

Sygn. akt: KIO 757/12

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r. przez **Daniela Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany Krupiński Jan w Grudziądzu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Gminę Nidzica**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Daniela Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany Krupiński Jan w Grudziądzu, dokonanie powtórnej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym poprawienie omyłek w ofercie odwołującego przez uzupełnienie kosztorysu ofertowego odwołującego o brakujące numery pozycji Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Nidzica**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Daniela Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany Krupiński Jan w Grudziądzu** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Gminy Nidzica** na rzecz **Daniela Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany Krupiński Jan w Grudziądzu** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Nidzica (dalej: „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie roboty budowlanej pn. „Nidzica, zamek (XIV w): remont części dachu zamku w Nidzicy wraz z wymianą instalacji odgromowej”

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 marca 2012 r., nr ogłoszenia: 60105 – 2012.

Informacja o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Daniela Krupińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany Krupiński Jan w Grudziądzu (dalej „odwołujący”) oraz o unieważnieniu postępowania została przekazana przez zamawiającego odwołującemu pocztą elektroniczną 10 kwietnia 2012 r. Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Prezes Izby”) zostało wniesione 26 kwietnia 2012 r. (kopię odwołania przekazano zamawiającemu 16 kwietnia 2012 r. – wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie wniesiono od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez co zamawiający naruszył:

- art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niewezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepoprawienie nieistotnej omyłki w treści oferty odwołującego się;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego za treść rzekomo nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), czego potwierdzeniem ma być brak pozycji specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej: „STWiORB”) w kosztorysie ofertowym;

- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania z pominięciem czynności poprawienia nieistotnej omyłki w treści oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i uznania oferty odwołującego za ważną;
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, czego przejawem jest uznanie oferty odwołującego za nieważną i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia bez podstawy prawnej i faktycznej.

Uwzględniając powyższe wniesiono o:

- anulowanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się;
- poprawienie w ofercie odwołującego się innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, powtórzenie oceny ofert ważnych oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem odwołującego się.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty w piśmie z 10 kwietnia 2012 r. zamawiający wskazał, iż kosztorys ofertowy jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego, ponieważ „Wykonawca pominął w kosztorysie ofertowym pozycje dotyczące STWiORB”, przez co treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz. Odwołujący nie zgadza się z zamawiającym, co do oceny złożonej przez siebie oferty. Odwołujący zauważył, że w odniesieniu do kosztorysu ofertowego (kosztorys uproszczony) zamawiający wymagał, aby został sporządzony i załączony do oferty zgodnie z przedmiarem stanowiącym załącznik nr 3 do siwz (dział IX pkt 4 siwz). Jednocześnie zamawiający ustalił, że „obowiązującą formą wynagrodzenia zgodnie z kosztorysem ofertowym Wykonawcy będzie wynagrodzenie na podstawie obmiaru wykonawczego”, a „Wykonawca po kalkulacji własnej poszczególnych pozycji zawartych w przedmiarze robót (załącznik nr 3 do SIWZ) wstawia cenę jednostkową (netto) do danej pozycji tabeli, następnie oblicza wartość pozycji wymnażając obmiar przez wstawioną cenę jednostkową (netto). Obliczone wartości pozycji należy zsumować i wartość netto przenieść do oferty (...). Formularz kosztorysu ofertowego musi być obliczony z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku nie zastosowania się do w/w zaleceń Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp” (dział X - opis sposobu obliczenia ceny). W dalszej części siwz zamawiający postawił wymóg, iż „Wykonawca, który wygra przetarg, w dniu podpisania umowy zobowiązany jest: (...) dostarczyć Zamawiającemu 2 egz. szczegółowego kosztorysu ofertowego odpowiadającego uproszczonemu kosztorysowi ofertowemu załączonemu do oferty, z wyszczególnionymi kosztami realizacji

netto i brutto zadania. Kosztorys ten musi zawierać: stronę tytułową, przedmiar robót, kalkulację szczegółową zastosowanych cen jednostkowych, tabelę elementów scalonych oraz w załączniku - dla analiz indywidualnych i analogii - kalkulację szczegółową cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem” (dział XIV pkt 6 punkt drugi siwz). Dnia 28 marca 2012 r. zamawiający dokonał zmiany treści siwz polegającej na wprowadzeniu załącznika nr 3a do siwz- „Uzupełnienie przedmiaru robót”, który rozszerzał załącznik nr 3 o dodatkowe pozycje.

Odwołujący stwierdził, że sporządził kosztorys ofertowy zgodnie z wytycznymi zawartymi w siwz i uzupełnieniem zamawiającego z dnia 28 marca 2012, nie zmieniając układu kolumn i ich zawartości, ani też nie zmieniając ilości przedmiarowych i podstaw do wyceny. Faktem jest, że odwołujący nie wyszczególnił w kosztorysie ofertowym numerów specyfikacji technicznej (STWiORB). Jednak wszystkie pozycje przedmiaru robót zostały wycenione zgodnie z ich zakresem i ilościami, przy uwzględnieniu prawidłowych podstaw wyceny. Tak więc kosztorys ofertowy obejmuje cały przedmiot zamówienia opisany w siwz i załącznikach do niej, a zamawiający jest w stanie ustalić prawidłową treść oświadczenia woli w ofercie odwołującego.

Zdaniem odwołującego nie może utrzymać się twierdzenie zamawiającego, że brak wyszczególnienia w kosztorysie ofertowym numeru specyfikacji technicznej (STWiORB), czy też rzekome opracowanie kosztorysu ofertowego niezgodnie z wzorem zamieszczonym w siwz, powoduje niezgodność oferty z treścią siwz. Zamawiający, nie mając pewności co do treści złożonej oferty, mógł skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 87 ust. 1 Pzp, czego nie uczynił. W przypadku, gdyby zamawiający skorzystał z tego uprawnienia z pewnością uzyskałby od odwołującego wyjaśnienie umożliwiające poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez dopisanie w kosztorysie ofertowym brakujących numerów STWiORB. Jednakże nawet, gdyby zamawiający nie skorzystał z tego uprawnienia, to ciąży na nim obowiązek wypełnienia postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dalej wskazuje, że pojęcie „istotności” zmiany treści oferty nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ani w żadnym innym przepisie Pzp. Zatem, zdaniem odwołującego, „istotne zmiany” należy odnosić do całości treści oferty i interpretować je biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania, z uwzględnieniem wszystkich podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego. Analiza orzecznictwa Izby pozwala na stwierdzenie, że artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wprowadzony został w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń i opuszczeń. Odwołujący podkreślił, że złożona przez niego oferta jest kompletna, zawiera wszystkie wymagane

dokumenty - w tym kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z przedmiarem robót (nie zawiera braków w pozycji kosztorysowej i braków podania ceny jednostkowej, zawiera poprawne ilości robót i poprawne podstawy wyceny robót). Odwołujący nie zaprzecza, że jego kosztorys ofertowy nie zawiera numerów STWiORB, co jest jednak jedyną „niezgodnością” z treścią siwz, potwierdza to również sam zamawiający w piśmie z 10 kwietnia 2012 - „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania”. Odwołujący wskazał, iż zapisywanie numeru STWiORB w kosztorysie ofertowym nie ma absolutnie żadnego wpływu na cenę, którą zamawiający stawia jako jedyny element wyboru oferty, i nie służy również do porównywania ofert przez zamawiającego. Poprawienie oferty odwołującego, poprzez dopisanie przez zamawiającego (zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) w kosztorysie ofertowym brakujących numerów STWiORB nie powoduje żadnej zmiany ceny ofertowej i nie wpływa na treść złożonej oferty (nie jest istotne dla treści oferty), co stanowi o tym, że nie ma żadnych przeszkód prawnych i faktycznych do uznania, że brak numerów STWiORB w kosztorysie ofertowym stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz, nie powodującą zmian w treści oferty. W tych okolicznościach odwołujący wyraził pogląd, iż brak jest podstaw do uznania, iż jego oferta, w zakresie kosztorysu ofertowego, pozostaje w sprzeczności z postanowieniami siwz i brak jest podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z czym zamawiający naruszył oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

Jako istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania należy powołać następujące postanowienia siwz:

- przedmiot zamówienia stanowi remont części dachu zamku w Nidzicy wraz z wymianą instalacji odgromowej; szczegółowy zakres i sposób wykonania przedmiotu zamówienia przedstawiają projekt budowlano – wykonawczy (załącznik 1 do siwz) wraz z decyzją pozwolenia na budowę, przedmiar robót (załącznik 3 do siwz), SPWiORB (załącznik 2 do siwz), projekt umowy (załącznik 4 do siwz); roboty muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz na ustalonych w umowie warunkach (dział II siwz – opis przedmiotu zamówienia oraz § 1 ust. 1 i 2 załącznika 4 do siwz - projekt umowy);
- załącznik 3 oraz 3a do siwz (przedmiar robót) w kolumnie 3 wskazywał pozycję STWiODR (tytuł kolumny „Specyfikacja Techniczna”); w pozostałych kolumnach wymieniał liczbę porządkową (kolumna 1), podstawę wyceny (kolumna 2), opis i wyliczenia (kolumna 4), jednostkę miary (kolumna 5), ilość (kolumna 6), cenę jednostkową (kolumna 7) oraz wartość (kolumna 8); dwie ostatnie kolumny pozostały do wypełnienia przez wykonawcę;

- na ofertę składa się m.in. kosztorys ofertowy, który należy sporządzić i załączyć do oferty zgodnie z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do siwz (dział IX pkt 4 siwz – opis sposobu przygotowania ofert; zwrot kosztów uczestnictwa w postępowaniu);
- cena musi uwzględniać wszystkie wymagania siwz oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia; obowiązującą formą wynagrodzenia zgodnie z kosztorysem ofertowym wykonawcy będzie wynagrodzenie na podstawie obmiaru powykonawczego (dział X siwz - opis sposobu obliczenia ceny);
- wynagrodzenie zgodnie z siwz oraz wybraną ofertą będzie ustalane na podstawie obmiaru powykonawczego (§ 7 ust. 1 załącznika 4 do siwz – projekt umowy).

Dnia 28 marca 2012 r. zamawiający dokonał zmiany treści siwz polegającej na wprowadzeniu załącznika nr 3a do siwz - „Uzupełnienie przedmiaru robót”, który rozszerzał załącznik nr 3 o dodatkowe pięć pozycji dotyczących wymiany pokrycia dachowego krużganków wraz z remontem konstrukcji dachowej krużganków.

Oferty złożyło 11 wykonawców, w tym odwołujący (pkt 9 protokołu postępowania: druk ZP – PN). Odwołujący załączył do oferty kosztorys uproszczony (k. 4 – 8 oferty) oferując realizację zamówienia za cenę netto 546 783,88 zł (k. 2 oferty – formularz oferty wykonawcy). Nie jest sporne, że wycenił wszystkie pozycje wymagane w przedmiarze robót, prawidłowo je opisał, podał właściwe ilości oraz jednostki miary. Pomiął w części pozycji kosztorysu ofertowego kolumnę 3 przedmiaru robót, tj. nie podał pozycji STWiORB. Zamawiający nie wyjaśniał treści oferty odwołującego ani nie poprawiał w niej omyłek.

Zamawiający pismem z 10 kwietnia 2012 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu wyjaśnił, że w dziale IX ust. 4 siwz żądał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego zgodnie z przedmiarem stanowiącym załącznik 3 do siwz. Zamawiający dokonał zmiany siwz uzupełniając przedmiar robót o załącznik 3a do siwz zobowiązując wykonawców do uwzględnienia dokonanych zmian w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty. Zamawiający wskazał, że różnica pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót jest taka, że odwołujący „pomiął w kosztorysie ofertowym pozycje dotyczące STWiORB”. W konsekwencji zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż jej treść nie odpowiada treści siwz. Jednocześnie, wobec stwierdzenia, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W toku rozprawy strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba rozpoznała zarzuty odwołania odnoszące się do okoliczności faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego powołanych przez zamawiającego w piśmie z 10 kwietnia 2012 r. Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W okolicznościach faktycznych sporu niezbędne jest ustalenie, czy zamawiający stwierdzone w treści oferty odwołującego (pominięcie w części pozycji kosztorysu ofertowego numerów pozycji STWiORB) niezgodności z treścią siwz (przedmiary robót) zobowiązany był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czy też prawidłowo postąpił odrzucając ofertę odwołującego z powodu okoliczności wymienionych w piśmie z 10 kwietnia 2012 r.

Zważywszy tak zarysowany przedmiot sporu, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie uznając, iż zamawiający w okolicznościach sprawy był zobowiązany do dokonania poprawy oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez uzupełnienie pominiętych numerów pozycji STWiORB.

Za pierwszorzędne Izba uważa podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu

przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...). Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok z dnia KIO 1514/11 z dnia 29 lipca 2011 r.).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11). Dodać trzeba, że weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby

wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11).

Zamiarem ustawodawcy w zakresie komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...). 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.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezgodność treści oferty z treścią siwz, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z siwz ma charakter omyłki oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Niewątpliwie, zważywszy, że wynagrodzenie przewidziane przez zamawiającego ma charakter kosztorysowy, treść kosztorysu stanowi treść oferty (oświadczenie woli wykonawcy w rozumieniu kodeksu cywilnego). STWiORB opisuje przedmiot zamówienia, co wynika nie tylko z treści siwz, ale także wprost z art. 31 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz STWiORB. § 12 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072) wskazuje, że specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. Zamawiający zobowiązany jest dla każdej pozycji przedmiaru robót podać m.in. numer STWiORB, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru (§ 10 ust. 1 pkt 3 cytowanego rozporządzenia). Zatem pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji STWiORB powinno być przez zamawiającego co najmniej wyjaśnione na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający niewątpliwie jednak był także uprawniony, aby dokonać poprawy stwierdzonej w tym zakresie niezgodności, przez dopisanie adekwatnych numerów pozycji STWiORB do kosztorysu ofertowego odwołującego, w szczególności, że – jak oświadczył na rozprawie – dane zawarte w kosztorysie ofertowym odwołującego umożliwiły mu samodzielne przyporządkowanie, do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, pominiętych numerów pozycji STWiORB (zamawiający jest w stanie ustalić prawidłową treść oświadczenia woli (oferty) odwołującego). Taka ingerencja w treść oferty pozostawałaby bez wpływu na cenę poszczególnych pozycji kosztorysowych, ich ilość i opis. Wszystkie pozycje przedmiaru robót zostały wycenione zgodnie z ich zakresem i ilościami, przy uwzględnieniu prawidłowych podstaw wyceny. Stanowiłaby tylko uzupełniające doprecyzowanie, że wykonawca wyceniając i realizując przedmiot zamówienia, będzie uwzględniał treść odpowiednich postanowień STWiORB, tym samym dokonanie omawianych korekt w kosztorysie ofertowym odwołującego nie stanowi istotnej ingerencji w treść oferty. Za przedstawionym poglądem przemawia fakt, iż celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z siwz. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z siwz. Co więcej, zważywszy, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wykonawca zobowiązany jest do oddania przewidzianego w umowie obiektu (§ 1 projektu umowy – załącznik nr 4 do siwz), wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej (art.

647 kc). Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy, a zamawiający zobowiązany jest projekt wykonawcy dostarczyć (art. 647 i 648 kc § 2 kc). Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i STWiORB i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Z oferty odwołującego nie wynika, aby miał wolę realizowania umowy niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Izba nie oceniła stwierdzonych w kosztorysie ofertowym odwołującego omyłek jako „istotne”. W tej kwestii Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), że kwalifikator „istotnych zmian” „należy odnosić do całości treści oferty (...) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. Dalej Sąd wyjaśnił, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”. Izba podkreśla, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11).

W konsekwencji w stanie faktycznym sprawy ustosunkowując się do pominięcia przez odwołującego w kosztorysie ofertowym kolumny z numerami pozycji STWiORB, zważywszy, że treść kosztorysu jednoznacznie wskazuje na ceny jednostkowe odnoszące się do prawidłowo opisanych pozycji z przedmiaru robót i ich ilości, niewątpliwie poprawienie stwierdzonych niezgodności nie stanowi o istotnej ingerencji w treść oferty odwołującego. Zatem niedoskonałości w treści oferty odwołującego uznać należało za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym (brak jakiegokolwiek wpływu na cenę ofertową).

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający, gdy zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej treści. Zamawiający niezasadnie także zaniechał poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym

odwołującego uchybiając art. 87 ust. ust. 2 pkt 3 Pzp. Powyższe wskazuje na wadliwe zastosowanie w stosunku do oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nieuzasadnione odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z treścią siwz, co uzasadnia także trafność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Konsekwencją stwierdzonych naruszeń jest nakazanie zamawiającemu poprawienia oferty odwołującego przez uzupełnienie kosztorysu ofertowego o brakujące numery pozycji STWiORB, a następnie zawiadomienie go o dokonanych korektach. Odrzucenie oferty będzie dopuszczalne, gdy odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłek (art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Zamawiający, wobec stwierdzenia, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zważywszy, że zarzuty odwołania dotyczące bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego potwierdziły się, także i czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp nie może się ostać i winna zostać przez zamawiającego unieważniona.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli 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).

Przewodniczący:

.....