

Sygn. akt: KIO 2070/12

WYROK
z dnia 17 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 i 17 października 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **27 września 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, w którego imieniu działa Zarząd Mienia m. st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**
i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1386) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2070/12

U z a s a d n i e

Zamawiający **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Mienia m.st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą **»Roboty budowlano-montażowe dla zadania inwestycyjnego: „ZAGOSPODAROWANIE LEWOBRZEŻNEGO BULWARU WISŁY – etap 1”«.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **21.01.2012 r.** pod nrem **2012/S 14-022044.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1386) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **17.09.2012 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk.**

Wykonawca **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 27.09.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy tj. po uprzednim doprowadzeniu do negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Hydrobudowa, którego to wykonawcy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji i która to oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybrania wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uznanie, że niezgodność treści oferty wykonawcy Hydrobudowa z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej

specyfikacją bez bliższego określenia jest inną omyłką, która może zostać poprawiona w trybie przepisów ustawy;

- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione prowadzenie negocjacji w zakresie treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Hydrobudowa;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hydrobudowa, której treść nie odpowiada treści specyfikacji;
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie oferty wykonawcy Hydrobudowa niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 17.09.2012 r. tj. wyboru oferty wykonawcy Hydrobudowa;
- 2) dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu tj. min. odrzucenie oferty wykonawcy Hydrobudowy;
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający w specyfikacji w pkt 7.1.2 wskazał, jakie dokumenty należy dołączyć do oferty. Jednym z tych dokumentów jest Kosztorys Ofertowy, który według oczekiwania zamawiającego należało sporządzić na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji oraz przy uwzględnieniu postanowień pkt 13.2 specyfikacji, tj. kosztorys ofertowy należy sporządzić bezwzględnie na nośniku dostarczonym przez zamawiającego.

Ponadto w specyfikacji wskazano, że w każdym kolejnym wierszu, w kolumnie „cena jednostkowa” należy wpisać kwotę zawierającą w sobie łączny koszt wykonania i jednostki miary przedmiotowych robót. Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza – pod rygorem odrzucenia oferty – pomijania pozycji kosztorysowych, ich łączenia, stosowania łącznej ceny dla dwóch lub więcej sąsiadujących pozycji, zamawiający wskazał, że kwoty w pozostałych pozycjach kosztorysu zostaną wygenerowane automatycznie.

Powyższe bezsprzecznie wskazuje, że zamawiający nie dopuszczał możliwości wprowadzania jakichkolwiek zmian w pozycjach, a oczekiwał jedynie wskazania ceny jednostkowej oraz stawki VAT, cena całkowita generowana była natomiast automatycznie.

Złożone przez zamawiającego kosztorysy do wypełnienia nie umożliwiały wprowadzania jakichkolwiek zmian, a tym bardziej zmian w opisach: przekazane przez zamawiającego kosztorysy posiadały zablokowaną możliwość ich edytowania.

Należy dodać, że projekt umowy przewiduje rozliczenie obmiarowe, zgodnie z zasadami zawartymi w **Warunkach Ogólnych FIDIC dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego (czerwony)**. Podstawą zapłaty za wykonane roboty jest obmiar wykonanych robót w oparciu o wyceniony Przedmiar Robót (Kosztorys Ofertowy) zgodnie z listą dokumentów (wskazaną w pkt 2 Aktu Umowy) składających się na Kontrakt (w rozumieniu FIDIC).

Wykonawca Hydrobudowa w kosztorysie ofertowym zmienił przekazany przez zamawiającego przedmiar, w ten sposób, że:

- usunął z kosztorysu pozycję kosztorysową dotyczącą budowy kanalizacji o numerze 1d.1 rozdział 32 (w przedmiarze zamawiającego), co zmusza do stwierdzenia, że tej kanalizacji nie zamierza budować, a co jest sprzeczne ze szczegółową specyfikacją techniczną wykonania robót, udostępnioną przez zamawiającego oraz posiadaną wiedzą dotyczącą wykonywania sieci światłowodowych;
- w pozycji kosztorysowej nr 2d.1 rozdział 32 dotyczącej odcinka projektowanego zamiast wymaganego kabla 36J (tj. kabla składającego się z 36 włókien) wykonawca Hydrobudowa zaproponował kabel 8J (tj. kabel o 8 włóknach), jednocześnie zmieniając ilości wymagane w tej pozycji przez zamawiającego.

Zamawiający 27.08.2012 r. zwrócił się do wykonawcy Hydrobudowa, działając w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, o złożenie wyjaśnień w zakresie, cyt.:

»[...] W pozycji 1d.1 rozdziału nr 32 o nazwie „Przebudowa kabli BŁ i KGP” na stronie 94 (numer oferenta) z podstawą wyceny ZN-97/tps.a-039 tablica 0203 kol. 01, w kosztorysie ofertowym występuje opis czynności pt. „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizgowej z linką wciągarką mechan. Z rejestratorem siły – kabel 8J w odcinkach o dł. 2 km SS ST” z jednostką przedmiarową „km” i ilością „6,588”.

W tej samej pozycji tego samego rozdziału z taką samą podstawą wyceny w przedmiarze Inwestorskim, który wykonawca otrzymał do wypełnienia zgodnie ze specyfikacją, występuje opis czynności „Mechaniczne wciąganie rur kanalizacji wtórnej w otwór wolny – rury Śr. 32/2,9 mm czarna SST PT” z jednostką przedmiarową „m” i ilością „2 076,000”. **Zamawiający prosi o wskazanie przyczyn i podstaw, dla których wykonawca dokonał zmiany czynności robót objętych przedmiotową pozycją oraz jednostki obmiaru i ilości obmiarowej, co miało wpływ na cenę oferty [...]**«.

»[...] W pozycji 2.6.1 rozdziału (jak w pkt 9 powyżej) z podstawą wyceny ZN-97 TPS.A-039 tablica 0501 kolumna 06 o nazwie czynności pt. „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizgowej z linką wciągarką mechan. z rejestratorem siły – kabel 36J w odcinkach o długości 4 km SST PT” i jednostce miary „km” w kosztorysie ofertowym w kolumnie figuruje wielkość „4,153”, natomiast w przekazanym przez inwestora

do wypełnienia przedmiarze w tej samej pozycji w kolumnie ilość występuje wielkość „2,514”.
Zamawiający prosi o wskazanie przyczyn i podstaw, dla których wykonawca dokonał zmiany czynności robót objętych przedmiotową pozycją oraz jednostki obmiaru i ilości obmiarowej, co miało wpływ na cenę oferty [...]«.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego, wykonawca Hydrobudowa 30.08.2012 r. wyjaśnił, że omyłkowo doszło do błędnego wprowadzenia czynności opisu robót, jak również jednostki obmiaru i ilości obmiarowej przy przygotowywaniu kosztorysu.

11.09.2012 r. zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał „poprawy pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez wykonawca Hydrobudowa” tj. kosztorysu częściowego nr 32 „Przebudowa kabli BŁ i IKGP” (arkusz: Tom 1 Teletechnika).

Zamawiający w pozycji 1d.1 dokonał:

1) zmiany opisu czynności oferowanych robót przez zmianę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia tj. pozycję 1d.1 „wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizgowej z linką wciągarką mechaniczną z rejestratorem siły – kabel 8J w odcinkach o dł. 2 km SST ST” zastąpiono zupełnie inną pozycją o brzmieniu „Mechaniczne wciąganie rur kanalizacji wtórnej w otwór wolny – rury śr. 32/2,9 mm czarna SST PT”;

2) zmiany jednostki przedmiarowej;

3) zmiany ilości z 6,588 na 2 076,00;

4) w konsekwencji powyższych zmian – zmiany ceny wartości robót.

Ponadto w pozycji 2d.1 zamawiający dokonał:

1) zmiany zakresu oferowanego przedmiotu zamówienia przez zastąpienie treści pozycji kosztorysowej „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizg. z linką mechaniczną z rejestratorem siły – kabel 8J w odcinkach o dł. 4 km SST PT” na pozycję o treści „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizg. z linką mechaniczną z rejestratorem siły – kabel 36J w odcinkach o dł. 4 km SST PT”;

2) zmiany ilości z 4,153 na 2,514;

3) w konsekwencji powyższego zmiany ceny wartości robót.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe pozycje, według przedmiaru przekazanego przez zamawiającego dotyczyły rozbudowy kabla światłowodowego Komendy Głównej Policji, w oparciu o warunki techniczne wydane przez KGP.

W oparciu o te warunki dokumentacja przewidywała wykonanie konkretnego rozwiązania, polegającego na wciągnięciu do 2 076 m kanalizacji wtórnej z rury RHDPE 32/2,9 odcinka kabla Z-XOTKtsd 36J o długości 2 514 mb (długość trasowa).

Nie ulega więc wątpliwości, że zaoferowany przez wykonawcę Hydrobudowa sposób przebudowy jest niezgodny z projektem jak i warunkami przedstawionymi przez docelowego użytkownika tej instalacji. Co więcej, prowadzona w ten sposób przebudowa jest niemożliwa do wykonania technicznie, ze względu na przyjęty inny, niezgodny z treścią specyfikacji materiał.

Podkreślenia wymaga, że złożone przez zamawiającego przedmiary do wypełnienia nie umożliwiały wprowadzania jakichkolwiek zmian – przekazane przez zamawiającego kosztorysy posiadały zablokowaną możliwość ich edytowania.

Dokonane zmiany zostały wprowadzone przez wykonawcę Hydrobudowa celowo, a nie jak wskazuje w wyjaśnieniach wykonawca Hydrobudowa, że zmiany są wynikiem omyłki wykonawcy, która to omyłka powinna zostać poprawiona na podstawie art. 87 Pzp.

Należy również podkreślić, że zamawiający nie otrzymał od wykonawcy Hydrobudowa wyjaśnień na skierowane 27.08.2012 r. zapytanie. W przedmiotowej treści brak jest wyjaśnień i odpowiedzi na kluczowe kwestie tj. brak jest wskazania przyczyn i podstawy wprowadzenia zmian zarówno w zakresie:

- 1) opisu sposobu wykonania robót (odmiennej od wymaganej przez zamawiającego);
- 2) zmiany zaoferowanego materiału (odmiennej od wymaganej przez zamawiającego);
- 3) ilości robót (odmiennej od wymaganej przez zamawiającego);
- 4) jednostki obmiarowej robót do wykonania (odmiennej od wymaganej przez zamawiającego); wykonawca Hydrobudowa wprost sugeruje sposób poprawienia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Kwestia ta była przedmiotem rozpoznania zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą, jaki i była przedmiotem rozważań doktryny:

»[...] Mimo że z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika, że dokonywanie poprawek jest samodzielną czynnością zamawiającego (bez udziału wykonawcy), to jednak poprawianie omyłek może być poprzedzone wyjaśnieniami treści oferty dokonywanymi na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Jednak wyjaśnienia te nie mogą wskazywać, w jaki sposób zdaniem wykonawcy omyłki winny być poprawione, o ile wskazanie takie wykracza poza dokonywaną zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego wykładnię oświadczenia woli. Dalej idące wyjaśnienia wykonawcy mogą być uznane za zmianę treści oferty lub prowadzenie negocjacji dotyczących jej treści [...]« (Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do ustawy Pzp. 2012.05.01).

W kontekście powyższego należy wskazać, że przepis art. 87 ust. 2 Pzp dopuszcza możliwość doprecyzowania oświadczenia woli wykonawcy, a nie zmianę złożonego już oświadczenia woli. Zmiana takiego oświadczenia powoduje bowiem wypełnienie się przesłanki z art. 87 ust. 1 Pzp tj. niedopuszczalne pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacje treści oferty.

Odwołujący ponownie pragnie odwołać się do komentarza do ustawy, który wskazuje, że:

»[...] Warto więc w tym kontekście przytoczyć słownikowe znaczenie tych pojęć. „Dopracować” to opracować coś starannie do końca, a więc uzupełnić braki w szczegółach rozwiązań proponowanych w ofercie przez zwiększenie staranności w zaprezentowaniu oferty. „Sprecyzować” to uściślić, dokładnie określić. Oba pojęcia odnoszą się więc do sytuacji, gdy oferta nie jest sprzeczna z specyfikacją, a jedynie brak precyzji lub niestaranność powodują, że nie sposób ustalić, czy wszystkie wymagania zamawiającego będą spełnione. Możliwość wprowadzania tą drogą jedynie drobnych (nieistotnych) zmian potwierdza wyrażony wprost w przepisie zakaz wprowadzania istotnych zmian w treści ofert. Czynności dokonywane przez zamawiającego mają więc na celu zagwarantowanie mu, że przyjęta oferta będzie w pełni zgodna z oczekiwaniami przedstawionymi w specyfikacji [...]«.

»[...] Za istotne zmiany należy natomiast uznać zwłaszcza te, które zmuszałyby do modyfikacji elementów przedmiotowo istotnych danego kontraktu (*essentialia negotii*) [...]« (Włodzimierz Dzierżanowski, komentarz do ustawy Pzp. 2012.05.01).

Odwołujący ponadto pragnie przywołać orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z 23 listopada 2010 r. o sygnaturze akt KIO 2448/10 gdzie wykonawca Hydrobudowa był stroną odwołującą i zarzucała zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy przez nieodrzućenie oferty, w której wykonawca dokonał nieuprawnionych zmian w opisach pozycji kosztorysowych. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca Hydrobudowa podnosił, że inny wykonawca nie ujął wywozu rozebranych nawierzchni z płyt drogowych w ilości wskazanej w przedmiarze oraz w miejsce wskazane przez zamawiającego. Ponadto dokonano wyceny rozebrania drogi z płyt drogowych zamiast wyceny rozebrania nawierzchni betonowej, ponadto nie ujęto kosztów utylizacji gruzu na wysypisku. W takim stanie faktycznym Izba stwierdziła, że:

»[...] Błędy powyższe nie mogą być skorygowane przez zamawiającego, bez wcześniejszej procedury wyjaśniania treści oferty, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Procedura powyższa w konsekwencji prowadziłyby do negocjowania z wykonawcą treści oferty, przez ustalanie (w ramach pytań/wyjaśnień) prawidłowej treści oferty (kosztorysu ofertowego), a co za tym idzie również ceny za poszczególne prace będące przedmiotem

wyjaśnień. W ocenie Izby zbyt daleko idące wyjaśnienia mogące powodować ustalanie „nowej” treści oferty, po procedurze otwarcia ofert, nie mogą być uwzględnione przez zamawiającego za dopuszczalne. Również zmiany w treści oferty dopuszczalne w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp mają swoje prawne ograniczenia. Tym samym błędy poczynione przez konsorcjum Mostostal w kosztorysie ofertowym nie pozwalały na uznanie, że zasługują na poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych [...]».

Stanowisko Odwołującego, że niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty przez zmianę oświadczenia woli, gdyż stanowi w istocie zakazane prawem negocjacje treści oferty pomiędzy zamawiającym a takim wykonawcą – wielokrotnie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w orzeczeniu z 6 września 2011 r. o sygnaturze akt KIO 1803/11:

»[...] w przypadku wskazania wiążącego charakteru kosztorysu w zakresie zaoferowanych materiałów, informacje tego typu w kosztorysie ofertowym zawarte stanowiły w rzeczywistości określenie zobowiązania ofertowego co do materiałów, które wykonawca zamierza zastosować. Podanie i zestawienie w kosztorysie ofertowym stosowanych materiałów (ich rodzaju czy ilości), stanowiło więc informację w przedmiocie sposobu wykonania zamówienia i jako takie podlegało ocenie co do zgodności z całością opisu przedmiotu zamówienia [...]».

»[...] w szczególności, z kosztorysu nie może wynikać, że zaoferowano materiały niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Dla przykładu: wskazanie w kosztorysie ziemi zamiast kruszywa, drewna zamiast stali... etc, stanowiłoby sprzeczność oferty ze specyfikacją w zakresie stosowanych materiałów [...]».

Odwołujący stwierdza, że nie ulega wątpliwości, że dobrowolna, zamierzona i celowa zmiana dokonana przez wykonawcę Hydrobudowa w Przedmiarze Robót nieprzewidującym możliwości jego edycji, polegająca na:

- 1) zmianie opisu sposobu wykonania części robót (*de facto* prowadząca do pominięcia wykonania określonych robót);
 - 2) zaoferowaniu innego materiału niż wymagany przez zamawiającego;
 - 3) dokonaniu zmiany ilości robót przewidzianych do wykonania
- jest zmianą istotną, powodującą bezwzględnie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji.

Wobec tego brak odrzucenia oferty wykonawcy Hydrobudowa na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jest istotnym naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **27.09.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **28.09.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca **Hydrobudowa Gdańsk SA z siedzibą w Gdańsku** **01.10.2012 r. (poniedziałek)** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (**dowód nr 1**) pismo Naczelnika Wydziału Biura Łączności i Informatyki Komendy Głównej Policji z 25 maja 2011 r. (element dokumentacji przetargowej) na okoliczność, że zamawiający wymagał zastosowania konkretnego kabla – 36J, którego zainstalowanie wykonawcy powinni przewidzieć podczas wykonania przedmiotu zamówienia;
- 2) (**dowód nr 2**) specyfikacja techniczna kabla na okoliczność stosowania odpowiednich kolorów w poszczególnych włóknach kabli w zależności od liczby żył;
- 3) (**dowód nr 3**) zestawienie rodzajów kabli światłowodowych (wyciągi z ofert wykonawców Hydrobudowa i Skanska zgodnie z przedmiarem) na okoliczność, że w ofercie wykonawcy Hydrobudowa nie ma w żadnym innym miejscu kabla o 36 żyłach, w związku z tym nie można było zastosować uzupełnienia oferty o pozycję ceny tego kabla, jako takiej samej pozycji;
- 4) (**dowód nr 4**) wyciąg ze strony internetowej wytwórcy Telefonika Kable na okoliczność zróżnicowania cen zbytu wytwórcy w zależności od liczby żył w kablu

oraz dowodów złożonych przez przystępującego:

- 5) (**dowód nr 5a, 5b i 5c**) **dowód nr 5c** – kosztorys ofertowy w porównaniu do przedmiaru robót (kosztorysu ślepego), **dowód nr 5b** – zakładowy katalog nakładów rzeczowych jako podstawa wyceny pozycji 1d.1 na str. 4 poz. 4.4 – tablica 0203x1 oraz **dowód nr 5c** specyfikacja techniczna czyli STWiOR, odcinek pierwszy str. 3 pkt 1.3 zdanie ostatnie str. 5 pkt 2.1 tiret 1-3 oraz pkt 2.2 tiret 18 na dowód, że zamawiający miał możliwość uzyskania informacji z całej oferty do dokonanych poprawień omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybrania wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«.*

Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych – odwołujący [i ówczasnie składający protesty] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»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«*, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W rozpoznawanym postępowaniu odwoławczym, odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnych zasad art. 7 ust. 1 i 3 Pzp bez uzasadnienia faktycznego. W związku z tym ogóle zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uznanie, że niezgodność treści oferty wykonawcy Hydrobudowa z treścią specyfikacji jest inną omyłką, która może zostać poprawiona w trybie przepisów ustawy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w specyfikacji w pkt 7.1.2 wskazał, jakie dokumenty należy dołączyć do oferty. Jednym z tych dokumentów jest kosztorys ofertowy, który według oczekiwania zamawiającego należało sporządzić na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji oraz przy uwzględnieniu postanowień pkt 13.2 specyfikacji, tj. kosztorys ofertowy należało sporządzić bezwzględnie na nośniku dostarczonym przez zamawiającego. Zamawiający nie zastrzegł, że zdjęcie blokady możliwości edytowania tych kosztorysów może spowodować jakiegokolwiek konsekwencje dla wykonawcy. Dwóch wykonawców (odwołujący i przystępujący po stronie zamawiającego) usunęło blokady i dokonało zmian w kosztorysach. Zamawiający uznał w obu przypadkach, że dokonane zmiany przez wykonawców nie spowodowały konieczności odrzucenia ofert. Jednak odwołujący zarzuca, że przystępujący:

- 1) usunął z kosztorysu pozycję kosztorysową dotyczącą budowy kanalizacji o numerze 1d.1 rozdział 32 (w przedmiarze zamawiającego), co jest sprzeczne ze szczegółową specyfikacją techniczną wykonania robót, udostępnioną przez zamawiającego;
 - 2) w pozycji kosztorysowej nr 2d.1 rozdział 32 dotyczącej odcinka projektowanego zamiast wymaganego kabla 36J (tj. kabla składającego się z 36 włókien) wykonawca Hydrobudowa zaproponował kabel 8J (tj. kabel o 8 włóknach), jednocześnie zmieniając ilości wymagane w tej pozycji przez zamawiającego
- i te odstępstwa od kosztorysu ofertowego dokonane przez przystępującego powinny spowodować odrzucenie oferty tego wykonawcy.

W trakcie badania ofert zamawiający uznał, że naruszenia dokonane przez wykonawcę Hydrobudowa mieszczą się w granicach omyłek, które można poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający 27 sierpnia 2012 r. zwrócił się do wykonawcy Hydrobudowa, działając w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, o złożenie wyjaśnień, cyt.: »W pozycji 1d.1 rozdziału nr 32 [...], w kosztorysie ofertowym występuje opis czynności pt. „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizgowej z linką wciągarką mechan. Z rejestratorem siły – kabel 8J w odcinkach o dł. 2 km SS ST” z jednostką przedmiarową „km” i ilością

„6,588”. W tej samej pozycji [...] w przedmiarze inwestorskim, który wykonawca otrzymał do wypełnienia zgodnie ze specyfikacją, występuje opis czynności „Mechaniczne wciąganie rur kanalizacji wtórnej w otwór wolny – rury śr. 32/2,9 mm czarna SST PT” z jednostką przedmiarową „m” i ilością „2 076,000”. [...] W pozycji 2.6.1 rozdziału [...] z podstawą wyceny ZN-97 TPS.A-039 tablica 0501 kolumna 06 o nazwie czynności pt. „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizgowej z linką wciągarką mechan. z rejestratorem siły – kabel 36J w odcinkach o długości 4 km SST PT” i jednostce miary „km” w kosztorysie ofertowym w kolumnie figuruje wielkość „4,153”, natomiast w przekazanym przez inwestora do wypełnienia przedmiarze w tej samej pozycji w kolumnie ilość występuje wielkość „2,514”.

Wykonawca Hydrobudowa we właściwym terminie wyjaśnił, że wskazane przez zamawiającego odstępstwa od kosztorysu przekazanego przez zamawiającego były wynikiem omyłki w zakresie opisu robót, jednostki obmiaru i ilości obmiarowej.

W związku z tym zamawiający w pozycji 1d.1, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał:

- 1) zmiany opisu czynności oferowanych robót przez zmianę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia tj. pozycję 1d.1 „wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizgowej z linką wciągarką mechaniczną z rejestratorem siły – kabel 8J w odcinkach o dł. 2 km SST ST” zastąpił pozycją z kosztorysu inwestorskiego o brzmieniu „Mechaniczne wciąganie rur kanalizacji wtórnej w otwór wolny – rury śr. 32/2,9 mm czarna SST PT”;
- 2) zmiany jednostki przedmiarowej z km na m;
- 3) zmiany ilości z 6,588 na 2 076,00;
- 4) zmiany ceny wartości robót, co było konsekwencją zmian ilości robót.

Również w pozycji 2d.1 zamawiający dokonał:

- 1) zmiany zakresu oferowanego przedmiotu zamówienia przez zastąpienie treści pozycji kosztorysowej „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizg. z linką mechaniczną z rejestratorem siły – kabel 8J w odcinkach o dł. 4 km SST PT” na pozycję o treści „Wciąganie kabli światłowodowych do kanalizacji wtórnej z rur bez warstwy poślizg. z linką mechaniczną z rejestratorem siły – kabel 36J w odcinkach o dł. 4 km SST PT”;
- 2) zmiany ilości z 4,153 na 2,514;
- 3) zmiany ceny wartości robót w konsekwencji zmian ilości robót.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca Hydrobudowa dokonał zmian opisów pozycji, ale nie dokonał zmian numerów katalogowych nakładów rzeczowych oraz numerów porządkowych, nie doszło do usunięcia pozycji kosztorysowych. W związku z tym zamawiający uznał to za inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją, a nie celowe zmiany w kosztorysie.

Ponadto ze względu na odniesienia wartości ogólnej przedmiotu zamówienia (ok. 120 000 000 zł) do wartości omyłek (ok. 50 000 zł) wynoszącego około 0,04%, zamawiający uznał, że jest obowiązany dokonać poprawek oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż poprawki nie spowodują powstania istotnych zmian w treści oferty, zwłaszcza w dziedzinie wartości oferty.

Wykonawca Hydrobudowa zmienił jednostki przedmiarowe z metrów na kilometry, ale wobec porównania w innych miejscach kosztorysu, że jeden metr okablowania kosztuje 6 zł, to cena 6000 zł jest taką samą dla kilometra, jak 6 zł dla 1 metra. Ponadto w kosztorysie nie wystąpił w innym miejscu kabel 36J, w związku z tym nie było analogicznej wartości tego kabla, a więc zamawiający nie zmieniał ceny tej pozycji, a jedynie opis przedmiotowej pozycji. Ponadto w innym miejscu oferty – w kosztorysie 32 pozycja 6d.1 montaż złączy światłowodowych – przystępujący wycenił połączenia 36-żyłowych kabli, z czego dodatkowo wynika, że wykonawca popełnił omyłkę wpisując kabel 8-żyłowy w pozycji 2d.1 zamiast wpisania kabla 32-żyłowego.

Ze względu na brak ustawowej definicji pojęcia „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją” niezgodność ta powinna być każdorazowo badana przez zamawiającego indywidualnie na podstawie przede wszystkim postanowień specyfikacji oraz całej treści oferty.

O ile poprawki w ofercie innych omyłek nie spowodują istotnych zmian w treści oferty, a dotyczy to przede wszystkim przedmiotu zamówienia i wartości zamówienia, zamawiający ma obowiązek dokonać poprawek. Wynika to z brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdzie ustawodawca w wstępie do wyliczenia zastosował tryb oznajmujący „Zamawiający poprawia w ofercie”.

Nie ulega wątpliwości, że zmiana wartości o niespełna pół promila jest nieomal niezauważalna, a więc niepowodująca „istotnych zmian w treści oferty”. Również cały przedmiot zamówienia nie został zmieniony w wyniku omyłki w sposób istotny, a jedynie został zmieniony opis peryferyjnego elementu.

Ponadto zamawiający miał podstawy do dokonania zmian w ofercie, na podstawie pozostałych deklaracji zawartych w ofercie (szczególnie numery katalogowe nakładów rzeczowych, czyli wykonawca zadeklarował „językiem cyfr i symboli” wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i zgodnie z postanowieniem pozycji 6d.1, gdzie wykonawca wskazał, że zamierza zastosować kabel 36J – 36-żyłowy).

Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dnia 30 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 201/10, stwierdza że wobec braku definicji ustawowej wyrażenia „inna omyłka” do każdego problemu zamawiający musi podchodzić jednostkowo.

Skład orzekający Izby nie uznał argumentu zamawiającego, że cyt. „Oferta wykonawcy Hydrobudowa była najtańszą, co ma bardzo istotne znaczenie zgodnie z przepisami ustawy

o finansach publicznych”. Jeżeli to byłby w rzeczywistości argument za dokonaniem wyboru oferty, wtedy bez względu na inne okoliczności zamawiający byłoby obowiązani wybierać oferty najtańsze. Skład orzekający Izby podkreśla, że zamawiający podczas postępowania ma obowiązek w pierwszej kolejności podporządkowywać się przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut drugi – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uznanie, że niezgodność treści oferty wykonawcy Hydrobudowa z treścią specyfikacji jest inną omyłką, która może zostać poprawiona w trybie przepisów ustawy – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione prowadzenie negocjacji w zakresie treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Hydrobudowa – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący myli wskazanie miejsc, powodów czy metod itd., na których podstawie można dokonać poprawy omyłek z prowadzeniem negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywaniem zmiany w treści takiej oferty. Ogólnie skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł, że zamawiający prowadził negocjacje z wykonawcą Hydrobudowa, nawet biorąc pod uwagę najszersze znaczenie wyrazu „negocjacje”.

Przytoczone stanowisko doktryny jest zbyt ogólne. Nie można z niego wywieść, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający prowadził negocjacje prowadzące do zmiany oferty po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający prowadził z wykonawcą negocjacje, gdyż zażądanie wyjaśnień jest kompetencją zamawiającego, a ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z regułami prowadzenia postępowania zgodnie z należyłą starannością – jest obowiązkiem zamawiającego. Również udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę mieści się w granicach prawa, chociaż w ustawie nie zostało to sformułowane *expressis Verbis*. Wynika z tego, że wykonawca jest obowiązany udzielić wyjaśnień, a zamawiający musi wziąć pod uwagę te wyjaśnienia, bez względu na ich zawartość.

Inaczej niż prezentuje to odwołujący podpierając się wybranymi krótkimi fragmentami opracowań doktryny, skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 Pzp żądanie i składanie wyjaśnień nie może przynieść negatywnych skutków dla podmiotów (zamawiającego i wykonawcy).

Odwołujący zarzuca również, że wykonawca nie wytłumaczył powodu wystąpienia odstępstw w ofercie w stosunku do specyfikacji, ale nie jest to naruszeniem żadnego przepisu, że zamawiający nie wymagał szczegółowego wyjaśnienia powstania omyłki w ofercie.

Wobec powyższego zarzut trzeci – naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione prowadzenie negocjacji w zakresie treści oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Hydrobudowa – nie może zostać uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hydrobudowa, której treść nie odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Z wyżej przedstawionej argumentacji dotyczącej zarzutu drugiego wynika, zamawiający był obowiązany dokonać poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją. Odwołujący nie dowiódł, że oferta wykonawcy Hydrobudowa podlegała odrzuceniu, a tym samym odwołujący nie dowiódł, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Hydrobudowa.

W związku z powyższym, zarzut czwarty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Hydrobudowa, której treść nie odpowiada treści specyfikacji – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie oferty wykonawcy Hydrobudowa niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający miał obowiązek poddać ocenie ofert m.in. ofertę wykonawcy Hydrobudowa, gdyż zgodnie przepisami z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ta oferta nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący nie dowiódł, że oferta wykonawcy Hydrobudowa podlegała odrzuceniu, a w konsekwencji odwołujący nie dowiódł, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Hydrobudowa, tym samym zamawiający miał obowiązek na równi z innymi ofertami poddać tę ofertę ocenie ofert. Odwołujący nie dowiódł, że czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, zarzut piąty – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybranie oferty wykonawcy Hydrobudowa niebędącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony i przystępującego.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....