

Sygn. akt: KIO 1836/18

WYROK

z dnia 27 września 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2018 roku przez wykonawcę Lukmir Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Lukmir Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Lukmir Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Lukmir Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa – 12 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Toruniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu 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 Toruniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Toruniu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Remont budynku nr 60, przy ul. Podgórska 16 w Toruniu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2018 r. pod numerem 592093-N-2018.

12 września 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania, w tym od odrzucenia oferty Odwołującego zarzucając Zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Wykonawcy, jako niezgodnej - w części, stanowiącej kosztorys ofertowy - z treścią SIWZ i zawierającej niezgodności, nie podlegające usunięciu (konwalidacji tejże oferty),
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania w przypadku konieczności poprawienia zapisów kosztorysu ofertowego niezgodnych z SIWZ, których zmiana nie miała istotnego wpływu na treść oferty,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez błędne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Wykonawcy, jako niezgodnej - w części, stanowiącej kosztorys ofertowy - z treścią SIWZ i zawierającej niezgodności, w związku z zaniechaniem usunięcia tych niezgodności w trybie żądania wyjaśnień dotyczących treści kosztorysu ofertowego, w tym ujawnionych przez Zamawiającego braków wymaganych zapisów dot. zbiorczego zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru - niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - najkorzystniejszej oferty firmy Jawor" Sp. z o.o., ul. Bolesława Chrobrego 121, 87-100 Toruń („Konkurent”) w okolicznościach które uzasadniały uznanie oferty Wykonawcy za ofertę najkorzystniejszą, albowiem ta przedstawiała najbardziej korzystny bilans ceny i pozostałych kryteriów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie

czynności wyboru oferty Konkurenta oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert, złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożone zostały tylko dwie oferty tj. Odwołującego i konkurenta. Odwołujący wskazał, że w omawianym przypadku ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazała, że przedmiotem zamówienia opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), opracowaną na potrzeby przeprowadzenia postępowania jest remont budynku nr 60, przy ul. Podgórska 16 w Toruniu.

Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w: 1) specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (załącznik nr 1 do SIWZ); 2) specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych - roboty elektryczne (załącznik nr 1.1 do SIWZ); 3) kosztorysie nakładczym - branża budowlana (załącznik nr 2 do SIWZ); 4) kosztorysie nakładczym - branża elektryczna (załącznik nr 2.1 do SIWZ); 5) projekcie umowy (załącznik nr 4 do SIWZ).

Zamawiający jednoznacznie określił rodzaj wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, ustalając, że będzie to wynagrodzenie kosztorysowe, a wysokość wynagrodzenia będzie ustalona na podstawie złożonej przez niego oferty. Z kolei sposób obliczenia ceny ofertowej na podstawie zestawienia planowanych do wykonania prac został podany w Rozdziale XII SIWZ, zgodnie z którym: (-) wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia (pkt 1), (-) cenę oferty wykonawcy winni wyliczyć na podstawie kalkulacji kosztorysowej robót sporządzonej w oparciu o przekazane im kosztorysy nakładcze (załączniki nr 2 i 2.1 do SIWZ) jako sumę iloczynów ilości ustalonych jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych, powiększoną o należny podatek od towarów i usług VAT (pkt 2 zd. 1), (-) łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w załącznikach (nr 1 i 2 oraz 2.1) do SIWZ oraz zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 4 niniejszej SIWZ (pkt 4). Zamawiający, zaznaczył, że wykonawca nie powinien traktować opisów poszczególnych pozycji przedmiaru robót jako ostatecznie definiujących wymagania dla danych robót. Nawet jeżeli w przedmiarze robót tego nie podano, Wykonawca winien przyjmować, że roboty ujęte

w danej pozycji muszą być wykonane według specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, obowiązujących przepisów technicznych i wiedzy technicznej oraz projektu umowy (pkt 8).

