

**WYROK**  
**z dnia 8 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.12.2013 r. przez wykonawcę **Adam K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Remontowo-Budowlane Adam K., ul. Baczkowska 21A, 07-130 Łochów** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, ul. Malczewskiego 29, 26-600 Radom** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową budynku Domu Studenta nr 1 wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną”

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje dokonanie powtórnie czynności oceny i badania oferty Odwołującego – Adam K. Usługi Remontowo-Budowlane z siedzibą w Łochowie, w tym nakazuje dokonanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki powodującej niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią specyfikacji**

**istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do pozycji nr 67 przedmiaru robót, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem konsekwencji wynikających z nakazanych powyżej czynności,**

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, ul. Malczewskiego 29, 26-600 Radom** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Adam K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Remontowo-Budowlane Adam K., ul. Baczkowska 21A, 07-130 Łochów** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego - **Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, ul. Malczewskiego 29, 26-600 Radom** na rzecz wykonawcy **Adam K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Remontowo-Budowlane Adam K., ul. Baczkowska 21A, 07-130 Łochów** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

### **do wyroku z dnia 8 stycznia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2907/13**

Zamawiający - Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, ul. Malczewskiego 29, 26-600 Radom prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudowa budynku Domu Studenta nr 1 wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną”.

W ramach powyższego postępowania w dniu 12.12.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Na powyższą czynności w dniu 17.12.2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Adam K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane Adam K., ul. Baczkowska 21A, 07-130 Łochów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie zastosowania właściwego badania i oceny oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu i niezastosowaniu wszelkich procedur przewidzianych w ustawie Pzp w celu właściwego skorygowania stwierdzonej w kosztorysie ofertowym omyłki,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki stwierdzonej w kosztorysie ofertowym Odwołującego,
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku niezgodnego z prawem zaniechania dokonania czynności wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w wyniku niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał następnie, iż w niniejszym postępowaniu jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji działań Zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej trakcie nakazania Zamawiającemu dokonania czynności zgodnej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec stwierdzonej omyłki w ofercie Odwołującego, która była podstawą do bezprawnego odrzucenia oferty;
- 4) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 12.12.2013 r. i mając na względzie powyższe, w jego ocenie, termin na wniesienia niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp został dochowany.

W uzasadnieniu podniósł, iż Zamawiający w dniu 12.12.2013 r. poinformował Odwołującego, iż przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione w związku z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Jako uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż powodem odrzucenia oferty był fakt uwzględnienia przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym pozycji nr 67 przedmiaru. Odwołujący nie zgadza się z wynikami badania i oceny ofert i podniósł, co następuje: Zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. za pomocą przedmiarów, które przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. W przedmiarze dot. robót budowlanych znajdowała się pozycja dotycząca wymiany stolarki drewnianej na drzwi aluminiowe (przedmiar poz. 67 nr KNR 0-19 0931-06: Wymiana stolarki drewnianej na drzwi aluminiowe jednoskrzydłowe z wypełnieniem z paneli o odporności ogniowej EI50 m<sup>2</sup>; 1,02\*2,06\*2 m2 4.243 RAZEM: 4.243).

W związku z faktem, iż Zamawiający nie umieścił w opisie przedmiotu zamówienia jakiegokolwiek opisu dla tej pozycji w toku postępowania do Zamawiającego został skierowany wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, gdzie m.in. zostało zadane pytanie: cyt. „Zamawiający w przedmiarach robót budowlanych uwzględnił pozycję nr 67 na wymianę Wymiana stolarki drewnianej na drzwi aluminiowe jednoskrzydłowe z wypełnieniem z paneli o odporności ogniowej EI60 - ilość 4,243 m<sup>2</sup>, których nie ma w projekcie technicznym załączonym do przetargu przez Zamawiającego. Prosimy o wykreślenie tej pozycji albo wyjaśnienie czego to dotyczy?” Zdaniem Odwołującego Zamawiający w dniu 12.11.2013 r. udzielił jedynie lakonicznej odpowiedzi, iż cyt. „Zamawiający informuje, że nie dotyczy to przedmiotowego zakresu.”

W ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż w kosztorysie ofertowym została uwzględniona pozycja wobec której Zamawiający przekazał informację, że cyt. „Nie dotyczy do przedmiotowego zakresu” nosi znamiona kompletnego braku racjonalności, a przede wszystkim braku poszanowania norm prawnych.

Zamawiający wskazując podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego, całkowicie zignorował treść tego przepisu znajdującą się po przecinku, tj. „ (...) z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3“, który zdaniem Odwołującego dobitnie stwierdza, że odrzucenie oferty na skutek niezgodności z treścią SIWZ może odbyć się dopiero po stwierdzeniu niemożliwości dokonania poprawienia w treści oferty tzw. innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający z nieznanymi powodami całkowicie zignorował treść tego przepisu i, jak wskazał Odwołujący, kierując się sobie tylko znaną logiką podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnił przedmiotowe postępowanie.

Na marginesie Odwołujący nadmienił, iż Zamawiający bezprawnie unieważniając postępowanie naraża się na odpowiedzialność wynikającą z art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U Nr 14, poz. 114 z późn. zm.), który określa iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

W ocenie Odwołującego badanie oferty pod względem możliwości poprawienia stwierdzonych w niej omyłek jest nie tyle uprawnieniem, co wręcz obowiązkiem Zamawiającego. Teza ta została wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie. Przykładem może być wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 342/13, gdzie arbitrzy orzekli, cyt. Nadto, Izba podnosi za orzecznictwem: „(...) przed zastosowaniem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy zamawiający ma obowiązek zbadać ofertę pod względem możliwości poprawienia pojawiających się w takiej ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Wynika to wprost z brzmienia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy; zgodnie z którym odrzucenie oferty z tego powodu, że jej treść nie odpowiada treści siwz, jest możliwe dopiero w sytuacji, gdy niezgodności treści oferty nie da się usunąć poprzez zastosowanie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ustawa Pzp nie tyle dopuszcza co wręcz nakazuje poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Jak wynika z uzasadnienia do ustawy cyt. „(...) Proponowany przepis art. 87 ust 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się

pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. (...) Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.(...)".

Zdaniem Odwołującego zgodnie z ugruntowaną opinią na podstawie tego przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez Wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.

Jak wskazał Odwołujący niezwykle cennym źródłem informacji nt. poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest opinia prawna zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Opinia prawna zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Poprawianie omyłek na podstawie art. 87 ust 2 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej z uwzględnieniem problematyki omyłek i błędów dotyczących podatku od towarów i usług (VAT).”.

Wśród zacytowanych tam wyroków Odwołujący wskazał:

1) wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2009 r., sygn. akt 59/09 (...) z uwagi na treść aktualnie obowiązującego przepisu art.87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy pzp o obowiązku Zamawiającego poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego decyduje wpływ poprawienia tej omyłki na treść złożonej oferty. Z uwagi na to, że omyłka dotyczyła opisu pozycji w kosztorysie ofertowym to była związana z oferowanym przedmiotem zamówienia, który z rzeczy samej jest istotnym elementem oferty. Niemniej zakres omyłki w jednej pozycji opisu kosztorysowego w stosunku do całego zakresu kosztorysowania robót objętych przedmiotem zamówienia ma znaczenie w ocenie Izby marginalne i zobowiązuje Zamawiającego do jej poprawienia (...)."

2) wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO 134/09 (...) Zamawiający podniósł, iż niepoprawność kwestionowanej pozycji kosztorysu ofertowego powstała na skutek okoliczności zawinionych przez Odwołującego, który nie zapoznawał się na bieżąco ze stroną internetową Zamawiającego, na której zamieszczono modyfikację SIWZ (...) stwierdzić należy, że ustawodawca nie uzależnia ustalenia istnienia omyłki od stopnia zawinienia wykonawcy, który na taką omyłkę się powołuje. Istotnie poprawienie poz. 20 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Odwołującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia - 1.734.690,78 zł. netto; różnica w cenie oferty Odwołującego 22.665,30 zł.). Zmiana w ofercie

Odwołującego zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Odwołującego. Taka czynność Zamawiającego doprowadzi więc ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu (...) stwierdzić, że uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było przedwczesne;(..."

W ocenie Odwołującego Zamawiający zdaje się całkowicie ignorować nie tylko obowiązujące przepisy prawa, lecz przede wszystkim ugruntowane stanowisko wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Odwołującego jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego - czy uwzględnienie w kosztorysie dodatkowej pozycji powinno być potraktowane jako inna omyłka i poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp? - winny zostać rozwiane po zapoznaniu się z opisem analogicznej sprawy, która była przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok KIO z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 236/12.), gdzie, jak wskazał Odwołujący, arbitrzy stwierdzili m.in.: cyt.: „(...) Fakt wycenienia w kosztorysie ofertowym zbędnych robót jest między stronami bezsporny. Odwołujący nie kwestionuje wskazanych przez Zamawiającego – jako zbędne - pozycji kosztorysu. Zamawiający z kolei przyznaje, że błędy w ofercie Odwołującego wynikają z omyłki przy sporządzaniu kosztorysu. Istotą sporu jest możliwość poprawienia tej omyłki.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż zgodnie z przepisem art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który zobowiązuje zamawiającego do poprawienia takich niezgodności z treścią SIWZ, które po pierwsze mają charakter omyłki, a po drugie - nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sprawie pierwsza z przywołanych wyżej przesłanek została, zdaniem Odwołującego, spełniona - co strony zgodnie przyznały. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby była druga z tych przesłanek, tj. kwestia istotności omyłek dla treści oferty. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają wytycznych, w jaki sposób oceniać istotność zmian w treści oferty. Kwestię tę należy analizować z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy oraz celu przepisu art. 87 ust, 2 ustawy Pzp, którym jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert merytorycznie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności które nie mają istotnego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Zdaniem Izby poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie spowoduje jej istotnych zmian. Z pełnej treści oferty wynika; że zamiarem wykonawcy było zaoferowanie przedmiotu

zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający oparł się na jednym z elementów tej oferty – kosztorysie ofertowym, który zgodnie z SIWZ ma jedynie charakter pomocniczy. Ponadto, Zamawiający nie stwierdził takich niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, które dotyczyłyby tego, co wykonawca zobowiązany będzie wykonać w przypadku uzyskania zamówienia. Jediną wadą tej oferty, zgodnie z informacją o wyniku postępowania, było dokonanie wyceny robót, które nie będą wykonywane. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że ze względu na ryczałtowy charakter ceny, niedopuszczalne było jej poprawienie. Po pierwsze brak jest podstaw do generalnego wniosku, iż przyjęcie w postępowaniu ceny ryczałtowej wyklucza możliwość poprawiania omyłek w ofertach. Zdaniem Izby możliwość ta oceniana powinna być ad casum, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Ponadto, takie stanowisko Zamawiającego wskazuje, że wyciąga on dwa przeciwstawne wnioski z postanowień specyfikacji dotyczących sposobu obliczenia ceny. Z jednej strony omyłki w kosztorysie traktuje jako podstawę odrzucenia oferty, z drugiej - powołuje się na ryczałtowy charakter ceny i wynikającą z tego faktu niedopuszczalność jej zmiany.

Istotny dla rozstrzygnięcia sprawy jest również fakt, że Zamawiający miał wszelkie dane potrzebne do skorygowania oferty bez ingerencji wykonawcy: wiedział, które pozycje w kosztorysie są zbędne i znał ich wartość. Mógł zatem dokonać odpowiedniej korekty kosztorysu oraz skorygować cenę oferty tak, aby wynikała, zgodnie z punktem 13.3 SIWZ, z kalkulacji kosztorysowej. Przy ocenie istotności omyłki należy odwołać się również do wartości zbędnych pozycji kosztorysu, która według obliczeń Odwołującego wynosi 51.886,56 zł, co stanowi zaledwie 0,5% ceny ofertowej. Zamawiający na rozprawie podniósł, iż według jego obliczeń wartość ta jest wyższa i wynosi 77.806 zł. Zdaniem izby, nawet ta wartość niepotrzebnie wycenionych robót jest znikoma w stosunku do całego przedmiotu zamówienia (0,8% ceny ofertowej).

W podsumowaniu Odwołujący podniósł, że omyłka w jego ofercie podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zatem czynność odrzucenia tej oferty stanowiła naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie zostało uwzględnione. (...). Omawiana sprawa była na tyle bezsporna, że omówienie niniejszego wyroku zostało opublikowane przez Urząd Zamówień Publicznych w Zeszytach Orzeczniczych nr 12/2012. Odwołujący podkreślił, iż w omawianym przypadku wszelkie działania Zamawiającego winny ograniczyć się do wykreślenia z jednego z kosztorysów ofertowych Odwołującego jednej pozycji, tj. pozycji nr 67, a wykreślenie to spowoduje zmniejszenie kosztorysu ofertowego o 11 842,32 zł, co stanowi zaledwie 0.005 wartości ofertowej. Tym samym dokonanie korekty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest w pełni zasadne i celowe, a przede wszystkim znajduje



uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa. Mając na względzie powyższe, wnioś jak w treści odwołania oraz we wstępie.

Zamawiający pismem z dnia 20.12.2013 r. wnioś w dniu 02.01.2014 r. odpowiedź na odwołanie wnioskując o oddalenie odwołania ze względu na odmienny stan faktyczny, tj. wskazując, iż w dniu 17.12.2013 r. unieważnił czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp a więc również czynność odrzucenia ofert wykonawców oraz dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana na etapie merytorycznego rozpoznania odwołania do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę zakwalifikowaną na pierwszym miejscu w oparciu o kryteria oceny ofert, kwestionując poprawność unieważnienia postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty posiada prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

– a zatem przysługuje Odwołującemu legitymacja czynna do skorzystania z ochrony prawnej w ramach postępowania odwoławczego. Jednocześnie uprawdopodobnił on, iż takie działania Zamawiającego mogą narazić go na szkodę mającą swoje źródło w wadliwych, w jego ocenie, czynnościach dokonanych w postępowaniu uniemożliwiających uzyskanie przez niego niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również korespondencję prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia oraz protokół postępowania.

Izba uwzględniła ponadto stanowiska stron złożone ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest wykonanie robót budowlanych obejmujących przebudowę budynku Domu Studenta Nr 1 wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną. W Rozdziale 2 SIWZ zatytułowanym „instrukcja dla wykonawców” w pkt 2.2. (opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał, iż szczegółowo przedmiot zamówienia określa: projekt budowlany, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz inwestorskie przedmiary robót stanowiące integralną część n/n SIWZ.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale 2 SIWZ zatytułowanym „Instrukcja dla wykonawców” wskazał w pkt 2.5. ppkt 8 na str. 5 SIWZ, iż w zakresie potwierdzenia, że oferowane roboty odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego wykonawca składa m.in.: kosztorys ofertowy opracowany metodą kalkulacji uproszczonej. Następnie zostało wskazane, iż kosztorysy uznane zostaną przez Zamawiającego jako niezgodne z SIWZ w przypadku gdy:

a) wykonane zostaną inną metodą;

b) w przypadku nie wpisania przez wykonawcę w pozycji kosztorysu ofertowego żadnej wartości zł (niewypełniona rubryka „wartość”);

c) nie ujęci w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji wyszczególnionych w inwestorskim przedmiarze robót;

d) niezgodności treści kosztorysu ofertowego z treścią inwestorskiego przedmiaru robót.

Kosztorysy uznane zostaną przez Zamawiającego jako zgodne z SIWZ w przypadku gdy wykonawca w rubryce „cena jednostkowa”, „wartość” wpisze 0,00.

W Rozdziale 2 pkt 2.10 SIWZ Zamawiający zawarł następujący opis sposobu obliczania ceny:

1) W formularzu oferty należy podać cenę ofertową brutto, netto oraz kwotę podatku VAT dla całego zamówienia.

2) Cena oferty brutto winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia w tym również wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia oraz uwzględnić wszystkie opłaty i podatki, koszty towarzyszące.

Ponadto w ofercie należy uwzględnić:

- wszelkie roboty -prace pomocnicze i towarzyszące, które są konieczne do prawidłowego wykonania przez wykonawcę robót ujętych w przedmiarze robót, w tym prace pomocnicze i towarzyszące wynikające ze specyfikacji technicznej.

3) Zamawiający nie dopuszcza podania ceny ofertowej i jej elementów w walutach obcych. Cena powinna być podana w polskich jednostkach pieniężnych (złotych polskich i groszach).

4) Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do opisu przedmiotu zamówienia. Wszystkie błędy ujawnione w opisie Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu.

5) Cena oferty powinna uwzględniać również te roboty i materiały, które zdaniem Wykonawcy są niezbędne dla należytego wykonania robót, a nie zostały ujęte przez Zamawiającego. W tym celu Wykonawca może dokonać wizji lokalnej w terminie uzgodnionym z Zamawiającym i przy udziale przedstawiciela Zamawiającego.

6) Cena musi być podana cyfrowo i słownie, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb (zgodnie z § 9 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 maja 2005r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, zaliczkowego zwrotu podatku, zasad wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług – (Dz. U. Nr 95 poz. 798).

W Rozdziale 2 pkt 2.12 SIWZ Zamawiający wskazał, iż kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej będzie najniższa cena (100% cena brutto).

W toku postępowania Zamawiający pismem z dnia 12.11.2013 r. udzielił na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp odpowiedzi na pytania wykonawców odnoszące się do treści SIWZ oraz dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie nr 24 o następującej treści: „Zamawiający w przedmiarach robót budowlanych uwzględnił pozycję nr 67 na wymianę Wymiana stolarki drewnianej na drzwi aluminiowe jednoskrzydłowe z wypełnieniem z paneli o odporności ogniowej EI60 - ilość 4,243 m2, których nie ma w projekcie technicznym załączonym do przetargu przez Zamawiającego. Prosimy o wykreślenie tej pozycji albo wyjaśnienie czego to dotyczy?” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuje, że nie dotyczy to przedmiotowego zakresu.”.

Izba ustaliła, iż publiczne otwarcie ofert miało miejsce w dniu 18.11.2013 r. o godzinie 10.30. (druk – zbiorcze zestawienie ofert) W ramach przedmiotowego postępowania złożono w sumie 12 ofert, w tym ofertę odwołującego Adam K. Usługi Remontowo-Budowlane z najniższą ceną wynoszącą 2.373.331,75 zł brutto.

W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający pismem z dnia 22.11.2013 r. poinformował wykonawców, iż za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Adam K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane Adam K., ul. Baczkowska 21A, 07-130 Łochów z ceną brutto wynoszącą 2.373.331,75 złotych brutto, zaś pozostałe oferty zostały przez Zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 6 ustawy Pzp ze względu na błędy w sporządzeniu kosztorysu ofertowego lub błędy w obliczeniu ceny związane ze stawką podatku od towarów i usług.

Pismem z dnia 28.11.2013 r. wykonawca Korporacja Budowlana DARCO na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp poinformował Zamawiającego o niezgodnych z przepisami czynnościach podjętych w postępowaniu. Wskazał m.in., iż jego oferta została niesłusznie odrzucona z postępowania, jak również podniósł zarzuty wobec oferty wykonawcy Adam K. w zakresie warunków wiedzy i doświadczenia kwestionując zakres robót wykazany w listach referencyjnych. Ponadto wykonawca Korporacja Budowlana DARCO wskazał na rozbieżności kosztorysu ofertowego w ofercie wykonawcy Adam K. w odniesieniu do treści SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 12.12.2013 r. poinformował wszystkich wykonawców, że w związku z wniesieniem w dniu 28.11.2013 r. przez wykonawcę Korporacja Budowlana DARCO informacji o niezgodnej z przepisami czynności podjętej przez Zamawiającego uznał ją w części za zasadną i tym samym unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22.11.2013 r. W powyższym piśmie Zamawiający wskazał m.in., iż w odniesieniu do wykonawcy Usługi Remontowo-Budowlane Adam K. nie potwierdzają się uwagi wykonawcy DARCO w zakresie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż uznał referencje złożone w ofercie wykonawcy Adam K. za właściwe, tj. potwierdzające profesjonalizm i wiarygodność wykonawcy, zaś

odnośnie wartości wskazanej w referencjach wykonawca złożył w tym zakresie wyjaśnienia, co Zamawiający uznał za wystarczające do uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W zakresie niezgodności zestawienia materiałowego z pozycjami w kosztorysie Zamawiający wskazał, iż kwestia ta została wyjaśniona przez wykonawcę Adam K., który wskazał, że zestawienie to zostało dołączone do oferty w sposób niezamierzony. Jak wskazał w dalszej części uzasadnienia zatem po weryfikacji przez komisję przetargową przedłożonych przez wykonawcę Adam K. wyjaśnień oraz po dokonaniu powtórnej oceny ofert Zamawiający uznał zarzuty wysunięte w tym zakresie za niezasadne. Jednakże wskazał, iż oferta wykonawcy Usługi Remontowo-Budowlane Adam K. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadnienie: kosztorys ofertowy na prace budowlane – poz. 67 została uwzględniona wbrew odpowiedzi Zamawiającego z dnia 12.11.2013 r.

Wykonawca Usługi Remontowo-Budowlane Adam K. pismem z dnia 13.12.2013 r. na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp zawiadomił o czynności Zamawiającego podjętej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp wskazując, iż Zamawiający był zobligowany do poprawienia pozycji nr 67 w jego ofercie, czym naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp co skutkowało, w ocenie tego wykonawcy, bezpodstawnym odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji bezpodstawnym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 16.12.2013 r. wykonawca Adam K. poinformował Zamawiającego o wniesieniu niniejszego odwołania – przesyłając jego kopię.

Zamawiający pismem z dnia 17.12.2013 r. poinformował wszystkich wykonawców, że w związku z zawiadomieniem z dnia 13.12.2013 r. przekazanym przez wykonawcę Usługi Remontowo-Budowlane Adam K. o czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp informuje, że:

1. uchyla czynność unieważnienia postępowania z powodu odrzucenia wszystkich ofert;
2. w wyniku przeprowadzenia ponownej oceny ofert unieważnia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. uznaje, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu wskazał, iż Zamawiający w przedmiarach robót uwzględnił pozycję nr 67 na wymianę stolarki drewnianej na drzwi aluminiowe jednoskrzydłowe z wypełnieniem z paneli o odporności ogniowej EI60, których nie ma w projekcie technicznym załączonym przez Zamawiającego do przetargu. Wykonawca prosił o wykreślenie tej pozycji albo wyjaśnienie czego dotyczy. Odpowiedź Zamawiającego z dnia 12.11.2013 r. udzieloną w tym zakresie na pytanie wykonawcy, że „nie dotyczy przedmiotowego zakresu” należy uznać za nieprecyzyjną i lakoniczną. Zamawiający poz. 67 nie wykreślił. Doprowadziło to do sytuacji,

że jeden z wykonawców nie uwzględnił jej w kosztorysie ofertowym. Pozostali wykonawcy wycenili poz. 67, niektórzy na 0 zł. Zamawiający uznaje, że wprowadził wykonawców w błąd. W kosztorysach znalazły się zapisy powodujące istotne zmiany w treści ofert, które nie dają się usunąć. Ponadto, w ocenie Zamawiającego, oferty stały się nieporównywalne. Oznacza to, że postępowanie zostało obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 podlega unieważnieniu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż istniejąca w niniejszym postępowaniu sytuacja faktyczna, stanowiąca w ocenie Zamawiającego podstawę do unieważnienia postępowania ze względu na nieporównywalność cenową ofert, i polegająca na niezgodności pozycji nr 67 kosztorysów ofertowych w ofertach wykonawców z pozycją z przedmiaru robót (po jej wyjaśnieniu) stanowi przykład tego rodzaju niezgodności, która w sposób modelowy wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Omyłka w ofercie Odwołującego odnosząca się do pozycji nr 67 przedmiaru i kosztorysu ofertowego miała nieznaczną wartość oraz dotyczyła niewielkiego elementu przedmiotu zamówienia (pozycji wymiany stolarki drewnianej na drzwi aluminiowe jednoskrzydłowe z wypełnieniem z paneli o odporności ogniowej EI60 o powierzchni 4,243 m<sup>2</sup>) oraz została wywołana niejednoznaczną odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 24 zawartą w piśmie z dnia 12.11.2013 r. Nadto wskazać należy, iż Odwołujący dokonał wyceny tej pozycji, a zatem biorąc pod uwagę stanowisko Zamawiającego aby przywrócić jego ofertę do pełnej zgodności z treścią SIWZ należy pozycję tę usunąć z kosztorysu ofertowego.

Jak słusznie wskazał w toku rozprawy Odwołujący, co również potwierdza uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) - druk sejmowy Nr 471 - wprowadzenie ww. przepisu do systemu zamówień publicznych miało mieć na celu konwalidację ofert obarczonych nieistotnymi omyłkami. W ww. uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy Pzp wskazano, iż: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania*

*oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”.*

W tym miejscu Izba uznała za zasadne sięgnięcie do samego źródła tej normy prawnej i stanowiska Trybunału Sprawiedliwości UE w tym zakresie. Jak bowiem wynika z wyroku z dnia 29 marca 2010 r. (sygn. akt C-599/10) w sprawie SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l’Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA v. Úrad pre verejné obstarávanie (orzeczenie wstępne - LEX nr 1332284) „Art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie, by w ustawodawstwie krajowym w drodze wyjątku dane oferty składane w trakcie procedury przetargu ograniczonego 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.”.

Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, winna być obligatoryjnie poprzedzona zastosowaniem instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dopiero brak zgody na dokonanie poprawki w odniesieniu do pozycji nr 67 kosztorysu ofertowego mógłby poskutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeżeli zatem tylko brak zgody na dokonanie poprawy wzmiankowanej wyżej omyłki mógł skutkować odrzuceniem oferty, to przy braku takiego sprzeciwu winno dojść do wyboru

oferty najkorzystniejszej i udzieleniu zamówienia – bez konieczności unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż dokonana przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania, niezależnie od jej podstaw prawnych i faktycznych, była nieprawidłowa, gdyż w ramach przedmiotowego postępowania istnieje przynajmniej jedna oferta, która przy zastosowaniu obligatoryjnej instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest ofertą ważną i winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Jak wskazał w toku rozprawy Odwołujący wówczas zostanie osiągnięty cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dojdzie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, iż przy niezmiennych okolicznościach faktycznych w ramach niniejszego postępowania doszło do przyobleczenia istniejącego stanu faktycznego w nową podstawę prawną unieważnienia postępowania bez jakiegokolwiek wskazania, iż doszło do analizy tego stanu i uznania, iż jego poprzednia identyfikacja była nieprawidłowa lub doszło do odmiennej oceny okoliczności faktycznych. Trudno wszakże doszukać się w działaniach Zamawiającego jakiegokolwiek powtórnej identyfikacji tego stanu mającej na celu doszukanie się jego właściwego znaczenia i wyciągnięcia z tej analizy jakichkolwiek nowych konsekwencji – adekwatnych do odmiennie zidentyfikowanych. Wszakże nieporównywalność cenowa ofert, na którą powołał się Zamawiający w odniesieniu do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest nie czym innym jak uznaniem, iż w ramach danego postępowania doszło do wyceny odmiennego zakresu przedmiotowego, który w niniejszym stanie faktycznym sprowadzić należy do pominięcia lub uwzględniania rzeczonyj pozycji nr 67 kosztorysu ofertowego, która to rozbieżność winna zostać przez Zamawiającego doprowadzona do zgodności z treścią SIWZ z zastosowaniem instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem zastosowanie powyższej instytucji czyni drugą ze wskazanych przez Zamawiającego przesłanek unieważnienia bezpodstawną, gdyż odpada jeden z elementów jej hipotezy, tj. konieczność aby wada postępowania była nieusuwalna.

Wskazać należy ponadto, iż trudno w niniejszych okolicznościach faktycznych mówić o wyeliminowaniu zaskarżonej czynności z obiegu prawnego. W ocenie Izby doszło raczej do wskazania dodatkowej przesłanki prawnej uzasadniającej, w ocenie Zamawiającego, unieważnienie postępowania. Wszakże, jak wyżej wskazano, nie doszło do żadnej powtórnej analizy istniejącego stanu faktycznego mogącego wskazywać na konieczność konwalidacji dotychczasowych czynności, tj. zamawiający nie dokonał żadnej nowej subsumcji istniejącego i powtórnie ocenionego stanu faktycznego – a jedynie mając



na względzie okoliczności, iż na mocy treści art. 180 ust. 2 pkt 1 - 4 ustawy Pzp zaskarżenie samej czynności unieważnienia postępowania jest niedopuszczalne, zmienił podstawę prawną swojej decyzji i uniemożliwił *de facto* wzruszenie tej samej czynności w drodze środków ochrony prawnej. Wszakże podstaw do unieważnienia postępowania Zamawiający upatruje w tych samych okolicznościach faktycznych – nadając im jedynie inny sens i wydźwięk formalny. Wskazał on bowiem w odpowiedzi na odwołanie oraz konsekwentnie argumentował na etapie rozprawy, iż: *„(...) znajdujących się w ofercie Odwołującego błędów nie można uznać za inną omyłkę podlegającą poprawieniu, gdyż wykonawcy zmiany w kosztorysie dokonali w sposób świadomy uwzględniający niepoprawne wyjaśnienia Zamawiającego.”*. Zatem Zamawiający nadal stoi na stanowisku, iż brak jest możliwości poprawienia omyłki odnoszącej się do poz. 67 przedmiaru robót, z którym to stanowiskiem Izba w niniejszym składzie się nie zgadza. Izba wskazuje, iż nie sposób wykazać, iż wykonawcy którzy wycenili i ujęli pozycję 67 kosztorysu ofertowego w swoich ofertach działali świadomie. Z założenia każdy z wykonawców składając oświadczenie woli w postaci oferty ma na celu uzyskanie zamówienia i tym samym czyni starania aby złożona przez niego oferta była zgodna z wymaganiami podmiotu zamawiającego. W tym miejscu Izba w niniejszym składzie w całej rozciągłości zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 5 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 665/13), w którego uzasadnieniu prawnym zostało wskazane, iż: *„W zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z SIWZ, co w praktyce jest niezwykle trudno wykazać. Natomiast brak podstaw, aby nie uznawać za omyłkowe złożenie oświadczenia woli na skutek błędnego wyobrażenia wykonawcy o treści SIWZ, chyba że wykonawca będzie obstawiał przy swoim rozumieniu treści SIWZ.”*

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może być wynikiem zarówno nieprawidłowej identyfikacji samego zakresu zamówienia, jak również interpretacji wyjaśnień dokonanych przez podmiot zamawiający – wystarczy zatem, że nie będzie to celowe działanie wykonawcy, lecz będzie to czynność niezamierzona. Nie sposób zatem uznać, jak twierdzi Zamawiający, iż wprowadzenie przez tego ostatniego wykonawców w błąd powoduje, że niezgodności te tracą przymiot omyłek na skutek „świadomego działania wykonawców pod wpływem błędu wywołanego niepoprawnymi wyjaśnieniami”. Tego rodzaju argumentacja powodowałaby, iż mielibyśmy do czynienia z zupełnie nowym pojęciem „świadomego działania pod wpływem błędu” – co trudno sobie wyobrazić odnosząc tego rodzaju konstrukcję semantyczną do Działu IV ustawy Kodeks cywilny zatytułowanego „Wady oświadczenia woli” i wypracowanego w odniesieniu do zawartych tam przepisów stanowiska orzecznictwa i doktryny.

Wobec powyższego tylko świadome działanie wykonawcy powoduje, że nie mamy do czynienia z omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tak też wskazał w uzasadnieniu prawnym wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. Sąd Okręgowy w Krakowie (sygn. akt XII GA 429/09), gdzie czytamy, iż: *„Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”.*

Nieporównywalność cenowa ofert, na którą powołuje się Zamawiający w ramach nowej przesłanki unieważnienia postępowania, jest bowiem skutkiem niezgodności oferty Odwołującego i innych wykonawców z treścią SIWZ, gdyż dokonali oni w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego odmienną wycenę pozycji nr 67 kosztorysu ofertowego lub nie uwzględnili tej pozycji w ogóle w złożonej ofercie. Skutek jednak w obu przypadkach (dla przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Pzp) jest analogiczny – zaniechanie przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp prowadzi do jej odrzucenia i w konsekwencji zaniechania jej wyboru jako najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania pomimo niewskazania jakichkolwiek racjonalnych podstaw eliminacji ofert wykonawców z postępowania. Zamawiający posiłkując się, wypracowaną przez doktrynę i orzecznictwo, zasadą porównywalności cenowej ofert doszukuje się nieusuwalnej wady samego postępowania – nie wskazując jednak na czym wada ta miałaby polegać i pomijając okoliczność, iż jej usuwalność jest możliwa w oparciu o instytucje funkcjonujące w ustawie Pzp.

Mając na uwadze treść przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przedmiotem zaskarżenia w drodze środków ochrony prawnej jest czynność podmiotu zamawiającego, zaś samo wskazanie zarzutów (czyli *de facto* wzorców kontroli mających na celu ocenę zgodności z prawem kwestionowanej czynności) jest wymogiem formalnym odwołania zakreślającym granice zaskarżenia. Tym samym nawet ewentualne zaniechanie uczynienia zadość dla tego wymogu nie konwaliduje w żaden sposób wadliwie dokonanej czynności podmiotu zamawiającego. Istnienie sporu pomiędzy stronami, a więc popieranie przez odwołującego odwołania przy jednoczesnym wniosku zamawiającego o jego oddalenie powoduje konieczność wydania merytorycznego rozstrzygnięcia i oceny zaistniałego stanu faktycznego.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, co doprowadziło do uznania, iż modyfikacja czynności zamawiającego była czynnością pozorną i polegającą jedynie na zmianie kwalifikacji prawnej dla niezmienionego stanu faktycznego i bez jakichkolwiek

merytorycznych podstaw dla jego odmiennej oceny, zaś co do formalnej poprawności subsumcji określonych faktów nie ulega wątpliwości, iż kwalifikacja zaistniałego stanu faktycznego pod normę prawną wyrażoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest podyktowana tylko i wyłącznie przyjętą przez Zamawiającego taktyką procesową. Tym samym może być ona uznana jedynie jako wskazanie dodatkowej przesłanki unieważnienia postępowania przy przyjęciu tej samej podstawy faktycznej, tj. nieporównywalności cenowej ofert spowodowanej rozbieżnościami w identyfikacji przez poszczególnych wykonawców zakresu świadczenia, która to rozbieżność ma swoje źródło dla niektórych ofert w niezgodności ich treści z treścią SIWZ. Wszakże jeżeli Zamawiający przyjął, iż zakres ujęty w poz. 67 kosztorysu ofertowego winien być pominięty przez wykonawców, to tylko jego ujęcie w kosztorysie i wycena wymusza konieczność zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Działanie takie, tj. samoistna zmiana przez Zamawiającego po wniesieniu środka ochrony prawnej zaskarżonych czynności w taki sposób, iż stają się one niezaskarżalne w postępowaniach poniżej progów, bez uwzględnienia zarzutów wniesionego już odwołania, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i winno być ocenione w kontekście normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 5 ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp, tj. jako nadużycie prawa podmiotowego.

Wskazać należy, iż w momencie wniesienia przedmiotowego odwołania przedmiotem zaskarżenia była czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i tym samym jego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z przekazaniem Zamawiającemu zawiadomieniem i wniesionym odwołaniem ten ostatni *de facto* zmienił kwalifikację prawną unieważnienia postępowania na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w oparciu o niezmienny stan faktyczny. Mając na uwadze powyższe to dokonana w dniu 12.12.2013 r. czynność jest czynnością zaskarżoną i podlegającą wzruszeniu w ramach przedmiotowego odwołania. Tym samym Izba mając na uwadze wskazaną wyżej argumentację uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby niezależnie od wskazanej przez Zamawiającego podstawy prawnej unieważnienia postępowania skutkiem stwierdzonych naruszeń było wadliwe jego unieważnienie, co miało wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę wskazane wyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp doszło również w niniejszym postępowaniu do naruszenia naczelných zasad postępowania wyrażonych w treści przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....