

Sygn. akt: KIO 1515/14

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2014 r. przez wykonawcę **Heilit+Woerner Sp. z o.o., 52 – 200 Wrocław, Wysoka, ul. Lipowa 5a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Zabrze – Prezydent Miasta, 41 – 800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., HYDROINSTALMET sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Nad Bytomską 1** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Heilit+Woerner Sp. z o.o., 52 – 200 Wrocław, Wysoka, ul. Lipowa 5a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Heilit+Woerner Sp. z o.o., 52 – 200 Wrocław, Wysoka, ul. Lipowa 5a** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1513/14

Sygn. akt KIO 1515/14

UZASADNIENIE

Miasto Zabrze – Prezydent Miasta, 41 – 800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, zwane dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na „Kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Zabrze - Etap I i II”

Postępowanie jest prowadzone przy uwzględnieniu zasad, kiedy szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2014/S 068- 115961 w dniu 05.04.2014 roku.

W dniu 15 lipca 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., HYDROINSTALMET sp. z o.o., 44 – 100 Gliwice, ul. Nad Bytomską 1, oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Heilit+Woerner Sp. z o.o., 52 – 200 Wrocław, Wysoka, ul. Lipowa 5a- odwołującego.

W wniesionym odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 65 Kodeksu cywilnego oraz art. 87 ust. 1 PZP przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność jej treści z treścią SIWZ w sytuacji, gdy treść oferty odwołującego odpowiada postanowieniom SIWZ, a ewentualne niejasności treści oferty odwołującego w tym zakresie mogły zostać rozstrzygnięte w drodze wykładni oświadczenia woli, względnie w drodze procedury opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp.
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wobec oferty Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o., a w konsekwencji zmianę treści oferty tych wykonawców, przy jednoczesnym naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty z uwagi na niezgodność z SIWZ.

Przedstawiając powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Uwzględnienia odwołania,
2. Unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego
3. Unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej
4. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o.,

5. Nakazanie powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym ewentualnie przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego z art. 87 ust. 1 Pzp względem oferty odwołującego,
4. Dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odnosząc się do stanu faktycznego sprawy stwierdzić należy, że odwołujący podniósł dwie grupy zarzutów. Pierwszą grupę stanowią zarzuty wskazujące na wadliwość czynności zamawiającego podjętych wobec oferty odwołującego, w wyniku których została ona odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Drugą grupę zarzutów stanowi kwestionowanie prawidłowości czynności zamawiającego wobec oferty wybranej, gdzie odwołujący stoi na stanowisku, że oferta ta jako niezgodna z SIWZ winna zostać odrzucona.

W związku z faktem, że zamawiający pismem z dnia 31.07.2014 roku doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01.08.2014 roku poinformował strony, że uwzględnia w całości zarzuty kierowane wobec oferty odwołującego, Izba uznaje za niezasadne prezentowanie zarzutów odwołania i stanowiska zamawiającego, wobec oferty odwołującego. Odwołujący stwierdził na posiedzeniu, że zostały uwzględnione przez zamawiającego wszystkie zarzuty kierowane wobec jego oferty. Izba powyższe stanowisko odwołującego potwierdza. Tym samym przedstawieniu podlegają zarzuty podniesione przez odwołującego wobec oferty Konsorcjum: Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A., oraz HYDROINSTALMET sp. z o.o., oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Heilit+Woerner Sp. z o.o.

Odwołujący w tym zakresie na wstępie podniósł, że stosownie do treści art. 87 ust. 1 in fine Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści oferty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszcza poprawianie przez zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, z tym jednak zastrzeżeniem, że może to być poprawa niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Wskazał, że oferta Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o. nie zawierała wyceny dwóch pozycji kosztorysowych, tj.

- w kosztorysie dot. przebudowy linii nN i sN - etap I nie wyceniono pozycji nr 1.2.14,
- w kosztorysie dot. budowy oświetlenia ulicznego - etap II nie wyceniono pozycji nr 1.6.