Zamawiający, zobowiązując wykonawców do obliczenia ceny oferty z należytą starannością, uczynił zastrzeżenie, że: (-) w przypadku nie ujęcia w tych cenach wszystkich robót (prac) podanych w przedmiarach robót, Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa nie otrzyma za nie dodatkowego wynagrodzenia (pkt 2 zd. 2), (-) wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania zamówienia (pkt 9).

W ramach opisu przygotowania oferty, Zamawiający w Rozdziale X, określając części składowe kosztorysu ofertowego, zwrócił uwagę m.in., że w celu wyceny planowanych robót przekazuje wykonawcom przedmiar robót (stanowiący część kosztorysu nakładczego załącznika nr 2 i 2.1 do SIWZ), służący uszczegółowieniu opisu pozycji przedmiarowych. Zamawiający postanowił, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty w Przetargu będzie posługiwać się niżej wymienionymi kryteriami oceny: cena oferty - waga: 60 %, okres gwarancji - waga: 20 %, termin realizacji - waga 20 %.

Na sfinansowanie realizacji przedmiotowego zamówienia Zamawiający postanowił przeznaczyć kwotę 1.156.684,87 zł (brutto). Do Przetargu przystąpiło dwóch wykonawców, a mianowicie: (1) Lukmir Bud Sp. z o.o., ul. Bydgoska 1, 87-100 Toruń, (2) Jawor" Sp. z o.o., ul. Bolesława Chrobrego 121, 87-100 Toruń - którzy przedstawili cenę ofertową (brutto) w wysokości odpowiednio: 979.742,77 zł oraz 1.236.449,75 zł, oferując jednocześnie takie same warunki realizacji zamówienia w zakresie okresu gwarancji oraz terminu realizacji (uzyskując maksymalną liczbę punktów).

W dniu 7 września 2018 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę, przesyłając do jego wiadomości korespondencję e-mailową, o wyniku postępowania, a mianowicie o odrzuceniu oferty Wykonawcy i wyborze oferty Konkurenta jako najkorzystniejszej. Zamawiający, uzasadniając decyzję o odrzuceniu, po pierwsze - wskazał na jeden z warunków sposobu obliczenia ceny ofertowej, jaki został określony w Rozdz. XII pkt 2 zd. 1, po drugie - zwrócił uwagę na wymagania zawarte w SIWZ, dotyczące części składowych kosztorysu ofertowego, sposobu jego sporządzenia, w tym wyceny planowanych robót na podstawie udostępnionego przez Zamawiającego przedmiaru robót (mylnie odwołanie Zamawiającego do zapisu SIWZ w tym zakresie faktycznie dotyczyło Rozdziału X pkt 1 ppkt 1.2). Jednocześnie wskazał na 9 przypadków niezgodności pomiędzy treścią kosztorysu ofertowego, a treścią kosztorysu nakładczego, które można zbiorczo przyporządkować do czterech rodzajów niezgodności, a mianowicie niezgodności, związanych z:

- (1) oznaczeniem określonego rodzaju materiału oraz podania innej jednostki miary w kosztorysie ofertowym w porównaniu z kosztorysem nakładczym (poz. 29 - KNR 4-01 1212-14, 30 - KNR 4-01 1212-02, poz. 32 - KNR-W 2-02 1206 02);
- (2) dodaniem sprzętu lub materiału przez Wykonawcę - w ramach kalkulacji własnej Wykonawcy (poz. 15, poz. 31 - KNR 4-01 1212-02, poz. 33 KNR 4-01 1301 06);
- (3) brakiem określenia jednej pozycji w kosztorysie ofertowym (poz. 20 - KNR-W 2-02 0504-01),
- (4) brakiem zbiorczego zestawienia tabelarycznego materiałów, sprzętu i robocizny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy, ograniczył zgodność tejże oferty wyłącznie do kosztorysu nakładczego, podczas gdy z treści SIWZ wynika, że ofertę sporządza się również zgodnie z projektem umowy, a zatem w perspektywie określonego sposobu dokonywanych rozliczeń.

Z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy nie wynika, że wskazane przez Zamawiającego niezgodności pomiędzy ofertą (kosztorysem ofertowym), a treścią SIWZ nie kwalifikują się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy. Tymczasem przyjęta przez Zamawiającego podstawa do odrzucenia oferty Wykonawcy znajduje zastosowania wyłącznie w przypadku, kiedy rodzaj niezgodności nie pozwala na wszczęcie postępowania konwalidacyjnego. Zamawiający, przyjmując powołaną podstawę prawną do odrzucenia oferty, uznał, że oferta w części stanowiącej kosztorys ofertowy jest niezgodna z SIWZ, w tym kosztorysem nakładczym, a ponadto ocenił, że niezgodność ta nie jest omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy. Oznacza to, że zdaniem Zamawiającego niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Tymczasem analiza niezgodności wskazanych przez Zamawiającego prowadzi do przeciwnego wniosku.

W ocenie Odwołującego, wskazane przez Zamawiającego niezgodności kwalifikowały się do usunięcia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, albowiem poprawienie ich przez Zamawiającego nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Taka ocena dotyczy przede wszystkim niezgodności postanowień w kosztorysie ofertowym w porównaniu z kosztorysem nakładczym związanych z:

- określeniem innego wymiaru stopnia zużycia farby (poz. 29 i 30),
- określeniem innej jednostki miary (poz. 32).

W omawianym przypadku charakter niezgodności wskazuje na postać omyłki, a więc niezamierzonego błędu. Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający nie ustrzegł się omyłki, wskazując w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Wykonawcy, że zachodzi niezgodność w kosztorysie ofertowym w pozycji 35 KNR 2-02 0902 03 w porównaniu z kosztorysem nakładczym, podczas gdy analiza zapisu wskazanej pozycji prowadzi do

wniosku, że w tym zakresie istnieje pełna zgodność zapisu kosztorysu ofertowego z kosztorysem nakładczym.

W przypadku niezgodności związanych z dodaniem sprzętu (poz. 15 i poz. 33) lub materiału (poz. 31) przez Wykonawcę Odwołujący wskazał, że w przeciwieństwie jednak do charakteru niezgodności w postaci omyłki, Wykonawca w tym przypadku działał w przekonaniu o istnieniu uprawnienia do uzupełnienia kosztorysu nakładczego, albowiem interpretacja niektórych postanowień SIWZ (w tym wzoru umowy) prowadziła do wniosku o możliwości wskazania - zgodnie z wiedzą techniczną Wykonawcy oraz projektem umowy - wszystkich robót (prac) w ramach należytego wykonania zamówienia. W szczególności, zgodnie z SIWZ wykluczona została możliwość roszczeń Wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania zamówienia (Rozdz. XII pkt 9). Dodatkowo, stosownie do § 3 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, Zamawiający ustalił, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z ofertą Wykonawcy, odpowiada nie tylko zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarze robót, który był zamieszczony w załączniku do SIWZ, ale również zawiera ponadto następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, koszty utrzymania zaplecza budowy oraz inne koszty wynikające z niniejszej umowy, (w tym, zgodnie z § 3 ust. 4, „wszelkie inne koszty niż określone w § 3 ust. 3”). W przypadku uznania przez Zamawiającego, że „dodanie sprzętu lub materiału” jest niezgodne z SIWZ, Zamawiający mógł w łatwy sposób dokonać poprawienia oferty Wykonawcy - usunąć wskazane pozycje z kosztorysu, a w konsekwencji przeprowadzić postępowanie konwalidacyjne w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, albowiem nie powodowałoby to istotnej zmiany oferty. Takie wprowadzenie zmian w treści oferty przez Zamawiającego łączyłoby się z ich analizą przez Wykonawcę, który mógłby wyrazić sprzeciw albo zaakceptować takie zmiany. Zamawiający nie podjął jednak jakichkolwiek czynności procesowych w trybie art. 87 ustawy.

W przypadku niezgodności w zakresie ujawnionego braku wyceny materiału (poz. 20), Odwołujący podał, że faktycznie omawiany wypadek nie ma w ogóle charakteru niezgodności, a co najwyżej może być oceniany w kategorii pominięcia. Jakkolwiek - co do zasady - przypadki pominięcia wyceny poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym mogą stanowić ograniczenie w dopuszczalności przeprowadzenia postępowania konwalidacyjnego, to jednak zgodnie z SIWZ, Zamawiający, przewidując takie wypadki, wskazał, że jedynym skutkiem nie ujęcia w cenie ofertowej wyceny elementu będzie utrata uprawnienia do otrzymania wynagrodzenia za wykonane prace w tym zakresie (Rozdz. XII pkt 2 zd. 2).

W zakresie braku zamieszczenia w kosztorysie ofertowym wymaganego zbiorczego zestawienia tabelarycznego materiałów, sprzętu i robocizny, Odwołujący wskazał, że

kosztorys ofertowy zawierał szczegółowe dane dotyczące kalkulacji ceny ofertowej zgodnie z SIWZ, pozwalające na prawidłowe rozliczenie po wykonaniu zamówienia w ramach wynagrodzenia kosztorysowego. Jakikolwiek niezgodności lub wątpliwości Zamawiającego mogły zatem zostać usunięte również w wyniku przeprowadzenia procedury w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W przypadku zbiorczych zestawień, które de facto stanowią podsumowanie szczegółowych danych, zawartych w głównej części kosztorysu ofertowego, trudno jest w ogóle mówić o ryzyku związanym z prowadzeniem negocjacji między zamawiającym, a wykonawcą. Odwołujący podał, że wbrew przedstawionej przez Zamawiającego ocenie w przedmiocie braku ww. zestawienia tabelarycznego, w kosztorysie ofertowym Wykonawca zamieścił (obszerne) zestawienie tabelaryczne materiałów, sprzętu i robocizny (str. 16-18 kosztorysu ofertowego). Odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyniku nieuprawnionego odrzucenia jego oferty, wybór oferty Konkurenta jako najkorzystniejszej, pozostaje w sprzeczności z art. 91 ust. 1 ustawy, albowiem to oferta Wykonawcy przedstawia najkorzystniejszy bilans określonych w postępowaniu kryteriów oceny.

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 12 września 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 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 Izbą 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 cięży 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

cięży 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 złożone ustnie do protokołu.

VI.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu odzwierciedla czynności dokonywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również odzwierciedla postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (1), zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (2) i zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 (3).

Na wstępie Izba podkreśla, 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 SIWZ 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 sytuacje, 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 o udzielenie zamówienia 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 bezwzględny obowiązkowi wzywaniu 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 uprawnień 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) jednakże w treści jaka została w ofercie zawarta. 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 już oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty), nie może takiej oferty uzupełnić o brakujące w treści oferty elementy wymagane uprzednio w dokumentacji postępowania.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w odniesieniu do pozycji 15, 20, 29, 30, 31, 32 33, 35 kosztorysu ofertowego oraz niezamieszczonego w ofercie zestawienia tabelarycznego materiałów, sprzętu i robocizny.

W zakresie pozycji 15, 29, 30, 31, 32 33, kosztorysu ofertowego oraz niezamieszczonego w ofercie zestawienia tabelarycznego materiałów, sprzętu i robocizny Odwołujący wskazywał, że brak dokonania poprawy w ww. wskazuje na to, że Zamawiający uznał te omyłki za zasadnicze i nieusuwalne, podnosząc jednocześnie, że dokonanie poprawy oferty w ww. zakresie nie powodowałoby istotnych zmian oferty. Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, że omyłki – o jakich mowa powyżej – nie były istotne i mógł

