

**WYROK**  
**z dnia 8 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2015 r. przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GAMAR” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Jastrzębie-Zdrój działające przez Jastrzębski Zakład Komunalny w Jastrzębiu-Zdroju

przy udziale Ł. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. Ł. Firma Handlowo-Usługowa DROMET II w Jastrzębiu-Zdroju zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Jastrzębie-Zdrój działającemu przez Jastrzębski Zakład Komunalny unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „GAMAR” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „GAMAR” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Jastrzębie-Zdrój działające przez Jastrzębski Zakład Komunalny w Jastrzębiu-Zdroju i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GAMAR” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Miasta Jastrzębie-Zdrój działającego przez Jastrzębski Zakład Komunalny w Jastrzębiu-Zdroju Gminy na rzecz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „GAMAR” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Jastrzębie-Zdrój działające przez Jastrzębski Zakład Komunalny w Jastrzębiu-Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa kwartału D i C na cmentarzu komunalnym przy ul. Okrzei w Jastrzębiu-Zdroju. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 3 kwietnia 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 76216. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 19 maja 2015 r. informacji o wyniku postępowania odwołanie 25 maja 2015 r. przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GAMAR” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 polegające na odrzuceniu oferty odwołującego mimo, iż zauważone w ofercie odwołującego omyłki winny być przez zamawiającego poprawione jako oczywista omyłka pisarska;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 polegające na odrzuceniu oferty odwołującego mimo, iż zauważone w ofercie odwołującego omyłki winny być przez zamawiającego poprawione gdyż nie powodują istotnej zmiany treści oferty;
3. art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnienia treści jego oferty co w konsekwencji doprowadziło do jej odrzucenia;
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie przez zamawiającego wykonawców oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji;
5. art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem norm ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Wnosił również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych i o dopuszczenie dowodów z dokumentacji przetargowej oraz oferty odwołującego na okoliczności wynikające z ich treści.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że pomiędzy kosztorysem ofertowym dla branży sanitarnej i drogowej a przedmiarem robót występują różnice wskazane przez zamawiającego, jednak są to błędy nieistotne, stanowiące albo oczywiste błędy pisarskie, albo inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zarzucił zamawiającemu, że w sposób arbitralny,

bez głębszej analizy zastosował sankcję z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, mimo że w treści tej normy istnieje odwołanie do art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odwołujący wywiódł, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz dołączenie do oferty kosztorysu uproszczonego, drobne omyłki w kosztorysie uzasadniają odrzucenie oferty wyłącznie w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Ł. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. Ł. Firma Handlowo-Usługowa DROMET II w Jastrzębiu-Zdroju przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający w piśmie z 19 maja 2015 r. poinformował o odrzuceniu 8 z 9 złożonych ofert i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż w kosztorysie ofertowym odwołującego dla branży sanitarnej w opisie pozycji 2.2.19 pominięto część opisu tej pozycji wskazanego w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) „współczynnik R i S = 0,5” oraz „S tylko wciągarka”. Zamawiający wskazał również, że w kosztorysie ofertowym dla branży drogowej w pozycji 1.5 odwołujący wskazał krotność „5”, podczas gdy przedmiar robót określa krotność jako „-5”. Podstawą odrzucenia pozostałych 7 ofert był art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z rozbieżnościami między kosztorysami ofertowymi wykonawców a przedmiarem robót.

Według punktacji ustalonej przez Zamawiającego oferta wybranego wykonawcy została sklasyfikowana na 7 pozycji, oferta odwołującego na pozycji 4.

Odwołujący był jedynym wykonawcą, który wniósł odwołanie.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego oferta odwołującego byłaby sklasyfikowana na 4 miejscu, zaś oferta przystępującego na miejscu 7 spośród 9 złożonych ofert. Odrzucenie oferty odwołującego, korzystniejszej od wybranej oferty przystępującego, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia. Materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, czyli interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez odwołującego szkody wynikającej z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zostały więc spełnione, gdyż szkoda, w rozumieniu przywołanego art. 179 ust. 1 Pzp, może mieć charakter zarówno bezpośredni, jak i ewentualny. Przepis ten stanowi bowiem nie wyłącznie o poniesieniu szkody, ale również o możliwości jej poniesienia.

Izba nie miała wątpliwości, że odrzucenie oferty, która zawiera korzystniejszy bilans ceny i gwarancji, niż oferta wybrana, powoduje możliwość poniesienia przez odwołującego szkody.

Kwestią odrębną jest sygnalizowana przez zamawiającego dopuszczalność uwzględnienia odwołania wniesionego przez wykonawcę, którego oferta nie jest najkorzystniejsza spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Art. 192 ust. 2 Pzp stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeśli zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wynik postępowania, o którym mowa w tym przepisie, nie jest tożsamy z możliwością uzyskania zamówienia przez odwołującego się wykonawcę, gdyż ma znaczenie szersze przedmiotowo. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia, to albo wybór najkorzystniejszej oferty, albo - w postępowaniach wieloetapowych - krąg wykonawców, którzy na danym etapie postępowania mają szanse na uzyskanie zamówienia.

Z zestawienia norm art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp wynika, że pierwszy przepis warunkuje możliwość zbadania przez Izbę zarzutów podniesionych w odwołaniu, natomiast drugi nakazuje Izbie, aby po ocenie tych zarzutów, w sytuacji stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zbadała, czy naruszenie to ma znaczenie dla wyniku postępowania – w okolicznościach sporu dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie jest zatem zgodne z ustawą traktowanie art. 179 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp łącznie jako wspólnej podstawy umożliwiającej oddalenie odwołania bez merytorycznego odniesienia się do podniesionych zarzutów.

Badanie przesłanek zawartych w art. 192 ust. 2 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp powinno nastąpić po ocenie odwołania co do istoty.

Kolejno należało określić zakres rozpoznania odwołania. Art. 192 ust. 7 Pzp zakazuje Izbie odnoszenie się do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu.

Zarzut to substrat okoliczności faktycznych i prawnych odnoszących się do kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego, zatem zakres zarzutów podniesionych w badanym odwołaniu wynika z okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania. Przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu może być w konsekwencji wyłącznie ocena, czy pominięcie przez odwołującego części opisu zawartego w przedmiarze robót uzasadnia odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie zaś to, czy odwołujący wykazał zamawiającemu poprawne obliczenie ceny swojej oferty.

Błąd w obliczeniu ceny to odrębna przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający w piśmie z 19 maja 2015 r. nie powołał żadnych okoliczności faktycznych ani prawnych wskazujących na nieprawidłowe obliczenie ceny oferty przez odwołującego i kwestia ta nie może być badana w tym postępowaniu odwoławczym.

Izba uwzględniła również, że w toku postępowania zamawiający badał cenę oferty, gdyż pismem z 8 maja 2015 r. zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w związku z art. 90

ust. 1 Pzp. Ani z treści pisma, ani z innych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy nie wynika, by poprawność obliczenia ceny w pozycji 2.2.19 kosztorysu ofertowego dla branży sanitarnej oraz pozycji 1.5 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej.

Odwołanie okazało się zasadne, mimo że Izba nie zgadza się z częścią argumentacji odwołującego.

Izba zważyła, że wbrew twierdzeniom odwołującego wynagrodzenie ukształtowane we wzorze umowy nie ma charakteru ryczałtowego w rozumieniu art. 632 k.c. Przepis ten stanowi w § 1, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Tymczasem, mimo że zamawiający w postanowieniach wzoru umowy używa pojęcia wynagrodzenie ryczałtowe, to analiza całości oczekiwań zamawiającego, w szczególności postanowienia § 3 ust. 1.2. wzoru umowy, prowadzi do przekonania, że w istocie zastrzegł on, iż wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy nie może przekraczać ceny oferty i to nawet w przypadku wzrostu cen materiałów, czy robocizny. Natomiast wynagrodzenie należne wykonawcy płatne będzie w zależności od faktycznego rozmiaru wykonanych prac z uwzględnieniem cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym.

Ponadto, w ocenie składu rozpoznającego badane odwołanie, jeśli zamawiający wymaga złożenia tego dokumentu wraz z ofertą, to przy ocenie oferty nie można całkowicie pomijać treści kosztorysu, nawet jeśli zamawiający ustaliby wynagrodzenie ryczałtowe. W sytuacji, gdy kosztorys ofertowy uzasadnia merytorycznie kwotę wynagrodzenia ryczałtowego oczekiwaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę), istotne jest, czy wykonawca wycenił właściwe prace, których koszt składa się na oczekiwane wynagrodzenie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp. Zamawiający może zatem dokonać odrzucenia oferty jedynie w sytuacji, gdy popełnione w niej uchybienia nie są możliwe do poprawienia. Dostrzec bowiem należy, że poprawienie oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp, mimo że stanowi ingerencję zamawiającego w treść oferty kształtującą oświadczenie wykonawcy po upływie terminu składania ofert, stanowi obligatoryjne działanie zamawiającego, w sytuacji gdy są spełnione ustawowe przesłanki warunkujące poprawienie oferty.

Zamawiający nie może w żadnym przypadku zwolnić się od badania oferty wykonawcy pod kątem zastosowania przesłanek, o których mowa w art. 87 ust. 2 Pzp. Niezasadnie więc zamawiający powołuje postanowienia SIWZ wywodząc z nich niedopuszczalność poprawienia oferty odwołującego. Brzmienie SIWZ nie może zwolnić zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy, które stanowią *ius cogens*, a art. 87 ust. 2 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący.

Okoliczności faktyczne nie są sporne. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty zgodnie ze stanem faktycznym powołał pominięcie części treści dwóch pozycji przedmiaru w kosztorysach ofertowych odwołującego.

Odwołujący podnosił, że omyłki popełnione przez niego powinny być uznane za oczywiste omyłki pisarskie.

Izba nie zgadza się z tym twierdzeniem. Oczywista omyłka pisarska zgodnie z poglądem wypracowanym w orzecznictwie powinna być możliwa dla stwierdzenia na pierwszy rzut oka, przez każdego. Cechy tej nie wykazuje żadna z dwóch omyłek, których dopuścił się odwołujący. Błąd w kosztorysach ofertowych odwołującego jest możliwy do stwierdzenia tylko w wyniku porównania tego kosztorysu z przedmiarem robót.

Rozważyć zatem należało, czy omyłki te stanowią inne omyłki podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Błąd dotyczący branży sanitarnej w opisie pozycji 2.2.19 polegający na braku wskazania „współczynnika R i S = 0,5” oraz „S tylko wciągarka” nie ma wpływu na poprawność oferty odwołującego - wykonanie zamówienia zgodnie z projektami i przedmiarem robót. Zarówno przedmiar robót jak i kosztorys ofertowy wskazują na tą samą pozycję kosztorysową, ten sam numer KNR, tą samą ilość i ten sam opis. Odwołujący opuścił jedynie w opisie wskazanie współczynnika co było działaniem niezamierzonym i zupełnie przypadkowym.

Podobną ocenę Izba wyraża również w odniesieniu do niezamierzonego i przypadkowego wpisania w pozycji 1.5 kosztorysu dla branży drogowej krotności „5”, mimo iż przedmiar robót stanowiący załącznik nr 3 określa krotność jako „-5”. Odwołujący pominął bowiem wyłącznie znak „-”, co przy sporządzaniu kosztorysu z wykorzystaniem programu komputerowego może nastąpić w niezamierzony przypadkowy sposób. Potwierdzają to również uchybienia popełnione przez pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone.

Wprowadzenie do przepisów ustawy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp miało na celu eliminacji możliwości odrzucenia ofert z powodu omyłek w kosztorysach ofertowych, które możliwe są do poprawienia w łatwy sposób. O wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może bowiem przesądzać jedynie formalna poprawność oferty, gdyż oferta najkorzystniejsza to oferta z najniższą ceną lub zawierająca najkorzystniejszy bilans ceny i kryteriów odnoszących się do zamówienia publicznego (art. 2 pkt 5 Pzp).

Do stwierdzenia w kosztorysie ofertowym omyłek, popełnionych przez odwołującego nie były konieczne żadne wyjaśnienia ze strony wykonawcy, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, którego dokonał zamawiający, bezbłędnie identyfikując wszystkie rozbieżności opisów. Istnieje też wyłącznie jeden sposób poprawienia kosztorysu przez dopisanie w kosztorysie dotyczącym branży sanitarnej w opisie pozycji 2.2.19 „współczynnika R i S = 0,5” i „S tylko wciągarka” oraz w pozycji 1.5 kosztorysu dla branży drogowej „-” przy krotności „5”.

Dla ustalenia sposobu poprawienia oferty odwołującego nie są konieczne wyjaśnienia ze strony

odwołującego, zatem zamawiający nie wdałby się w negocjacje z odwołującym, nawet jeśli by zwróciłby się do niego o potwierdzenie omyłkowego charakteru uchybień w kosztorysie.

Poprawienie dwóch omyłek popełnionych przez odwołującego polegające na dopisaniu w opisie pozycji pojedynczej frazy i znaku synkretycznego, mimo że określają w pewien sposób zakres pozycji, mieści się w ramach art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z celem przepisu doprowadzi to do pełnej zgodności treści opisu zawartego w kosztorysie z opisem zawartym w przedmiarze.

Izba uznała, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy. Zarzut naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp potwierdził się, a naruszenia te mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Pozostali wykonawcy, których oferty zamawiający odrzucił, nie wnieśli odwołań, zaś termin związania złożonymi przez nich ofertami upłynął. Oznacza to, że ustała całkowicie przetargowa więź prawna między nimi a zamawiającym.

Ponawiając wybór najkorzystniejszej oferty zamawiający może go dokonać jedynie z uwzględnieniem ofert, które nie zostały odrzucone, jeśli wykonawcy, którzy je złożyli są nimi w dalszym ciągu związani (wyroki KIO z dnia 4 września 2012 r. KIO 1924/12, z dnia 31 stycznia 2013 r. KIO 109/13, z dnia 4 października 2012 r. KIO 2020/12, z 7 września 2012 r., KIO 1817/12, KIO 1822/12, z 9 września 2014 r., KIO 1737/14 na [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) data dostępu: 11.06.2015 r. oraz wyrok SO w Tarnowie z 13 lutego 2014 r., I Ca 495/13 niepub.)

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....