W pkt 12 SIWZ zamawiający postanowił, iż *„Zamawiający dopuszcza zastosowanie kalkulacji własnej zamiast przywołanych w przedmiarach KNR - ów z zastrzeżeniem, że wszystkie opisy pozycji zapisane w kosztorysach ofertowych muszą być zgodne z opisami pozycji w przedmiarach robót. Zakres robót wyceniony przez wykonawcę wg kalkulacji własnej musi być identyczny z odpowiadającym mu zakresem wg KNR wyszczególnionym w*

przedmiarze robót.” To postanowienie nakładało na wykonawców dokonania wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych oraz dokładnego przepisania nazwy pozycji z przedmiaru do kosztorysu.

Odnośnie ww. dwóch pozycji kosztorysowych niewycenionych w kosztorysie przez wykonawcę - przystępującego, zamawiający pismem z dnia 16.06.2014r. dokonał zmiany treści oferty Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o. w ten sposób, że niewycenionej pozycji 1.2.14 ustalił cenę jednostkową oraz wartość robót na „0”. Z kolei pismem z 27.06.2014r. w ten sam sposób uzupełnił brak wyceny pozycji 1.6.

W ocenie Odwołującego w realiach niniejszej sprawy zamawiający dokonał zmian treści oferty Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. oraz Hydroinstalmet Sp. z o.o. w sposób naruszający wskazane wyżej regulacje Pzp, podczas gdy oferta ta winna być odrzucona.

Zarzucił, że w ofercie przystępującego zamawiający dokonał również innych zmian jego zdaniem niedopuszczalnych, gdyż prowadziły one do zmiany, pierwotnej treści oferty tego wykonawcy.

Odnosząc się do przyjętego sposobu poprawy błędów w ofercie przystępującego, odwołujący podniósł, że zamawiający w SIWZ wskazał wyraźnie, że „wszystkie opisy pozycji zapisane w kosztorysach ofertowych muszą być zgodne z opisami pozycji w przedmiarach robót”. Natomiast zamawiający dokonując poprawy niezgodności oferty z treścią SIWZ poprzez zmianę treści formularza ofertowego, dokonał wytworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy i w konsekwencji niedopuszczalną zmianę treści ich oferty.

Zamawiający nie stawił się na rozprawę pomimo prawidłowego zawiadomienia o jej terminie, jednakże w złożonej odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych wobec oferty wybranego wykonawcy stwierdził, że zarzuty są bezzasadne i odwołanie w tej części winno zostać oddalone.

Stwierdził także, że brak wpisania cen jednostkowych i wartości nie przesądza o braku możliwości poprawy takich omyłek. Po przeliczeniu poszczególnych pozycji kosztorysowych i porównaniu z wartością kosztorysu, można było uzupełnić wartość ceny jednostkowej oraz wartość robót dla tych pozycji jako 0,00 zł. Dotyczy to w szczególności pozycji kosztorysu - etap I poz 1.2.14 i etap II poz. kosztorysu 1.6. Podobną argumentację zamawiający przedstawił również co innych omyłek wskazanych w odwołaniu stwierdzając, że nie każde pominięcie pozycji w wycenie kosztorysowej winno skutkować koniecznością odrzucenia oferty.

Podania przez Izbę wymaga również fakt, że w sprawie o sygn. akt KIO 1513/14 zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania, przystępujący po jego stronie wykonawcy, nie wnieśli sprzeciwu wobec faktu uwzględnienia zarzutów odwołania. Opierając się na art. 186 ust.3 ustawy Pzp Izba postanowieniem umorzyła postępowanie w tej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie, złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że biorąc pod uwagę odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 31.07.2014 r. uznaje, że zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące jego oferty i w tym zakresie uznaje za spełnione żądania odwołania. Jednocześnie oświadczył, że nadal podtrzymuje zarzuty dotyczące nieodrżucenia oferty Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A., HYDROINSTALMET sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Pełnomocnik przystępującego podniósł, że odwołujący na tym etapie postępowania-biorąc pod uwagę fakt powrotu do postępowania wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions sp. z o.o., DROGOMEX sp. z o.o., nie posiada interesu o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp dot. możliwości uzyskania zamówienia. Podał, że w postępowaniu jedynym kryterium wyboru ofert jest cena - 100%. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., HYDROINSTALMET sp. z o.o., który zaoferował kwotę 61.444.759,91 zł, na drugim miejscu była oferta wykonawcy odwołującego się Heilit+Worner, który zaoferował kwotę 62.568.971,51 zł. W wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania do postępowania, został przywrócony wykonawca konsorcjum Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane Silesia Constructions sp. z o.o., DROGOMEX sp. z o.o., który ofertował wykonanie zamówienia za kwotę 55.920.601,20 zł. Sytuacja w postępowaniu uległa zmianie, gdyż oferta odwołującego może zostać sklasyfikowana dopiero na trzecim miejscu, a odwołujący w odwołaniu nie podnosi zarzutów wobec oferty przywróconej do postępowania tj. konsorcjum Silesia. Stwierdził, że odwołujący nie zgłaszając sprzeciwu co do uwzględnienia zarzutów wobec oferty konsorcjum Silesia pozbawił się możliwości kwestionowania możliwości oceny oferty obecnie najwyższej klasyfikowanej – tańszej. Tym samym biorąc pod uwagę art. 179 ust. 1 Pzp podnosił, że odwołujący nie spełnia przesłanek z tego przepisu.

Odwołujący stwierdził, że nie zgadza się ze stanowiskiem przystępującego w tym zakresie, gdyż składa odwołanie wobec konkretnych czynności zamawiającego. Zamawiający dotychczas nie unieważnił wyboru najkorzystniejszej oferty i w związku z tym uwzględnienie zarzutów wobec konsorcjum Silesia, rozpatrywanego w innym odwołaniu nie

może być podstawą do kwestionowania interesu odwołującego we wniesieniu tego odwołania.

Odnosząc się do powyższego stanowiska przystępującego, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11 stwierdzić należy, że *środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia*. Zgodnie z wyrokiem SO w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12 KIO w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Są to przesłanki materialno--prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia, podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Przy rozpatrywaniu powyższego zagadnienia zasadne jest przywołanie także stanowiska Sądu Okręgowego w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, zawarł wytyczne co do rozumienia przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, stwierdzając, że: *„przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna”*.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że stanowisko przystępującego co do braku interesu po stronie odwołującego jest niezasadne. Kwestię posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania należy oceniać zawsze na moment jego wniesienia. Poza sporem jest fakt, że odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie był w sytuacji kiedy jego oferta, gdyby nie jej odrzucenie byłaby sklasyfikowana na drugim miejscu. We niesionym odwołaniu zakwestionował zarówno odrzucenie jego oferty, jak i wybór najkorzystniejszej oferty. Nie można interesu wykonawcy rozpatrywać przez pryzmat zdarzeń, które miały miejsce w innym postępowaniu (w sprawie o sygn. KIO 1513/14) i które zaistniały dopiero na etapie orzekania w tej sprawie. Oczywiście, odwołujący mógł zgłosić sprzeciw w ww. sprawie, ale biorąc pod uwagę fakt, że nie zgłaszał wcześniej wobec oferty konsorcjum Silesia, jako

odrzuconej zarzutów, mógłby tylko oponować wobec stanowiska zamawiającego co do uwzględnienia zarzutów odwołania. Izba, opierając się na ugruntowanej linii orzeczniczej KIO stwierdza, że brak jest podstaw prawnych do oczekiwania, że wykonawca wyżej sklasyfikowany na liście ofert, będzie skarżył oferty wykonawców niżej sklasyfikowanych, bądź wykonawców którzy zostali wykluczeni lub ich oferty odrzucone.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdzić należy, że odwołujący w zakresie przebudowy linii nN i sN I etap poz. 1.2.14 oraz poz. 1.6 II etapu dotyczącego budowy oświetlenia ulicznego podnosił, że tam gdzie wykonawca nie wpisał żadnej wartości pozycji kosztorysowej, to zamawiający nie mógł poprawić tej pozycji na 0,00 zł. Taka zmiana jest niedopuszczalna, gdyż należałoby uznać, że zerowa wartość pozycji w kosztorysie jest zbędna. Natomiast zamawiający oczekiwał dokonania wyceny każdej pozycji kosztorysowej. Ponadto niedopuszczalne przez SIWZ było niewycenienie każdej pozycji kosztorysowej. Dlatego też wpisanie w takiej sytuacji wartości „0” nie jest poprawą omyłki popełnionej przez wykonawcę.

Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w tym zakresie podał, że po dokonaniu zliczenia poszczególnych pozycji kosztorysowych i porównaniu ich z ceną ofertową, to jedyną kwotą jaką można było i należało wpisać była kwota „0” zł.

Przystępujący, odnosząc się do stanowiska odwołującego i uzasadniając prawidłowość wpisania zerowej wartości podał, że ziemia powstała z wykopów pod fundamenty studniowe została wywieziona z terenu budowy i koszt ten został ujęty w pozycji 1.2.1 kosztorysu. Natomiast nakłady na ubicie ziemi wokół studni wykonano ręcznie i zostały ujęte w pozycji 1.2.6 i tym samym koszty z poz.1.2.14 zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu. Dlatego też koszt tej pozycji mógł wynosić tylko „0” czego przystępujący faktycznie nie wpisał. Podobnie postąpił w zakresie wyceny poz.1.6 z II etapu, gdzie koszt wykonania tej pozycji, kosztorysu został ujęty w poz.1.1.5 dotyczący demontażu opraw oświetleniowych.

Zdaniem Izby, odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że powyższe twierdzenia przystępującego nie polegały na prawdzie. Izba odnosząc się do twierdzenia odwołującego jakoby wpisanie w niewycenionej pozycji kosztorysu wartości zero nie jest poprawą „innej omyłki” a także, że taka poprawa powoduje zmianę treści oferty przystępującego, stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia takiego stanowiska odwołującego za zasadne.

Niewątpliwym jest, że wypełniony przez wykonawcę kosztorys stanowi dokument o znaczeniu finansowym, służący do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania przez wykonawcę, oraz zaprezentowania ceny oczekiwanej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Nie stanowi wyszczególnienia materiałów i prac, które się na nie składają, gdyż te były podane przez zamawiającego. Niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne, co do zasady realizuje się

poprzez przystąpienie do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez zamawiającego narzucony. Wykonawcy mają zazwyczaj tylko swobodę zaoferowania świadczenia w formie odpowiedniej dla danej specyfikacji robót. Pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost – oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Brak jest w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że niewycenienie pewnych pozycji kosztorysu jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac wynikających z specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dlatego też, zdaniem Izby pominięcie w tym postępowaniu wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach. Podobne stanowiska zajęła Izba w wyrokach: /wskazanie przykładowe/ z dnia 15 października 2010 r. w spr. KIO 2136/10, z dnia 11 marca 2011 r. w spr. KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, z dnia 4 marca 2011 r. w spr. KIO 333/11, KIO 335/11, z dnia 14 kwietnia 2011 roku sygn KIO 689/11, z dnia 8 maja 2014 z dnia sygn. KIO 793/14 .

W zakresie kolejnych zarzutów dotyczących dokonania przez zamawiającego poprawy kolejnych pozycji kosztorysu to odwołujący poza wskazaniem ich „hasłowo” w odwołaniu nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na to, że dokonanie ich poprawy przez zamawiającego nie było zasadne. Odnosząc się do tych zarzutów przystępujący stwierdził, że wszystkie wyceny tych pozycji dokonane zostały prawidłowo, czego odwołujący nie kwestionował. Stwierdził, że różnice w opisie pomiędzy przedmiarem robót, a złożonym kosztorysem w większości wynikają z tego, że zamawiający opracowywał przedmiar robót wg. KNR, a wykonawca kosztorysował te pozycje wg. programu komputerowego, gdzie często jest taka sytuacja iż w danej pozycji ujęty jest jeden koszt wykonania większej ilości robót np. dla kabli o różnej średnicy, czy też np. średnica rur podawana jest wg średnicy wewnątrz rury, a wg. KNR po zewnątrz. Przystępujący w tej kwestii przedstawił na piśmie swoje stanowisko uzasadniające prawidłowość wyceny kwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu. Odwołujący nie zakwestionował treści powyższego pisma.

Izba odnosząc się do zarzutu odwołującego, jakoby w ww. sytuacjach, a szczególnie przy poprawie pozycji kosztorysu poprzez wpisanie wartości „0” nie mamy tutaj do czynienia z omyłką o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 oraz, że w wyniku dokonanych zmian została wytworzona nowa treść oferty, stwierdza, że stanowisko odwołującego jest niezasadne.

Wskazać należy, że relatywnie często spotykaną przy robotach budowlanych i wymaganiu w postępowaniu, złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0 zł wartości

jednostkowej. Pominięcia takie następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej.

Kwestie te wielokrotnie dostrzegano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyrok z dnia 4 marca 2011 r. w spr. KIO 333/11, KIO 335/10, z dnia 5 października 2009 r. w spr. KIO/UZP 1324/09, z dnia 8 maja 2014 z dnia sygn. KIO 793/14. Z brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie.

Uszło uwadze odwołującemu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem „plastycznym” nie tylko pozwalającym, ale wręcz wymuszającym na zamawiającym podejmowanie różnego rodzaju czynności naprawczych, celem doprowadzenia stanu złożonych ofert, do stanu zgodności z wymaganiami SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom /wyrok KIO 1327/09/. Czynność odrzucenia ofert wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności treścią SIWZ- [wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 24 listopada 2010 r. w spr. o sygn. akt II Ca 803/10.

W celu doprowadzenia zgodności treści oferty do wskazanych w SIWZ wymaganiach zamawiający może korzystać chociażby z możliwości wynikających z przepisu art. 26 ust. 3 i 4; art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1-3; art. 91 ustawy Pzp.

Należy również mieć na względzie fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, konieczne jest stwierdzenie co podnosił odwołujący, aby w wyniku nie nastąpiły istotne zmiany w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie.

Oceniając dokonane zmiany stwierdzić należy za przystępującym, że dokonane poprawy omyłek nie powodują zmiany wartości oferty przystępującego - zaoferowana pierwotnie cena nie uległa zmianie. Nie powodują także zmiany sposobu wykonania zamówienia, czy istotnej zmiany materiałów (zastąpienie zaoferowanego kruszywa 0/63mm na 0/31,5mm) zaoferowanych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Trzeba mieć także na uwadze, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności oferty, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą

dopuszczalności zmiany, dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze SIWZ jest, by zmiana ta nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie nowego oświadczenia odmiennego od tego pierwotnego, złożonego przez wykonawcę. Ustawodawca nie wskazał reguł, kiedy dokonane zmiany w ofercie są zmianami istotnymi, o tym każdorazowo decyduje zamawiający biorąc pod uwagę specyfikę i rozmiar danego postępowania.

Izba stwierdza nadto, że odwołujący nie wykazał, że dokonana poprawa omyłek powodowała jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, a tym samym poprawa ta była niedopuszczalna.

W konsekwencji poprawienie wskazanych w odwołaniu kilkunastu pozycji kosztorysu, stanowi ułamek % ogólnej ich liczby. Dokonane poprawy omyłek nie powodują zmiany wielkości ceny ofertowej i tym samym taka zmiana nie może być uznana za zmianę istotną.

Biorąc pod uwagę całość przedmiotowego odwołania stwierdzić należy, że uwzględnienie części zarzutów odwołania przez zamawiającego winno skutkować uwzględnieniem odwołania. Jednakże w związku z oddaleniem zarzutów odwołania, kierowanych wobec oferty przystępującego, nie następuje zmiana sytuacji odwołującego. Żadna z oferty nie zostaje odrzucona, oferta odwołującego biorąc pod uwagę kryterium wyboru - cenę, znajduje się na trzecim miejscu w rankingu ofert. Wobec tego biorąc pod uwagę treść przepisu art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba może uwzględnić odwołanie jeśli stwierdzi naruszenie przepisów które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, Izba uznaje, że nie naruszenie przepisów przez zamawiającego wobec oferty odwołującego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, gdyż nie powoduje to zmiany pozycji wykonawcy na liście ofert sklasyfikowanych wg. ustalonego w SIWZ kryterium.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący