

WYROK

z dnia 22 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2013 r. przez Odwoływających - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Damiana T.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Damian T. F.H.U. DAMEKS w Imielinie oraz Jana O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „1.Uслуги Transportowo – Drogowo – Mostowe Jan O. 2. J-B Komplex Jan O.” w Chełmie Śląskim, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” - Nadleśnictwo Kobiór w Piasku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Odwoływającego a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwoływających - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Damiana T.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Damian T. F.H.U. DAMEKS w Imielinie oraz Jana O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „1.Uслуги Transportowo – Drogowo – Mostowe Jan O. 2. J-B Komplex Jan O.” w Chełmie Śląskim, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty Odwoływającego w zakresie kosztorysu ofertowego w części dotyczącej opisanego podbudowy, poprzez wskazanie, że będzie ona wykonana z kruszywa sortowanego;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” - Nadleśnictwo Kobiór w Piasku, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [dziesięć tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Damiana T.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Damian T. F.H.U. DAMEKS w Imielinie oraz Jana O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „1.Usługi Transportowo – Drogowo – Mostowe Jan O. 2. J-B Komplex Jan O.” w Chełmie Śląskim, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego - Państwowego Gospodarstwa Leśnego „Lasy Państwowe” - Nadleśnictwo Kobiór w Piasku, na rzecz Odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Damiana T.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Damian T. F.H.U. DAMEKS w Imielinie oraz Jana O., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „1.Usługi Transportowo – Drogowo – Mostowe Jan O. 2. J-B Komplex Jan O.” w Chełmie Śląskim, kwotę 13 600 zł 00 gr [trzynastu tysięcy sześćset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Skład orzekający:

KIO 2383/13

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” - Nadleśnictwo Kobiór w Piasku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą „*Remont drogi leśnej »Królówka«*”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907]. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołujący w dniu 7 października 2013 r. złożyli odwołanie wobec odrzucenia przez Zamawiającego własnej oferty, stawiając zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady należytej staranności przez Zamawiającego;
- 2) naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez niezasadne niewystąpienie do Odwołujących o wyjaśnienie treści oferty;
- 3) naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez niepoprawienie w ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [SIWZ];
- 4) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez przyjęcie, że oferta Odwołujących podlega odrzuceniu

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawili żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołujących;
- 2) poprawienia oczywistej omyłki poprzez zmianę określenia „*niesortowane*” na określenie „*sortowane*” w pozycjach 16,17, 37 i 38 kosztorysu złożonego przez Odwołujących w Postępowaniu, na co Odwołujący niniejszym wyrażają zgodę;
- 3) powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołujących;
- 4) zasądzenia na rzecz Odwołujących kosztów postępowania wg spisu kosztów, który Odwołujący zobowiązali się przedstawić na koniec postępowania oraz kosztów zastępstwa wg rachunku przedłożonego na koniec postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podali, że ich oferta została przez Zamawiającego odrzucona, w oparciu o ustalenie, że Odwołujący zamierzali użyć niewłaściwego materiału do wykonania podbudowy/nawierzchni drogi - to jest kruszywa