zastosować art. 87 ust. 1 ustawy i dokonać poprawy tych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający oświadczył, że dane niezbędne do poprawy tych omyłek zawarte były w ofercie i mógł dokonać poprawy oferty Odwołującego w tym zakresie w oparciu o dane zawarte w ofercie.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego i podniesione przez niego zarzuty w zakresie wyżej wskazanych pozycji kosztorysowych oraz zestawienia tabelarycznego materiałów, sprzętu i robocizny były zasadne. Zamawiający mógł skorzystać z procedury wyjaśnienia treści oferty o ile miał wątpliwości i w oparciu o informacje zawarte w ofercie dokonać poprawy treści oferty bądź to przez poprawienie wartości jednostek dla poszczególnych pozycji, bądź przez wykreślenie tych pozycji, które nie znajdowały się w kosztorysie nakładczym przedstawionym w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast w zakresie zestawienia tabelarycznego materiałów, sprzętu i robocizny, którego zgodnie z SWIZ wymagał Zamawiający nie było w trakcie rozprawy sporne między Stronami postępowania odwoławczego, że informacje zawarte w ofercie pozwalały na podanie danych wymaganych przez Zamawiającego w ww. zestawieniu. Za niezasadną należy uznać argumentację Zamawiającego przedstawioną w czasie rozprawy a odnoszącą się do zastosowania przez analogię regulacji art. 26 ust. 3 do polegającej na niewzywaniu do składania wyjaśnień czy też poprawieniu treści oferty z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego w oparciu o inne niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oferta ta podlega odrzuceniu. Procedura określona w art. 26 ust. 3 nie może być analogicznie stosowana w przypadku badania oferty i poprawy treści tej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy, bowiem ustawodawca w tym zakresie nałożył na Zamawiającego ustawowy obowiązek poprawienia błędów w ofercie, o ile oczywiście ich poprawa jest dozwolona w granicach prawa.

W odniesieniu do pozycji 35 kosztorysu ofertowego stanowisko Odwołującego nie było zasadne w odniesieniu do twierdzenia, że Zamawiający sam nie ustrzegł się omyłki wskazując w piśmie z 7 września 2018 roku stanowiącym zawiadomienie o wyniku postępowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, że w ramach tej pozycji zachodzi niezgodność w ofercie. W kosztorysie nakładczym załączonym do SWIZ Zamawiający określił wartość w pozycji 35 następująco „0,4335 m-g/m²”, natomiast w ofercie Odwołującego wartość ta wynosi „0,4535 m-g/m²”. Zamawiający w trakcie rozprawy również w zakresie tej pozycji oświadczył, że możliwe było jej poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Izby, uwzględniają stanowisko w uzasadnieniu faktycznym odwołania przedstawione przez Odwołującego w zakresie pozycji 35 kosztorysu ofertowego należy uznać, że w zakresie tej pozycji kosztorysu ofertowego nie został podniesiony skutecznie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i 2

pkt 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący nie argumentował, że w kosztorysie ofertowym popełnił nieistotny błąd, który Zamawiający mógł poprawić samodzielnie, lecz powołał się na zgodność treści oferty i treści SWIZ – kosztorysu nakładczego. Izba rozstrzyga odwołanie w zakresie podniesionych zarzutów, natomiast o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej (tak Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09). Tym samym w ocenie Izby niezgodność treści oferty z treścią SWIZ nie została w przypadku pozycji 35 zakwestionowana przez Odwołującego, bowiem nie został w tym zakresie postawiony zarzut – brak faktycznej argumentacji. Izba nie ma uprawnienia do przyporządkowania wskazywanych w petitum odwołania podstaw prawnych, jak również nie ma uprawnienia do przyjmowania argumentacji faktycznej odnoszonej w odwołaniu do innych pozycji kosztorysowych, gdy Odwołujący nie czyni tego samodzielnie.

W odniesieniu do pozycji 20 kosztorysu ofertowego (KNR – W 2-02 0504-01) Izba uznała, że zarzuty Odwołującego są niezasadne. Podkreślenia wymaga, że w kosztorysie ofertowym nie zostały zawarte przez Odwołującego „kominki wentylacyjne”, czego Odwołujący nie kwestionował ani w uzasadnieniu odwołania, ani w trakcie rozprawy.

W ocenie Izby nie sposób wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie brakującej treści oferty. Izba wskazuje, że 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 treści oferty wymaganej przez SIWZ prowadzi w zasadzie do brak możliwości skonkretyzowania faktycznego zakresu wezwania do złożenia wyjaśnień. Również Odwołujący w trakcie rozprawy jak i w odwołaniu nie wskazał na czym miałyby polegać czynności Zamawiającego oparte o regulację art. 87 ust. 1 ustawy w przypadku pozycji nr 20 kosztorysu ofertowego. Brak argumentacji w tym zakresie jak również przyznanie, że pozycja ta została pominięta w kosztorysie ofertowy w sposób obrazowy uwypukla niezasadność podniesionego zarzutu. Należy zaznaczyć, 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, w przypadku gdy Odwołujący przyznaje brak w ofercie wymaganych przez Zamawiającego „kominków wentylacyjnych”, tak aby nie stanowiło to wezwanie wezwania do zabronionych

nieuprawnionych negocjacji. Uzasadnienia takiego nie stanowi niewątpliwie cytowanie orzeczeń Izby czy sądów powszechnych, bowiem nie odnoszą się one bezpośrednio do zaistniałej w tym postępowaniu sytuacji. W ocenie Izby nie może zostać uznana za skuteczną argumentacja Odwołującego oparta o postanowienia SWIZ, bowiem po pierwsze, w sposób jednoznaczny należy pokreślić 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. Po drugie, odwołanie się przez Odwołującego w swojej argumentacji do „pominięcia” nie może zostać ocenione przez Izbę w inny sposób niż przez stwierdzenie, że element „kominki wentylacyjne” wymagany przez Zamawiającego nie został mu zaoferowany. Dodatkowo Izba wskazuje, że skoro wykonawca pominął dany wymagany element, co podał w uzasadnieniu odwołania, to potwierdził, że nie zawarł go w ofercie. Ustawa nie zna instytucji „pominięcia” w ofercie treści wymaganych dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też nie może być owo „pominięcie” ocenione inaczej jak niezgodność z treścią SWIZ. Podkreślenia wymaga również, że „kominki wentylacyjne” nie są objęte KNR dla pozycji 20 kosztorysu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie w odniesieniu do powoływanych przez Odwołującego treści SWIZ, które jakoby miały wskazywać na dopuszczalność pomijania w ofercie wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ elementów przedmiotu zamówienia. Brak zaoferowania przedmiotu zamówienia, brak złożenia oświadczenia woli w tym zakresie przez Odwołującego, nie może być sanowany postanowieniami odnoszącymi się do sposobu obliczenia ceny oferty (rozdział XII pkt 2 SWIZ). Dodatkowo należy podkreślić, że w odniesieniu do tych postanowień SWIZ Zamawiający, odnosząc się do kalkulacji kosztorysowej, która ma być sporządzona w oparciu o przekazane kosztorysy nakładcze nie odnosił się do pominięcia jakiegokolwiek pozycji kosztorysu lecz – co nie ma znaczenia dla oceny braku zaoferowania określonego, wymaganego przedmiotu zamówienia, w tym wypadku „komików wentylacyjnych” – nie ujęcia w cenach wszystkich robót (prac) podanych w przedmiarach robót. Sposób kalkulacji ceny oferty, który Zamawiający zawsze jest obowiązany podać w SWIZ nie może być podstawą do uzasadniania „pominięcia” danego przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie. Izba zaznacza również, że brak zaoferowania konkretnej wymaganej przez Zamawiającego pozycji, wymaganego przedmiotu zamówienia – tak jak tu „komików wentylacyjnych” - prowadzi do nieporównywalności ofert złożonych Zamawiającemu przy uwzględnieniu

przedmiotowych wymagań określonych w SWIZ. Z SWIZ wynika w sposób jednoznaczny, że w przygotowanej ofercie wykonawca miał przedstawić kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczególnej (rozdział X pkt 1.2. SWIZ). Nie uzasadnia również stanowiska Odwołującego odnoszenie się do projektu umowy. Wskazany w uzasadnieniu odwołania paragraf 3 projektu umowy odnosi się również do wynagrodzenia wykonawcy oraz ujmuje informacje w zakresie ujęcia w cenie wszelkich robót określonych w dokumentacji. Nadmienić należy, że projekt umowy w tym zakresie odnosi się już do etapu realizacji umowy, a wszelkie okoliczności znane – w tym opis przedmiotu zawarty w kosztorysach – w tym przedmiot zamówienia zawarty w SWIZ winien zostać zaoferowany i wyceniony w ofercie. Uzupelnienia oferty o treści jakie winny się w niej znajdować na dzień składania ofert, tak aby była ona zgodna z treścią SWIZ nie mogą być uzupełniane w oparciu o regulacje jakie przewidywane są dla etapu realizacji zamówienia. Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, że brak wyceny poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym stanowi ograniczenie dla prowadzenia postępowania konwalidacyjnego, na rozprawie podniósł, że brak wystąpienia pozycji w kosztorysie ofertowym, może być brzemienne w skutkach dla wykonawcy – wszystko to wskazuje, że Odwołujący miał świadomość jaki skutek dla niego niesie ze sobą brak podania w pozycji 20 „kominków wentylacyjnych”, a poczyniona argumentacja została przygotowana na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba podkreśla, że w tym stanie rzeczy - tj. braku w ofercie Odwołującego „kominków wentylacyjnych” - wezwanie do wyjaśnień w zasadzie nie byłoby wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, bowiem w tym zakresie Odwołujący nie złożył żadnego oświadczenia woli. Prowadziłoby zatem do nieuprawnionych negocjacji co do oświadczenia Odwołującego, bowiem samo wezwanie musiałoby się sprowadzać do postawienia pytania o zaoferowanie Zamawiającemu „kominków wentylacyjnych” oraz jak ma być wyceniona oferta w tym zakresie, jaką ma przyjąć Zamawiający metodologie poprawienia oferty oraz skąd i w jaki sposób pozyskać wartości dla brakującego w ofercie przedmiotu. Należy mieć również na względzie, że złożone po terminie otwarcia ofert wyjaśnienia mogą w określonych przypadkach 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 została by 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 dyskrecyjnych, 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).

Zgonie 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 udzielenie 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 odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić 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 ocenie Izby argumentacja Odwołującego w odniesieniu do pozycji nr 20 kosztorysu ofertowego w zakresie brakujących „kominków wentylacyjnych” nie jest zasadna i nie została przez Izbę uwzględniona. W odniesieniu do pozycji nr 35 kosztorysu ofertowego oraz braku argumentacji faktycznej w zakresie niezgodności z treścią SWIZ Izba uznała, że zarzuty odwołania naruszenia podanych przez Odwołującego przepisów prawa nie potwierdziły się. W zakresie pozycji 15, 29, 30, 31, 32 33, kosztorysu ofertowego oraz niezamieszczonego w ofercie zestawienia tabelarycznego materiałów, sprzętu i robocizny Izba uznała zarzuty Odwołującego za zasadne, jednakże uwzględnienie zarzutów w tym zakresie nie ma wpływu na wynik prowadzonego postępowania, a to zgodnie z regulacją zawartą w art. 192 ust. 2 ustawy. Izba zaznacza, że 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 nr 20 kosztorysu ofertowego w zakresie brakujących „kominków wentylacyjnych” oraz pozycji nr 35 kosztorysu ofertowego powoduje, że nie ulega zmianie wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert,

czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

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: