącznie w przypadku merytorycznej niezgodności oferty z treścią siwz, przy czym wszelkie niezgodności powinny być oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 KC, gdyż ustawa nie definiuje pojęcia „oferta”. Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty w sytuacji niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Chodzi o materialną sprzeczność zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje. Akceptowanymi w orzecznictwie powodami odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy są:

- zaoferowanie innego przedmiotu (np. o niższych parametrach, nie posiadających określonych właściwości,
- inny sposób realizacji zamówienia,
- brak certyfikatu produktu,
- zaoferowanie realizacji zamówienia w dłuższym terminie,

- określenie postanowień umownych innych niż przedstawione przez zamawiającego,
- wskazanie innego niż w siwz terminu płatności,
- wskazanie innego niż w siwz harmonogramu realizacji zamówienia.

Zamawiający ustalając niezgodność oferty z siwz musi określić:

- rodzaj niezgodności,
- wpływ niezgodności na treść przyszłego zobowiązania,
- dokonać analizy całościowej złożonej oferty pod kątem stwierdzonej niezgodności i dopiero po dokonaniu tych czynności zamawiający winien podjąć decyzję o odrzuceniu takiej oferty.

Zdaniem zamawiającego niezasadne jest zatem odrzucenie oferty, kiedy nie można w sposób pewny stwierdzić, że nie spełnia ona wymagań zamawiającego. Powołał wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2015r. sygn.. akt KIO 2670/14, wyrok KIO z dnia 24 września 2012e. sygn. akt KIO 1924/12. Zamawiający pracuje nie na poszczególnych dokumentach, ale na treści wszystkich dokumentów składanych w ofercie. Nie zawsze formalny brak załącznika wymaganego przez zamawiającego oznacza wadliwą ofertę, bo wymagana treść może być umieszczona w innej części oferty. Wówczas oferta jest kompletna mimo formalnego braku – tak Izba w wyroku z dnia 2 grudnia 2016r. sygn. akt KIO 2200/16. Zamawiający wskazał, że wykonawca oświadczył, że oferuje wykonanie robót za cenę 1 720 633, 32zł. brutto zgodnie z kosztorysem ofertowym i zestawieniem kosztów zadania. Wykonawca zatem objął cały rzeczowy zakres i nie pominął celowo zestawiania kosztów (załącznik 1A do siwz), gdyż dokument ten wymienił jako załącznik do swojej oferty/ Było to w ocenie zamawiającego zwykłe niedopatrzenie przy kompletowaniu oferty, które zamawiający zobowiązany był poprawić przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie może być mowy o ingerencji w treść oświadczenia woli wykonawcy, gdyż było ono wyraźnie wyrażone w formularzu ofertowym i obejmowało cały zakres zamówienia. Odrzucenie zatem takiej oferty według zamawiającego było nieuzasadnione. Zamawiający nie miał wątpliwości, że wykonawca złożył oświadczenie woli obejmujące tymczasową organizację ruchu, usługi archeologiczne, usługi geologa. Działanie zamawiającego w tym stanie faktycznym miało na celu ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego za prace objęte oświadczeniem woli, które wynikało z różnicy pomiędzy formularzem ofertowym, a kosztorysem wykonawcy. Ta różnica to 14 256, 11zł. Rozliczenie za te prace miało charakter ryczałtowy, a zatem ustalona cena nie miała wpływu na ostateczną wysokość wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający odnosząc się do stwierdzonego w kontroli naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a skutkiem tego także art. 7 ust. 3 ustawy podniósł, co następuje. Odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podlega tylko oferta, której treść jest w sposób zasadniczy i nieusuwalny sprzeczna z treścią siwz. Jeśli ta niezgodność taka nie jest, to zamawiający ma obowiązek poprawić w złożonej ofercie niezgodności z siwz nie mających istotnego charakteru. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ma charakter otwarty i znajdzie zastosowanie pod

warunkiem, że zostaną spełnione dwie przesłanki: brak świadomego działania wykonawcy – tak Sąd Okręgowy w Krakowie, po drugie czy ta poprawa nie spowoduje istotnych zmian w ofercie, czyli należy ocenić na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi stworzenie nowego oświadczenia niezłożonego przez wykonawcę. Granicą dopuszczalności zmian jest to, aby nie prowadziła ona do znacznej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę. Zamawiający powołał wyrok Izby z dnia 13 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2810/11 i wyrok Izby z dnia 24 listopada 2010r. sygn. akt KIO 2490/10 czy z dnia 28 września 2010r. sygn. akt KIO 1978/10. Zamawiający podzielił stanowisko orzecznictwa (wyrok Izby z dnia 5 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 959/09) aby pojęcia inna omyłka nie rozumieć zawężająco. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody. W orzecznictwie Izby utrwalony jest pogląd, że złożenie oferty – co do zasady- stanowi de facto zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań, co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Jako zasadę należy według zamawiającego zatem przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała siwz. Należy przyjąć założenie, że wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodne z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający, aby rzetelnie zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy musi zanalizować niepełną zgodność oferty z treścią siwz przed przyzmat tej zasady, gdyż w przeciwnym wypadku przepis byłby martwy. Zamawiający ma wybrać ofertę nie najbardziej poprawą formalnie, ale najkorzystniejszą i do tego celu zamawiający ma korzystać z instrumentów, w które wyposażył go ustawodawca. Zamawiający ponownie podkreślił, że nie wykreował nowego zobowiązania wykonawcy i nie prowadził z nim żadnej negocjacji, gdyż zaoferowanie całości przedmiotu zamówienia w tym spornych elementów wynikało z oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu ofertowym.

Prezes UZP zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazał ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie zastrzeżeń wyraża, w formie uchwały, opinię w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli w pełni podzieliła stanowisko Prezesa UZP i zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia argumenty uznając je za własne. Stanowisko Prezesa UZP znajduje w pełni oparcie w przepisach, jak również w przywołanym orzecznictwie oraz zawiera pełne i kompleksowe, wbrew twierdzeniom zamawiającego, ustalenie stanu faktycznego.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że istotą rozstrzygnięcia jest to, że w umowie zamawiający określił wynagrodzenie kosztorysowe, a zatem skoro kosztorys ofertowy nie obejmował trzech pozycji poz. 2 , 78 i 79 z załącznika 1A, czyli wyceny tymczasowej organizacji ruchu, usług archeologa i usług geodety, to jedynym dokumentem na podstawie którego mogło dojść do rozliczenia tych elementów składowych przedmiotu zamówienia był załącznik nr 1A. Charakter wynagrodzenia kosztorysowego powoduje, że rozliczenie następuje na podstawie cen jednostkowych i obmiarów za rzeczywiście wykonane roboty budowlane. Co więcej w wyniku poprawienia oferty zamawiający ustalił jedynie cenę łączną usługi geologicznej i usługi archeologicznej, określając, że wynosi ona łącznie 14 256,11zł., zatem w ogóle nie ustalił ceny za tymczasową organizację ruchu. To powoduje, że przedmiot oferty był nadal niekompletny, gdyż nawet po poprawie przez zamawiającego oferty Strabag nie można było ustalić, że oferta ta obejmuje swoim zakresem tymczasową organizację ruchu. Już choćby z tego względu nie powinno było dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej. Twierdzenia zamawiającego, że skoro wykonawca oświadczył, iż wykona roboty zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym i zestawieniem kosztów zadania, to jego wolą jest właśnie realizacja całego zakresu przedmiotu zamówienia, są w ocenie Izby pewną spekulacją. Zamawiający pominął bowiem fakt, że treść tego oświadczenia została przez zamawiającego narzucona we wzorze formularza ofertowego i nie stanowi samodzielnego oświadczenia wykonawcy.

Natomiast jak wynika z załącznika 1A do zawartej następnie umowy wykonawca wycenił wbrew poprawie dokonanej przez zamawiającego również organizację ruchu na kwotę 0,55zł. netto i nie zmieścił jej w cenie 14 256,11zł. brutto, gdyż po ubruttowaniu sumy cen: 0,55 zł. – organizacja ruchu, 5 795,77zł. – usługa archeologiczna i 5794,57zł. – usługa geologiczna łączna wartość tych pozycji to 14 256,79zł., czyli dokładnie różnica 0,68 gr na

którą składa się (0,55zł. organizacja ruchu netto plus 23% VAT – 0,13zł.). W ocenie Izby to wprost pokazuje, że wycena przyjęta przez zamawiającego przy dokonywaniu poprawy oferty wykonawcy Strabag była niezgodna z rzeczywistą wolą tego wykonawcy. Kolejnym argumentem przemawiającym za słusnością stanowiska Prezesa UZP jest to, że zamawiający usługę geologiczną poprawił łącznie z usługą archeologiczną, zatem w przypadku nie wystąpienia potrzeby badań geologicznych, czy nie wystąpienia potrzeby badań archeologicznych, zamawiający na etapie przed podpisaniem umowy nie był w stanie przewidzieć o jaką kwotę ulegnie zmniejszeniu rzeczywiste wynagrodzenie wykonawcy Strabag. Ten brak nie może być sanowany na etapie zawarcia umowy, gdyż prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, a nadto w ocenie Izby rozrywa zamówieniową triadę tożsamości zobowiązań tj. tego, że treść oferty musi odpowiadać treści siwz i tego, że treść oferty musi być zgodna ze zobowiązaniem wykonawcy przyjętym przez niego przy podpisaniu umowy. W postępowaniu będącym przedmiotem kontroli tej prawidłowości zamawiający nie zachował i pozwolił wykonawcy na rozszerzenie zakresu oferty o tymczasową organizację ruchu na etapie zawartej umowy.

Nierówne traktowanie wykonawców jest związane zaś z poddaniem pod ocenę ofert oferty nie zawierającej pełnego zakresu zamówienia i takiej, co do której są wątpliwości czy możliwe będzie jej prawidłowe kosztorysowe rozliczenie na etapie wykonania umowy. W tym stanie rzeczy zastrzeżenia zamawiającego co do tego elementu kontroli Izba uznała za nieuzasadnione.

Zamawiający we wzorze umowy nie wskazał, że wynagrodzenie w ramach tego zamówienia publicznego ma charakter ryczałtowy, przeciwnie wyraźnie i wprost określił, że jest to wynagrodzenie kosztorysowe. Izba może jedynie domyślać się, że zamawiający uznawał, że świadczenie usług geologicznych jest objęte ryczałtem, podobnie i usług archeologicznych, czy tymczasowej organizacji ruchu. Ta okoliczność jednak nie zmienia faktu, że wartości tych poszczególnych ryczałtów zamawiający nie znał na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba podzieliła także stanowisko Prezesa UZP w zakresie stwierdzonych przez Prezesa Urzędu naruszeń ustawy związanych z badaniem oferty wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Jawał” Sp. z o.o. oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o.

Izba ustaliła, że dostrzeżone przez Prezesa Urzędu rozbieżności w ofertach tych wykonawców polegające na z jednej strony wycenieniu pozycji, które na skutek wyjaśnień treści siwz nie wchodziły w skład ostatecznie ustalonego przedmiotu zamówienia jak i z drugiej wycenienie

niewłaściwej ilości jednostek przedmiarowych, było możliwe dla zamawiającego jako prowadzącego postępowanie. Zamawiający miał wiedzę bowiem które pozycje zostały przez niego uznane za niepodlegające wycenie i znał wartość tych pozycji, o którą należało pomniejszyć daną ofertę w przypadku wykreślenia omyłkowo wycenionej pozycji, jak również zamawiający na podstawie swoich wyjaśnień był w stanie ustalić prawidłową ilość jednostek obmiarowych, a z ofert znał ceny jednostkowe i mógł w ofertach wykonawców skorygować ilość jednostek obmiarowych, a następnie przyjąć konsekwencję dokonanej zmiany tak w cenie całkowitej danej pozycji jak i w cenie globalnej. Należy zwrócić uwagę, że dokonanie poprawy tych omyłek było możliwe w oparciu o wiedzę zamawiającego i oświadczenia woli wykonawców zawarte w ofercie, oraz te które mogły być złożone po dokonaniu poprawy – akceptujących zmniejszenie lub odpowiednio zwiększenie danego zakresu zamówienia.

Poprawa zatem, przeciwnie niż w przypadku Strabag, doprowadziłaby do sytuacji, w której każda z omyłkowych pozycji byłaby zgodna z zakresem przedmiotu zamówienia i osobno wyceniona. W konsekwencji zawarcie z wykonawcami, których oferty w ten sposób poprawiono umowy o zamówienie publiczne nie sprzeciwiałoby się art. 140 ust. 1 ustawy. Zakres tych poprawek w ocenie Izby Prezes UZP prawidłowo ustalił jako nie wywołujący istotnych zmian w treściach tych ofert. Konkludując Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, że dokonanie poprawy było obowiązkiem zamawiającego wynikającym z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, któremu on przez zaniechanie uchybił.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał wyniki kontroli w całym zakresie, co Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....