naturalnego łamanego niesortowanego, podczas gdy, zdaniem Zamawiającego, SIWZ wskazywała na obowiązek użycia kruszywa sortowanego. Na tej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołujących jako niezgodną z treścią SIWZ. SIWZ, w punkcie trzecim [opis przedmiotu zamówienia] przewiduje, że zamówienie obejmuje wykonanie robót budowlanych z wykonaniem nowej nawierzchni z kruszywa naturalnego łamanego. Zgodnie ze Szczegółową specyfikacją techniczną nr BDL-05 wykonawca powinien użyć kruszywa naturalnego łamanego zwykłego - tłucznia, kłińca i miału wg Polskiej Normy PN- B-11112[8]. Opisy techniczne dla etapu II i III stanowiące załącznik do SIWZ również wymagają użycia materiału określonego tam jako „kruszywo naturalne łamane” [punkt 3.2.1. każdego z opisów]. Załączony do SIWZ przedmiar robót [a zatem integralna część oferty Zamawiającego] [„Przedmiar Robót”] w pozycjach 17-19 oraz 40 - 42 wskazuje na konieczność użycia kruszywa naturalnego łamanego frakcji 31,5 - 63 mm oraz frakcji 0 – 31,5 mm, nie wskazując przy tym, że ma być to kruszywo sortowane. Przedmiar robót podaje przy tym kody pozycji przedmiaru ustalone na podstawie publikacji zawierających kosztorysowe normy nakładów rzeczowych [zgodnie z §10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego [Dz. U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2074]. W przypadku postępowania jest to Katalog Nakładów Rzeczowych. Przedmiar robót podaje - jako podstawę - następujące pozycje Katalogu Nakładów Rzeczowych [„KNR”: KNR 2-31 0114/05, KNR 2-31 0114/06 i KNR 2-31 0114/07, przy czym przy pozycji KNR 2-31 0114/05 podano opis: „podbudowa z kruszywa łamanego warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15 cm - kruszywo naturalne łamane frakcji 31,5 - 63 mm”, a przy pozycji KNR 2-31 0114/07 podano opis: „podbudowa z kruszywa łamanego warstwa górna o grubości po zagęszczeniu 8 cm - kruszywo naturalne łamane frakcji 0 -31,5 mm”. Na wykonanie powyższego zadania inwestycyjnego Odwołujący złożyli ofertę, do której załącznikiem był kosztorys szczegółowy [„Kosztorys”. W Kosztorysie, w pozycjach 16 i 17 [strona 8] oraz 37 i 38 [str. 17] Odwołujący wskazali - jako podstawę obliczenia wielkości nakładów - również Katalog Nakładów Rzeczowych powołując się na te same pozycje KNR.

Odwołujący zwrócili uwagę, że Zamawiający zmodyfikował opis pozycji KNR w stosunku do opisu występującego oryginalnie w tym katalogu. Dla opisanych powyżej pozycji KNR, Katalog nie przewiduje rozróżnienia kruszywa na frakcje. Opis Katalogu zawiera jedynie wskazanie, że podbudowa ma być wykonana z kruszywa łamanego oraz wskazuje grubość odpowiedniej warstwy [dolnej albo górnej] po zagęszczeniu. W oryginalnym opisie pozycji katalogowych nie ma natomiast wskazania, że poszczególne warstwy podbudowy mają być wykonane z kruszywa określonej frakcji. Pomimo tego, że

w żadnym z dokumentów Zamawiającego dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia - w ogłoszeniu, SIWZ i załącznikach - Zamawiający nie użył określenia „kruszywo sortowane”, jest dla Odwoływających jasne, że materiał, jakiego wymagał Zamawiający to kruszywo sortowane. Wynika to z określenia, że poszczególne warstwy podbudowy mają być wykonane z tłucznia określonej frakcji [0-31,5 mm oraz 31,5-63 mm], a za tym jasne jest, że użyty tłuczeń musi zostać przed użyciem posortowany.

Odwoływający podali, że w celu zachowania zgodności oferty z treścią Przedmiaru Robót zmodyfikowali w Kosztorysie, jaki załączyli do swojej oferty, opis pozycji KNR dostosowując go do opisu przedstawionego przez Zamawiającego. Opis ten jest zgodny z opisem Zamawiającego, ale nie jest zgodny z odpowiednim, oryginalnym opisem Katalogu Nakładów Rzeczowych. W związku z tym, że Odwoływający dostosowali opis pozycji KNR do wymogów Zamawiającego, ujawniła się rozbieżność pomiędzy tym opisem, a dalszym rozwinięciem pozycji KNR dokonywanym przez program „Norma”. W związku z tą niezgodnością, w rozwinięciu pozycji Kosztorysu [poz. 16/2*, 17/2*, 37/2* i 38/2*] w rubryce „materiały” [„ — M —,] widnieje opis materiału jako „tłuczeń kamienny niesortowany”. Opis ten jest opisem domyślnym, wynikającym z Katalogu, który jest wstawiany automatycznie przez program. Zatem, mimo zmiany opisu pozycji KNR, w celu dostosowania go do wymogów Zamawiającego, niezmienione pozostało jej rozwinięcie, w tym także pozycja „materiały” [„ -M — „], wraz z opisem tłucznia jako niesortowanego. Jest to rozbieżność niezamierzona przez Odwoływających, stanowiąca oczywistą omyłkę.

Odwoływający wskazali, że ich Kosztorys został przygotowany w programie „Norma” w wersji 4.42 z roku 2013 [wyd. Athenasoft Sp. z o. o.], natomiast Przedmiar Robót sporządzony przez Zamawiającego był przygotowywany w programie Rodos, wersja 6.8.20.3. Stąd też mogą wynikać różnice w rozwinięciu poszczególnych pozycji KNR. Odwoływający zaznacza jednak, że Zamawiający w przedmiarze robót posłużył się wyłącznie numerami i opisami pozycji KNR, bez przedstawiania ich rozwinięcia. Zamawiający nie wskazał również programu komputerowego, którego wykonawcy mieliby użyć do sporządzenia kosztorysu, a zatem Odwoływający nie mogą ponosić konsekwencji wynikających stąd rozbieżności.

Odwoływający, w celu dostosowania oferty do wymogów Zamawiającego:

- 1) uzupełnili wymagany przez Zamawiającego opis pozycji KNR o określenie frakcji kruszywa, z jakiej będą wykonane określone warstwy podbudowy;
- 2) dostosowali cenę materiału w rozwinięciu pozycji kosztorysowej do ceny za tłuczeń sortowany.

Odwołujący zwrócili uwagę, że kosztorys zawiera cenę tłuczniaka określoną na 30 zł za tonę - jest to cena właściwa dla kruszywa sortowanego.

W ocenie Odwołujących, powyższą rozbieżność w poszczególnych pozycjach oferty Odwołujących należy traktować zatem jako oczywistą omyłkę, którą Zamawiający był obowiązany poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający jest obowiązany poprawić w ofercie omyłki polegające na niezgodności z SIWZ, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w ofercie. Powyższa zmiana nie była istotna, gdyż dotyczyła jedynie poprawienia nazwy materiału, którego ilość i wartość zostały wyliczone prawidłowo, a dodatkowo we wcześniejszych pozycjach oferty prawidłowo założono użycie materiału wymaganego przez Zamawiającego. Decydujący powinien być tutaj opis pozycji, a nie jej dalsze rozwinięcie dokonywane automatycznie przez program komputerowy. W dokumentacji Zamawiającego występowały jedynie opisy pozycji KNR, a nie jej rozwinięć, stąd też omyłkę w rozwinięciu pozycji KNR należało uznać za oczywistą omyłkę. Za dopuszczalnością takiego sprostowania opowiadała się również Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1444/08, gdzie stwierdzono, że dopuszczalne jest dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynikał zamiar wykonawcy złożenia oferty zgodnie z wymogami SIWZ. Zamiar taki wynikał, po pierwsze, z określenia w kosztorysie Odwołujących, w opisie pozycji KNR, że Odwołujący użyją kruszywa określonej frakcji [co implikuje użycie kruszywa sortowanego] oraz określenie ceny dla kruszywa sortowanego. Nawet gdyby uznać, że powyższa omyłka nie stanowiła omyłki nadającej się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, Zamawiający w tym przypadku powinien był wezwać Odwołujących do wyjaśnienia treści oferty. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy nie może być interpretowany w ten sposób, że daje on Zamawiającemu w każdym przypadku wolną rękę w zakresie wystąpienia o wyjaśnienie oferty. Zamawiający jest obowiązany prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób bezstronny i obiektywny [art. 7 ust. 2 ustawy] oraz z należyłą starannością. Oznacza to, że Zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy bez uprzedniego odpowiedniego jej wyjaśnienia i usunięcia wszelkich wątpliwości dotyczących treści oferty. W razie istnienia jakichkolwiek wątpliwości po stronie Zamawiającego co do treści oferty, jest on zobowiązany, a nie tylko uprawniony do zwrócenia się do wykonawcy z żądaniem, o którym mowa w art. 87 ust. 1 P.z.p. [por. np. wyr. KIO z 7 lipca 2009 r. KIO/UZP 782/09, a także S. Babiarczyk, komentarz do art. 87 ustawy [w:] Janda P., Pełczyński P., Babiarczyk S., Czarnik Z., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa, 2013, teza 2]. Powyższe nie stanowiłoby zmiany treści oferty. Za zmianę treści oferty można uznać jedynie zmiany elementów podlegających ocenie w toku badania ofert, a zatem zmianę ceny. Jak zauważyli wcześniej Odwołujący, zmiana ceny w tym przypadku nie mogłaby mieć miejsca, gdyż

Zamawiający uwzględnili cenę za wymagany przez Zamawiającego tłuczeń sortowany, czyli droższy. Zaniechanie w niniejszym przypadku wezwania Odwołujących do wyjaśnienia treści oferty stanowi naruszenie przepisów o postępowaniu w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał czynności polegającej na odrzuceniu oferty niezgodnie z powołanym przez siebie przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p., gdyż nie można stwierdzić, że oferta jest niezgodna z SIWZ, jeżeli Zamawiający uprzednio nie uzyska pewności co do treści oferty. Dopiero uzyskawszy taką pewność może zakwalifikować ofertę jako zgodną albo niezgodną z SIWZ i w ostatnim przypadku zastosować dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 P.z.p. *in princ.* [wyr. KIO sygn. 782/09].

III. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

IV. Do postępowania odwoławczego, złożył przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Anna M., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.T Anna M. w Bolęcinie. Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła tego wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym: przepis art. 185 ust. 2 ustawy wymaga, dla skutecznego przystąpienia, przekazania jego kopii zamawiającemu oraz odwołującemu. W analizowanym przypadku, nie zostało wykazane, aby taka kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:

SIWZ, w pkt III Opis przedmiotu zamówienia przewiduje, że zamówienie obejmuje wykonanie robót budowlanych z wykonaniem nowej nawierzchni z kruszywa naturalnego łamanego. Zgodnie ze Szczegółową specyfikacją techniczną nr BDL-05, wykonawca powinien użyć kruszywa naturalnego łamanego zwykłego - tłuczni, kłińca i miału wg Polskiej Normy PN- B-11112[8]. Opisy techniczne dla etapu II i III stanowiące załącznik do SIWZ również wymagają użycia materiału określonego tam jako „kruszywo naturalne łamane” [punkt 3.2.1. każdego z opisów]. Załączony do SIWZ przedmiar robót w pozycjach 17-19 oraz 40 - 42 wskazuje na konieczność użycia kruszywa naturalnego łamanego frakcji 31,5 - 63 mm oraz frakcji 0 – 31,5 mm, wskazując pozycje Katalogu Nakładów Rzeczowych [KNR]: KNR 2-31 0114/05, KNR 2-31 0114/06 i KNR 2-31 0114/07, przy czym przy pozycji KNR 2-31 0114/05 podano opis: „*podbudowa z kruszywa łamanego warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15 cm - kruszywo naturalne łamane frakcji 31,5 - 63 mm*”, a przy pozycji KNR 2-31 0114/07 podano opis: „*podbudowa z kruszywa łamanego warstwa górna o grubości po zagęszczeniu 8 cm - kruszywo naturalne łamane frakcji 0 -31,5 mm*”.

W załączonym do oferty Odwołujących kosztorysie ofertowym wskazano w pozycjach

16 i 17 oraz 37 i 38 wskazane w przedmiarze pozycje KNR, wprowadzając zarazem następujący opis pozycji, w rubryce „materiały” [--M--]: „*tłuczeń kamienny niesortowany*”.

Zamawiający, pismem z dnia 2 października 2013 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając, że: „*Oferta wykonawcy zawiera materiał [kruszywo naturalne łamane] niesortowane. Zamawiający w SIWZ wymagał zastosowania materiału frakcji 0-31,5 mm oraz 31,5-63 mm sortowanego.*”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

[1] Przedmiotem sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], dokonana w oparciu o ustalenie, że w kosztorysie ofertowym wykonawca podał, że zastosuje tłuczeń kamienny niesortowany, podczas gdy Zamawiający wymagał zastosowania podbudowy z kruszywa łamanego określonej frakcji, to jest 31,5 - 63 mm oraz 0 -31,5 mm.

[2] Po pierwsze, dla oceny, czy oferta jest zgodna z SIWZ czy też jej nie odpowiada, ustalenia w pierwszym rzędzie wymaga treść wymagań stawianych na gruncie konkretnego postępowania. W tym postępowaniu – w zakresie spornym – Zamawiający wyartykułował wymagania zastosowania dla wykonania podbudowy kruszywa łamanego określonej frakcji, to jest 31,5 - 63 mm oraz 0 -31,5 mm. Strony prezentowały zgodne stanowisko, iż wymaganie kruszywa określonej frakcji jest równoznaczne z wymaganiem kruszywa

sortowanego. Oznacza to zatem tyle, że Zamawiający wymagał zastosowania przy wykonaniu podbudowy kruszywa sortowanego.

[3] Po drugie, nie ulega wątpliwości, że oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, w części stanowiącej o zastosowanym kruszywie, skoro w kosztorysie ofertowym, w pozycjach 16 i 17 oraz 37 i 38 w odpowiednich pozycjach KNR, zawarty został następujący opis pozycji, w rubryce „materiały”: „*tluczeń kamienny niesortowany*”.

[4] Po trzecie, dla ustalenia skutków niedoskonałości kosztorysu, istotne jest znaczenie, jakie na gruncie konkretnego postępowania nada zamawiający temu dokumentowi: czy ma on znaczenie pomocnicze, informacyjne, czy stanowi on dokument potwierdzający spełnienie wymagań zamawiającego [vide: wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2011 r. w spr. KIO 70/11], czy też stanowi element oświadczenia woli co do wykonania przedmiotu zamówienia, który w takim wypadku musi być rozpatrywany przez pryzmat zgodności oferty z wymaganiami SIWZ.

Na gruncie analizowanego postępowania Zamawiający przewidział, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowego – w pkt 16 ust. 1 i 2 SIWZ postanowiono, że *„Wykonawca określi cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia na załączonym do siwz formularzu ofertowym [załącznik nr 7 do siwz] według zasad określonych w sposobie wypełnienia tego formularza. Cena oferty musi wynikać z załączonego do oferty szczegółowego kosztorysu ofertowego, opracowanego na podstawie przedmiaru robót przekazanego przez Zamawiającego [załącznik nr 1 do siwz]. Cena poszczególnych zakresów robót musi uwzględniać wszystkie składniki kosztów niezbędnych do ich wykonania”*. Wynagrodzenie kosztorysowe wynika także z § 2 oraz § 4 umowy. Jakkolwiek Zamawiający nie wprowadził do SIWZ zapisu, pozwalającego zakwalifikować wymaganym w tym postępowaniu kosztorys, to całokształt postanowień SIWZ pozwala na wniosek, że składany w postępowaniu kosztorys stanowi ofertę w rozumieniu prawa cywilnego, a zatem może i powinien być rozpatrywany w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy.

[5] Po czwarte, każdorazowo Zamawiający zanim dokona odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], winien dokonać rozważenia instrumentów sanacyjnych przewidzianych w ustawie. Ustawa przewiduje szereg regulacji, które nakładają na Zamawiającego obowiązek naprawienia oferty – poczynając od obowiązku wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań zamawiającego [art. 26 ust. 3 i 4 ustawy], poprzez nakaz jej wyjaśnienia [art. 87

ust. 1 ustawy], wreszcie poprzez obowiązek poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ, jeśli nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty [art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy]. Jak wskazuje się w orzecznictwie, „w tym miejscu, za Izbą powtórzyć należy, że czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ” [wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24 listopada 2010 r. w spr. o sygn. akt II Ca 803/10]. Wskazane regulacje wyrażają obowiązek zamawiającego ich zastosowania, jeśli zajdą opisane w nich sytuacje.

[6] Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 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. Zanim zatem Zamawiający dokona odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ, obowiązany jest dokonać jej analizy, przez pryzmat obowiązku poprawienia jej niezgodności z treścią SIWZ.

Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „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.”

Z powyższego 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, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych]. Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Oznacza to tyle, że ewentualne obawy, jakie artykułował na rozprawie Zamawiający, iż wykonawca w sposób świadomy chce przemycić do umowy niedopuszczone w postępowaniu materiały, nie mają racji bytu, skoro Zamawiający dostrzegając niezgodność oferty z SIWZ dokona jej poprawienia, a na tę poprawę wykonawca musi wyrazić zgodę. Ta zgoda to przecież pełnowartościowe oświadczenie woli, które eliminuje ryzyko nieporozumień i sporu na etapie wykonywania umowy.

[7] W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty.

Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest, by zmiana nie miała ona charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

[8] Należy mieć na uwadze, że postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się, co do zasady, przez przystąpienie przez wykonawcę do jednostronnie określonych w SIWZ oczekiwań zamawiającego. Zasadą jest bowiem, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę, chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w SIWZ, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania. W tym miejscu należy powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku [sygn. akt X Ga 23/07], iż *„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 [...]”*. Zamawiający, będąc podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, wykorzystując przewidziane w ustawie instrumenty, służące naprawie oferty.

Konsekwentnie, celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy [udzielenie zamówienia]. Zatem każdy wykonawca,

profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy, polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki czy przeoczenia. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli [oferty], innego niż to, które wynika z poprawienia oferty w celu doprowadzenia jej do zgodności z SIWZ, nie wyrazi zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, należy przyjąć, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, służącym do wyłonienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli [oferty]. W myśl art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera instrumenty, mające służyć ustaleniu treści oświadczenia woli, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W pierwszym rzędzie przepis art. 87 ust. 1 przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy obowiązuje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy].

[9] Poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych oraz niezgodności treści oferty z SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi obowiązek zamawiającego, który aktualizuje się, ilekroć zajdą okoliczności opisane w dyspozycji powołanego przepisu. Istotnym jest, czy w wyniku poprawienia nie ma miejsca ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. Z treści powołanego przepisu wprost wynika zatem zmiana oferty w wyniku dokonania jej poprawy przez zamawiającego, a zatem każdorazowo przy zastosowaniu tej regulacji ma miejsce zmiana uprzednio złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Przepis wymaga jedynie, by ta poprawa, ingerując każdorazowo w oświadczenie woli wykonawcy składające się na ofertę, nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Nie chodzi zatem tutaj o oczywisty sposób poprawy. Chodzi o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ratio legis tego przepisu sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzania, przeoczenia czy zwykłej omyłki, dopuścili się niezamierzonych błędów. Pogląd analogiczny wyrażono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 689/11.

[10] Każdorazowo zastosowanie regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi zmianę treści oferty – wynika to wprost z brzmienia przepisu. Ta zmiana oferty jest wręcz istotą tego przepisu. Nie podlega zatem dyskusji, że poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy każdorazowo ingeruje w jej treść. Istotne jest jednak, by ta poprawa nie stanowiła istotnej zmiany treści oferty.

Na gruncie analizowanej sprawy, dokonanie poprawy w zakresie opisania nawierzchni, poprzez wskazanie, że będzie ona wykonana z kruszywa sortowanego, nie

będzie stanowiło istotnej zmiany treści oferty. Korekta w tej mierz, nawet jeśli dotyczy relatywnie istotnego elementu zamówienia [w ujęciu wartościowym, wykonanie podbudowy stanowi ok. 1/3 wartości oferty] nie determinuje tak dalece innego przedmiotu, by można było mówić o istotnej zmianie treści oferty, zarówno w aspekcie technicznym jak i ekonomicznym. Wartość tego elementu, związanego z wykonaniem zamówienia nie ulega zmianie; zmianie ulega jedynie określenie materiału, z którego ma być wykonana podbudowa.

Brak jest przy tym podstaw do jednoznacznego przesądzenia, że intencją Odwołującego było zastosowanie innego niż wymagany materiału, to jest kruszywa niesortowanego.

Zamawiający wskazywał, że być może mamy tu do czynienia ze świadomym zabiegiem Odwołującego w celu przemylenia do oferty, a następnie do umowy nie zaakceptowanych przez Zamawiającego w postępowaniu materiałowym. W ocenie Zamawiającego może na to wskazywać niższa cena zaoferowanych materiałów, w stosunku do tej jaka mogłaby być zastosowana, gdyby w kosztorysie podano właściwe, sortowane kruszywo. Odwołujący podał w spornych czterech pozycjach cenę 30 zł netto za tonę kruszywa. Zamawiający złożył na rozprawie ofertę z pobliskiej kopalni dolomitu, w której podano ceny kruszyw, argumentując, że „cena kruszyw wg tego cennika – to od 29-32 zł/tonę loco kopalnia, koszt transportu to ok. 10 zł, więc cena kruszywa sortowanego to 39-42 zł. W ofercie kopalni występuje też pozycja „niesort frakcji 0-31,5” w cenie 22zł za tonę, co wliczając koszt transportu – daje cenę 32 zł.”. W tym cenniku widnieją następujące ceny za kruszywa: *Kruszywo 0-31,5 mm – 26,00 zł/1 tonę [31,98 zł brutto] - cena nie podlega negocjacji; kruszywo 0-63 mm – 25,00 zł/1 tonę [30,75 zł brutto]; kliniec 4-31,5 mm – 31,00 zł/1 tonę [38,13 zł brutto]; tłuczeń – 31,5 -63 mm – 29,00 zł/1 tonę [35,67 zł brutto]; grys 2-5 mm – 25,00 zł/1 tonę [30,75 zł brutto]; piasek dolomitowy 0-2 mm – 26,00 zł/1 tonę [31,98 zł brutto]; kamień łamany 63-120 mm – 29,00 zł/1 tonę [35,67 zł brutto]; niesort 0-31,5 mm – 22,00 zł/1 tonę [27,06 zł brutto].* Zamawiający, zobowiązany an rozprawie do wypowiedzenia się, *jakim ewentualnie kruszywom sortowanym ze złożonego cennika mógłby odpowiadać opis w kosztorysie Odwołującego, gdyby zastosowano kruszywo sortowane* podał, iż mogłoby być zastosowane: „kruszywo 0-31,5mm” w cenie 26,00 zł netto/tonę; „kliniec 4 - 30,5mm” w cenie 31,00 zł netto/tonę; „tłuczeń 31-63mm” w cenie 39,00 zł netto/ za tonę. Zamawiający podał, że w razie zastosowania klinca trzeba byłoby też zastosować piasek, a dokładnie miał, który nie został w złożonym cenniku wyceniony. W złożonym w ofercie Odwołującego kosztorysie podano natomiast tłuczeń kamienny, co pozwala przyjąć, że Odwołujący zaoferował materiał, którego podstawowa cena – według cennika złożonego

przez Zamawiającego, w odniesieniu do materiału sortowanego, wynosi 29 zł netto za jedną tonę, a zatem mniej aniżeli podana przez Odwołującego cena 30 zł netto za tonę. Nie jest więc uprawnione twierdzenie, do czego zmierzał Zamawiający, że już sama cena podana w kosztorysie wskazuje, że Odwołujący musiał w nim wycenić tańszy materiał, to jest kruszywo niesortowane [według złożonego cennika – w cenie 22 zł netto za tonę].

Także porównanie do cen innych wykonawców, w tym tego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zastosowana cena za kruszywo musi dotyczyć materiału niesortowanego. Cena kruszywa w ofercie wybranego wykonawcy wynosi 33 zł netto za tonę, przy czym ten wykonawca, w przeciwieństwie do Odwołującego nie zamierza stosować do podbudowy dodatkowego materiału, podczas gdy Odwołujący założył zastosowanie dodatkowo miału kamiennego w cenie 24,42 zł netto za tonę. Inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu podali następujące ceny netto za kruszywo do podbudowy:

- FHUT Anna M. – 33 zł netto/tonę;
- „Kamrat” S.C. w Studzionce - 37,00 zł/tonę;
- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gamrat Sp. z o. o. w Jastrzębiu Zdroju - 37,00zł/tonę;
- Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe KAMYK - Wisła – 45,00 zł/tonę;
- Dendrobud Andrzej K., Arkadiusz K. w Gilowicach – 38,00 zł/tonę;
- Mazur Firma w Jankowicach - 46,00 zł/tonę;
- MAT-TRANS – 50,00 zł/tonę;
- -Eurovia Polska – 83,00 zł/tonę.

Oznacza to tyle, że w ofercie Odwołującego cena za kruszywo jest nieznacznie tylko niższa od tej, która wynika z kolejnej oferty [FHUT Anna M.]. Ponadto, sam cennik złożony przez Zamawiającego nie jest wystarczający dla stwierdzenia ponad wszelką wątpliwość, że Odwołujący założył kruszywo niesortowane. Po pierwsze, złożony cennik to tylko jedna oferta nabycia tego rodzaju materiałów, kierowana w sposób ogólny. Po drugie, cennik ten nie zawiera stawek za materiały indywidualnie kalkulowanych. Jak ustalono, to zamówienie wymaga zastosowania dość dużej ilości kruszywa. Jak podał Zamawiający na rozprawie, wykonanie zamówienia wymaga zastosowania około 4150 ton kruszywa - to około 160 samochodów o ładowności 25 ton. Oznacza to, że przy takiej ilości kruszywa, cena odpowiedniego kruszywa, nawet w stosunku do tej, jaka została podana w złożonym przez Zamawiającego cenniku może być korzystniej wynegocjowana. Sam cennik także na to wskazuje, zawierając wyraźną informację, że tylko cena za kruszywo 0-31,5 mm – 26,00 zł/1 tonę [31,98 zł brutto] nie podlega negocjacji, zawiera także zastrzeżenie, że: *„Przy płatnościach gotówkowych i przedpłatach, oraz dla stałych i dobrych klientów stosujemy*

ceny promocyjne”. Już z tego cennika wynika więc, że podane w nim ceny mają charakter wyjściowych i podlegających negocjacji. W ofercie Odwołującego podano tłuźcen kamienney, zaś w złożonym cenniku, bez sygnalizowanych rabatów i negocjacji, cena tłuźcni kamienney to 29 zł netto za tonę, zatem mniej niż podana w ofercie Odwołującego cena 30 zł za tonę.

Zamawiający wskazał na konieczność uwzględnienia w tej cenie dodatkowo kosztów transportu kruszywa w wysokości około 10 zł za tonę. Dostrzeżenia wymaga, że jeden z członków konsorcjum Odwołującego się w swym zakresie działalności posiada usługi transportowe, zatem uniezależnione od ewentualnych upustów i wynegocjowania ceny za kruszywa, także i ten koszt może podlegać optymalizacji.

Niezależnie od tego, podkreślenia wymaga, że w spornym zakresie, cena nie podlega poprawieniu, a jedynie następuje korekta co do zastosowanego materiału. Jeśli ta cena wywołuje wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do zastosowanego [skorygowanego] materiału, nie jest wyłączona możliwość zastosowania dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy.

Reasumując, zaniechanie zastosowania regulacji, która ma charakter obligatoryjnej stanowi zarówno o naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jak i uchybieniu zasadzie prowadzenia postępowania z zachowaniem równego traktowania i uczciwej konkurencji [art. 7 ust. 1 ustawy]. Skutkiem tego jest bowiem wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, mimo że oceną powinna być objęta również oferta Odwołującego.

Powyższe okoliczności przemawiały zatem o uznaniu odwołania za uzasadnione, zaś czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego – za nieuprawnioną.

Podzielając zatem zarzut w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w konsekwencji nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Odwołującego a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty Odwołującego w zakresie kosztorysu ofertowego w części dotyczącej wykonania podbudowy. Oznacza to obowiązek Zamawiającego poprawienia oferty poprzez wskazanie, że będzie ona wykonana z kruszywa sortowanego.

Taka poprawa powinna następnie uzyskać akceptację wykonawcy – w myśl przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy. Nie jest wystarczającą w tym zakresie wyartykułowana

w odwołaniu deklaracja wykonawcy wyrażająca zgodę na dokonanie poprawy [wniosek o nakazanie Zamawiającemu poprawienie oczywistej omyłki „poprzez zmianę określenia „niesortowane” na określenie „sortowane” w pozycjach 16, 17, 37 i 38 kosztorysu złożonego, na co Odwołujący niniejszym wyraża zgodę”], bowiem to nie Krajowa Izba Odwoławcza dokonuje takiej poprawy, a Zamawiający. Dopiero zatem po tej czynności Zamawiającego, wykonawca może dokonać jej oceny, ustalić, czy oddaje ona jego zamiar i ewentualnie w ciągu trzech dni nie wyrazić zgody na poprawę.

Żądanie nakazania wyboru oferty Odwołującego uznano za przedwczesne – zależy ono od wyniku nakazanego badania i oceny ofert, a także ewentualnie innych, nie objętych zakresem postępowania odwoławczego okoliczności, stąd powyższe zostało pozostawione Zamawiającemu, jako konsekwencja takiej oceny.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Skład orzekający: