

Sygn. akt: KIO 1411/17

**WYROK**  
**z dnia 31 lipca 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 r. przez wykonawcę **A.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.O. A.D. ((...))** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Gmina Nidzica (Pl. Wolności 1, 13-100 Nidzica)**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **J. Sp. z o.o., ((...))** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Wykonawcę A.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.O. A.D. ((...))**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - Wykonawcę **A.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.O. A.D. ((...))** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 1411/17

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Nidzica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych, pod nazwą „Zachowanie dziedzictwa kulturowego poprzez przebudowę parku nad jeziorkiem”, w którym Zamawiającym jest Gmina Miasta Nidzica. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 maja 2017 roku pod pozycją 505229-2017.

Odwołujący A.D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą U.O. A.D. wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, poprzez niezastosowanie wobec oferty Odwołującego procedury, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a także poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo, że oferta nie powinna ulec odrzuceniu, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż oferta Odwołującego jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, podczas, gdy zastosowanie instytucji, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego, prowadziłoby do wniosku, że oferta Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie i nie dokonanie w ofercie Odwołującego poprawki innej omyłki tj. omyłki w pozycji 48d.3 w kosztorysie Odwołującego, która to omyłka polegała na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodowała istotnych zmian w treści oferty Odwołującego, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie, to jest nie skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas, gdy bez wyjaśnień Odwołującego, nie można było prawidłowo wybrać jednego spośród dwóch rozwiązań, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ustawy Pzp - poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta nie przedstawiała najkorzystniejszego bilansu kryterium ceny i kryterium okresu gwarancji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu zastosowania w stosunku do oferty Odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to jest dokonanie poprawki w ofercie Odwołującego innej omyłki, a następnie skorzystanie z instytucji opisanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, na kazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

Odwołującego, i kwoty -516,52 zł tytułem zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, 79,00zł tytułem zwrotu opłaty za nadanie przesyłki zawierającej odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą firmy kurierskiej, -17,00 zł tytułem zwrotu kosztów poniesionej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący w kosztorysie w pozycji 48d.3 „*dostawa i montaż urządzeń fitness*” wpisał w rubryce dotyczącej jednostki miary 1 komplet, zaś stosownie do wymagań Zamawiającego określonych w przedmiarze robót - ilość urządzeń w tej pozycji to 11 kompletów.

Zamawiający wskazał, że nie dokonał poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż przedmiotowa pozycja kosztorysu istotnie wpływa na sposób spełnienia świadczenia. Błąd w ilości kompletów jest znaczący i istotnie odbiega od warunków udzielanego zamówienia tzn.; że oferta jest bezwzględnie sprzeczna z wymaganiami Zamawiającego i nie można wówczas potraktować tej pozycji jako omyłkę, którą można poprawić.

Powyższe zdaniem Zamawiającego, spowodowałyby zmianę pozycji Odwołującego w rankingu cenowym ofert. Przemnażając prawidłową ilość kompletów urządzeń (tj. 11) przez zaoferowaną cenę jednostkową wskazaną w tej pozycji skutkowałoby to znaczącym wzrostem ceny ogółem brutto z ceny 2.405.513,16 zł brutto na cenę 2.757.407,43 zł brutto (11x28.609,29=314.702,19 zł netto), co w konsekwencji stanowi istotną zmianę treści oferty.

Odwołujący nie zgodził się z oceną Zamawiającego. Jego zdaniem, Zamawiający dokonał czynności odrzucenia jego oferty z postępowania w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, przez co naruszył podstawową zasadę prawa zamówień publicznych to jest zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący przyznał, że jego oferta w kosztorysie w pozycji 48d.3 jest niezgodna z przedmiarem robót, jednakże Zamawiający odrzucając jego ofertę, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zaniechał zastosowania procedury tam określonej - „*z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*”, czyli zaniechał dokonania w ofercie poprawek, innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli te poprawki nie spowodują istotnych zmian w treści oferty.

Ponadto Zamawiający nie zastosował zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia niniejszego postępowania przetargowego. W Rozdziale XVI punkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał wyraźnie, iż „poprawi w ofercie oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych

poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty zgodnie z postanowieniami art. 87 ustawy, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę; którego oferta została poprawiona.

Zdaniem Odwołującego właśnie wystąpienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wystąpiło w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący wskazał, że inne omyłki, powinny mieć taki charakter, aby Zamawiający mógł dokonać ich poprawy samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. „Oczywistość” pomyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie może pochodzić od wyjaśnień wykonawcy, uzyskanych przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w przedmiarach robót wyraźnie wskazał, że ilość kompletów fitness to 11. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że w pozycji 48d.3 kosztorysu Odwołującego, powinna się znaleźć zamiast omyłkowo przyjętej przez Odwołującego liczby „1” liczba „11” i tak też poprawić omyłkę.

Odwołujący argumentował, że „dokonując poprawy kosztorysu w ofercie Odwołującego, i wpisując w miejsce liczby „1” liczbę „11” kompletów, Zamawiający powinien następnie poinformować Odwołującego o dokonanej zmianie, wskazując, że może się on na taką zmianę nie zgodzić. Jednocześnie, po dokonaniu takiej zmiany, Zamawiający powinien powziąć pytanie: czy kwota 28.609,29 zł wskazana w kolumnie 6 pod nazwą cena i ta sama kwota 28.609,29 zł wskazana w kolumnie 7 pod nazwą wartość, jest ceną jednostkową za 1 sztukę kompletu urządzeń fitness czy też jest to cena za 11 kompletów urządzeń fitness”.

Z takim pytaniem, zdaniem Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien wystąpić do Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie dokonując poprawki innej omyłki, a następnie nie występując o wyjaśnienia ze strony Wykonawcy, na podstawie własnego domniemania przyjął, że kwota ta jest ceną za jeden komplet fitness, do którego to rozstrzygnięcia, nie miał faktycznych podstaw, wynikających z treści oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że istnieją znaczne różnice w podanych przez innych Wykonawców cenach kompletów fitness, tak jednostkowych, jak i łącznych za 11 kompletów, a także, że średnia jednostkowa cena 1 kompletu fitness, wynikająca z cen przedstawionych w ofertach pozostałych trzech wykonawców wynosi 9.743,33 zł. Zdaniem Odwołującego ta okoliczność powinna skłonić Zamawiającego do wyjaśnienia tej kwestii w odniesieniu do Odwołującego, zamiast arbitralnego przyjęcia, że kwota 28.609,29 zł jest kwotą za 1 komplet urządzeń fitness. Zdaniem Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wymagał (zgodnie z treścią SIWZ – rozdział XIV ust. 1), aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ. Wymóg ten oznacza, że złożona oferta powinna uwzględniać m.in. wymagania Zamawiającego dotyczące sposobu obliczenia ceny. Opis sposobu obliczenia ceny zamieszczony został w rozdziale XVI SIWZ. Zgodnie z wymogami postawionymi w tym rozdziale SIWZ, wykonawcy mieli obowiązek wskazać cenę w formularzu oferty wg załącznika nr 1 do SIWZ, a cena ta miała być wyliczona w kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiarów robót.

Odwołujący w kosztorysie w pozycji 48d.3 „*dostawa i montaż urządzeń fitness*”, wpisał w rubryce dotyczącej jednostki miary jeden komplet, zaś stosownie do wymagań Zamawiającego określonych w przedmiarze robót, ilość zaoferowanych urządzeń w tej pozycji powinna wynosić 11 kompletów.

Odwołujący przyznał, że jego oferta w kosztorysie w pozycji 48d.3 jest niezgodna z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien najpierw poprawić ilość oferowanych przez Odwołującego urządzeń z jednego urządzenia na jedenaście urządzeń, a po dokonaniu takiej zmiany, Zamawiający powinien zadać Odwołującemu pytanie: „czy kwota 28.609,29 zł wskazana w kolumnie 6 pod nazwą cena i ta sama kwota 28.609,29 zł wskazana w kolumnie 7 pod nazwą wartość, jest ceną jednostkową za 1 sztukę kompletu urządzeń fitness czy też jest to cena za 11 kompletów urządzeń fitness”. Z takim pytaniem, zdaniem Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powinien wystąpić do Odwołującego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że w pozycji 48d.3 kosztorysu Odwołującego, powinna się znaleźć zamiast omyłkowo przyjętej przez Odwołującego liczby „1”, liczba „11 ” i tak też poprawić omyłkę.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby, Odwołujący trafnie wskazał, że inne omyłki powinny mieć taki charakter, aby Zamawiający mógł dokonać ich poprawy samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. „Oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie samej treści oferty.

Nawet gdyby uznać, że Zamawiający był uprawniony do dokonania poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. do dokonania zmiany liczby oferowanych urządzeń z jednego na jedenaście, to w ocenie Izby brak jest jakichkolwiek podstaw do dokonywania zmiany w zakresie ceny określonej przez Odwołującego. Jak trafnie zauważył sam Odwołujący, „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty. W niniejszym postępowaniu brak jest w treści oferty Odwołującego informacji co do ceny za jeden komplet urządzeń fitness i co do ceny za jedenaście kompletów tych urządzeń. Skoro nie jest możliwe ustalenie takiej informacji na podstawie oferty, to tym samym ewentualna omyłka w ofercie traci przymiot oczywistości. W konsekwencji, nie jest możliwe dokonanie poprawienia oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawowe znaczenie ma fakt, że Zamawiający nie ma żadnej wiedzy, w jaki sposób poprawić omyłkę, co wyklucza możliwość, aby te omyłkę uznać za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano wyżej, istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie za treść wpisaną błędnie, możliwe jest bez konieczności występowania o informacje w tym zakresie do wykonawcy. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający musiałby wystąpić do Odwołującego o przekazanie informacji, w jaki sposób dokonać poprawienia omyłki. Odwołujący mógłby zaś wybrać (a ma to miejsce już po etapie składania ofert), czy chce, aby zaoferowana przez niego cena była niższa, czy też wyższa.

Doszłoby zatem do negocjacji w zakresie ceny oferty, w wyniku których mogłaby nastąpić zmiana ceny całej oferty, a więc zmiana treści oferty. Art. 87 ust. 1 Prawo zamówień publicznych pozwala na dokonywanie wyjaśnień treści złożonych ofert, ale zakazuje negocjacji w zakresie tej treści i dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści.

Zamawiający zaznaczył (czego nie negował Odwołujący), że w wyniku poprawienia omyłki doszłoby do zmiany w rankingu ofert, a w konsekwencji - w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym jakakolwiek zmiana w zakresie ceny stanowi istotną zmianę treści oferty, co na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych uznać należy za niedopuszczalne.

Fakt, że ceny w ofertach innych wykonawców za komplet urządzeń fitness są rozbieżne,

oznacza, że cena za tę pozycję nie jest oczywista. Oznacza to, że Odwołujący mógłby dokonać wyboru ceny w zakresie tej pozycji, uzyskując przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Tym bardziej brak było podstaw do dokonania poprawienia tej pozycji kosztowej w ofercie Odwołującego.

Wskazywane przez Odwołującego orzeczenia, jak również powoływanie się na „dobrą administrację”, pozostają bez znaczenia dla niniejszej sprawy. Istotne jest, że Zamawiający w świetle obowiązujących przepisów nie mógł dokonać poprawienia oferty Odwołującego, ponieważ musiałby ustalić z nim cenę zawartą w tej ofercie. Cena ta rzutowałaby na cenę całej oferty Odwołującego i na ranking wykonawców w postępowaniu. Takie poprawienie oferty Odwołującego miałooby więc bezpośredni wpływ na wynik całego postępowania. „Dobra administracja”, na którą powoływał się Odwołujący, musi przede wszystkim przestrzegać przepisów prawa. Nie może także traktować wykonawców w sposób nierówny i u jednego z wykonawców pozwalać na dokonywanie zmian wysokości ceny po terminie składania ofert. Wyjaśnienia dotyczące treści oferty mogą nastąpić tylko wtedy, gdy nie dojdzie do zmiany elementów istotnych oferty i gdy wyjaśnienia takie nie stanowią negocjacji. Poprawienia treści oferty można dokonać tylko wtedy, gdy rzeczywiście wystąpiła omyłka i jest ona widoczna dla wszystkich, wszyscy wiedzą, w jaki sposób omyłka ma być poprawiona, a samo poprawienie tej omyłki nie wpływa na treść oferty. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Na marginesie jedynie można dodać, że Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób Zamawiający winien poprawić cenę jednostkową. Trafnie zauważył Przystępujący, że gdyby kwotę 28.609,29 zł podzielić przez 11, to uzyskamy wynik 2.600,84455 zł. Niezależnie od tego, czy kwotę tę zaokrąglić w dół, czy w górę, należałoby po zaokrągleniu zmienić odpowiednio wartość zbiorczą 11 urządzeń, a tym samym zmienić cenę całej oferty.

W świetle powyższego, Izba uznała zarzuty podnoszone przez Odwołującego za bezzasadne. Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego, bowiem dokonanie takiej poprawy, jak chciałby tego Odwołujący, doprowadziłoby do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, a w konsekwencji do zmiany treści oferty i wpłynęłoby na ranking ofert w postępowaniu. Zatem nie mamy do czynienia z omyłką niepowodującą zmiany treści oferty. Nie można więc uznać, aby Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jego oferty z treścią SIWZ. Nie doszło także do naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....