

**WYROK**

**z dnia 1 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**LINTER S.A. ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. ul. Budowlana 5G, 40-301 Katowice**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. 17 Stycznia 49, 02-146 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **KB Pomorze Sp. z o.o. ul. Sienna 50, 80-605 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LINTER S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LINTER S.A.**

oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia LINTER S.A. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. na rzecz Przedsiębiorstwa Państwowego „Porty Lotnicze” kwotę 51 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę Kolejowego Frontu Rozładunkowego paliwa lotniczego dla Lotniska Chopina wraz z rurociągiem dalekosiężnym” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 092-166161. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia LINTER S.A. i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na jego podstawie. W konsekwencji tej czynności procedura wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana z naruszeniem obowiązujących przepisów, które to naruszenia miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że w rozdziale XI pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postanowił, iż: „kalkulacja ceny oferty oraz wypełnienie Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) musi spełniać poniższe warunki: a) wartość sumaryczna wszystkich pozycji w pkt. I TER nie może być wyższa niż 3% ceny oferty netto; b) wartość sumaryczna wszystkich pozycji w pkt. II TER nie może być mniejsza niż 5% ceny oferty netto”.

W Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącej dokument wskazujący na sposób kalkulacji ceny ofertowej, złożonej wraz z ofertą odwołującego, koszty wykonania wskazanych pozycji wynoszą odpowiednio: a) poz. I „Wymagania ogólne” 1.050.000,00 PLN,

co stanowi 2,88% ceny netto; b) poz. II „Wymagania inne” 1.300.000,00 PLN, co stanowi 3,56% ceny netto.

Podstawą do odrzucenia oferty odwołującego jest fakt, iż skalkulowany koszt w poz. II Tabeli Elementów Rozliczeniowych jest mniejszy niż 5% ceny ofertowej netto i ten fakt nie jest sporny. Istotą zarzutu stawianego odwołaniem jest kwestia uprawnienia zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego w okolicznościach przedmiotowego postępowania.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej rzetelna i poprawna ocena oferty odwołującego nie powinna prowadzić do jej odrzucenia. Krajowa Izba Odwoławcza generalnie przyjmuje, iż niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego, natomiast odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy uchybienia w niej popełnione są na tyle znaczące, że wywierają wpływ na wykonanie umowy i to wpływ tego rodzaju, iż wykonanie umowy zgodnie z opisanymi wymaganiami zamawiającego jest niemożliwe.

Zdaniem odwołującego w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie jest sporne, że wykazana rozbieżność w wielkości kosztów wskazanych w poz. II nie zmienia ani przedmiotu świadczenia ani jego zakresu, nie zmienia wymaganych warunków realizacji zamówienia, nie ma wpływu na wartość ceny ofertowej ani wysokość należnego wynagrodzenia, nie ma wpływu na termin wykonania zamówienia ani ustalone przez zamawiającego w treści umowy, warunki i sposób płatności wynagrodzenia.

Zatem naruszenie to jest niezachowaniem określonej w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia struktury kosztów określonej przez zamawiającego w odniesieniu do jednej grupy kosztów – „Wymagania inne”. Zamawiający wskazał, iż koszt ich wykonania „nie może być mniejszy niż 5% ceny oferty netto”, przy tym wymaganie to nie dotyczy zasad dokonywania płatności należnego wynagrodzenia za czynności wykonane w ramach tej grupy kosztów, ale stanowi jedynie arbitralnie narzuconą – w niezrozumiałym celu – wielkość tych kosztów.

Ponieważ sporna kwestia dotyczy wysokości kosztów w poz. II – rzetelnie skalkulowanych przez odwołującego – składających się na prawidłowo obliczoną cenę ofertową, istotnym jest wykazanie, że wskazana rozbieżność nie ma żadnego wpływu na ustalone przez zamawiającego w treści umowy, warunki i sposób płatności należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Sporne koszty dotyczą czynności, które w znaczącej części będą wykonywane w finalnym etapie realizacji przedmiotowego zamówienia i obejmują: opracowanie dokumentów takich jak: scenariusz pożarowy, tabele sterowań pożarowych, instrukcje bezpieczeństwa pożarowego, procedury odbioru, instrukcje rozruchu, inne instrukcje, regulaminy i dokumentacja odbiorowa oraz przeprowadzenie rozruchu instalacji, jej uruchomienie, test i szkolenia.

Zgodnie z postanowieniami umowy zamawiający zdecydował, iż: wykonawca będzie wystawiał faktury nie częściej niż dwa razy w miesiącu (art. 4 ust. 3 umowy), podana na fakturze wysokość wynagrodzenia odpowiadać będzie procentowemu stopniowi zaawansowania robót, przy czym wymagane jest minimum 5% zaawansowanie danej pozycji rozliczeniowej (art. 4 ust. 5), wartość rozliczonych przed odbiorem końcowym robót nie może być większa niż 90% wynagrodzenia wykonawcy (art. 4 ust. 5), podpisanie protokołu odbioru końcowego stanowić będzie podstawę do rozliczenia finansowego umowy na zasadach w niej określonych (art. 14 ust. 10 umowy). Oznacza to, że do chwili podpisania protokołu odbioru końcowego zamawiający dokona płatności w wysokości 90% należnego wykonawcy wynagrodzenia, a ostatnia płatność wynosić będzie nie mniej niż 10% ceny ofertowej (w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe).

Tak więc bez względu na to, jaki będzie udział procentowy kosztów ujętych przez zamawiającego w grupie II, sumaryczna płatność za te roboty zostanie dokonana i tak dopiero po przeprowadzeniu czynności odbioru końcowego i podpisania stosownego protokołu.

A więc niezależnie od wielkości procentowej kosztów wykazanych w poz. II (tj. czy będzie to 3,56% jak w ofercie odwołującego, 5% jak wskazał zamawiający, czy więcej), sposób realizacji zamówienia i dokonywania z tego tytułu przez zamawiającego płatności należnego wynagrodzenia wykonawcy przebiegać będzie w każdym przypadku w sposób tożsamy. Zatem sporna niezgodność nie ma żadnego wpływu na zakres, termin świadczenia, cenę ofertową ani na sposób dokonywania rozliczeń zamawiającego z wykonawcą, a decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty jest nieuzasadniona.

Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej i sądów „badając ofertę (jej treść i znaczenie) można przyjąć, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego, należy jednak sprawdzać, czy zamiar ten znalazł wystarczające odbicie w jej treści. Oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlega ogólnym regułom wykładni świadczeń woli, z ograniczeniami właściwymi dla Prawa zamówień publicznych; wykładnia ta nie może być zbyt liberalna, chociażby ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców, ale również nie powinna być zbyt restrykcyjna: odrzucenie oferty z powodu jakiegokolwiek uchybienia, nawet nieistotnego, byłoby nadmiernym formalizmem i nie prowadziłoby do udzielenia zamówienia

wykonawcy, który złożył ofertę faktycznie najkorzystniejszą.” (wyrok KIO 83/15). „Nadmiernie formalistyczne podejście prezentowane przez Zamawiającego doprowadziło do odrzucenia dobrej oferty. Stanowi to przejaw braku dbałości o środki publiczne i z pewnością nie jest właściwym stosowaniem przepisów ustawy PZP; której formalizm nie jest celem sam w sobie, ale ma służyć wyborowi ofert najlepszych.” (KIO 2064/14). „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.” (Sąd Okręgowy w Gliwicach, sygn. akt X Ga 23/07).

## II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego wskazując, iż prawidłowo ocenił ofertę odwołującego odrzucając ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, iż nie jest sporna treść postanowienia rozdziału XI pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie jest sporne także, iż oferta odwołującego w części II TER jest niezgodna z powołanym wyżej postanowieniem. W ofercie odwołujący podał bowiem kwotę 1.300.000 PLN, co stanowi 3,56% ceny netto, zatem mniej niż wymagane 5%. Zgodnie z rozdziałem VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Opis sposobu przygotowania oferty) pkt 4 i 6 ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” wraz z Tabelą Elementów Rozliczeniowych. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formularz ofertowy musi zostać przygotowany przez wykonawcę na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji. We wzorze TER zamawiający w punkcie „Uwaga” wskazał, iż wypełniając TER należy spełnić warunki określone w rozdziale XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący bagatelizuje znaczenie TER podnosząc, iż wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procentowe wartości stanowią „arbitralnie narzuconą – w niezrozumiałym celu – wielkość tych kosztów”, jednak we właściwym czasie nie zakwestionował treści specyfikacji. Tym samym, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienia te wiążą na równych zasadach wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu oraz zamawiającego. Zamawiający uchybiłby przepisowi art. 7 ust. 1, gdyby na etapie oceny ofert pominął wynikające ze specyfikacji wymagania i ich nie zastosował do odwołującego. Kwestionowane postanowienie było jednoznaczne i jasne i nie było żadnych przeszkód, aby odwołujący właściwie obliczył wartość pozycji w spornym punkcie.

Odwołujący złożył ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, czego nie kwestionuje, co zobowiązywało zamawiającego do jej odrzucenia.

Odwołujący w swojej argumentacji konsekwentnie pomija kluczowe postanowienia specyfikacji, tj. że TER stanowi ofertę. Zamawiający w rozdziale XI (Sposób obliczenia ceny) szczegółowo opisał, iż wynagrodzenie ryczałtowe zostanie wyliczone w oparciu o wypełnioną TER oraz określił graniczne wartości pozycji I i II TER. Zatem zamawiający nie przypisał TER wyłącznie waloru informacyjnego, lecz wskazał, iż na podstawie tego dokumentu należy obliczyć cenę oferty. Zamawiający już w rozdziale XI pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał sposób poprawiania omyłek w treści oferty wskazując w podpunkcie b, jak będzie poprawiał omyłki w TER. Gdyby TER nie był ofertą, regulacje art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące zasad poprawiania omyłek w ofercie nie miałyby zastosowania. TER będzie załącznikiem do umowy. Zgodnie z punktem 28. definicji zawartej w istotnych postanowieniach umowy TER „określa zakres rzeczowo-finansowy realizacji Przedmiotu Umowy”. TER zatem jest dokumentem o charakterze merytorycznym, z którego wynika zakres rzeczowy realizacji przedmiotu umowy w ujęciu finansowym. W związku z tym, iż dokument ten powstaje w fazie ofertowania, był on przedmiotem zainteresowania wykonawców, którzy wnosili o doprecyzowanie poszczególnych pozycji TER, w celu prawidłowego sporządzenia oferty.

Zgodnie z art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przepis ten odczytywać należy wraz z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym ustawa wymaga, aby zobowiązanie wynikające z oferty było zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i znalazło odzwierciedlenie w umowie.

W przypadku odwołującego brak jest tej zgodności. W konsekwencji, wbrew twierdzeniom odwołującego, stanowiący ofertę TER nie ma charakteru dokumentu o znaczeniu wyłącznie formalnym. Określa on bowiem zobowiązanie wykonawcy odnośnie zakresu rzeczowego w ujęciu finansowym i stanowi część umowy oraz ma powiązania z Ramowym Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym (RHR-F) oraz następnie Szczegółowym Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym (SHR-F), które określają zakres i terminy realizacji umowy. Postanowienia dotyczące TER, RHR-F, SHR-F tworzą uzupełniającą się wzajemnie całość, regulującą aspekty rzeczowo-finansowo-terminowe realizacji umowy, nie mogą więc być odczytywane w oderwaniu od siebie. Tak samo np. Protokół Wykonania Elementów (PWE) nawiązuje wprost do TER.

Odwołujący błędnie utożsamia poz. II TER (o wymaganej wartości minimum 5% ceny ofertowej) z 10%, o których mowa w art. 4 ust. 5 istotnych postanowień umowy. Jak przyznał sam odwołujący, nie wszystkie koszty wskazane w poz. II dotyczą czynności realizowanych w finalnym etapie realizacji przedmiotu umowy (np. szkolenia, które mogą być realizowane wcześniej lub część dokumentów, które muszą zostać opracowane przed rozpoczęciem

odbiorów i rozruchu). Odwołujący celowo pomija fakt, iż TER odnosi się do zakresu rzeczowo-finansowego, który dopiero znajdzie odzwierciedlenie w aspekcie terminowym w RHR-F i SHR-F. Dokonywane zatem przez odwołującego uproszczenie jest nieuprawnione w świetle specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie jest na aktualnym etapie postępowania (bez RHR-F i SHR-F) możliwe przesądzenie, za jakie prace zamawiający zapłaci w ramach 90% ceny oferty, a za które dopiero po dokonaniu odbioru. Takich ustaleń będzie można dokonać dopiero na podstawie harmonogramów. Odwołujący więc swoją argumentację opiera wyłącznie na spekulacjach, przypuszczeniach i gołosłownych twierdzeniach, zamawiający natomiast działał zgodnie ze specyfikacją.

Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska powołuje orzeczenia KIO, które nie odnoszą się do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Niemniej można zgodzić się z zacytowanym fragmentem, że „badając ofertę (jej treść i znaczenie) można przyjąć, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego, należy jednak sprawdzić, czy zamiar ten znalazł wystarczające odbicie w jej treści”.

W analizowanym przypadku odwołujący nie twierdzi, iż pomylił się kalkulując cenę i podając w TER w poz. II wartość mniejszą od wymaganej. Wręcz przeciwnie – twierdzi, iż wartość tej pozycji została obliczona poprawnie, zatem nie może być mowy o tym, aby intencją odwołującego było złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym także tracą na aktualności rozważania odwołującego dotyczące nieistotnej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tego rodzaju analizy w kontekście istotności/nieistotności mogłyby mieć znaczenie w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak odwołujący nie twierdzi, iż pomylił się w swojej ofercie, zatem powołany przepis nie mógłby w niniejszej sprawie znaleźć zastosowania. Odwołujący jest w tej kwestii konsekwentny, gdyż nie postawił zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew twierdzeniom odwołującego okoliczności faktyczne niniejszej sprawy pozwalają także dokonać jej innej kwalifikacji prawnej niż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznać, iż odwołujący w ofercie popełnił błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zastosowanie innego algorytmu obliczenia ceny, niż wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi błąd w obliczeniu ceny.

### III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.



Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XI pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kalkulacja ceny oferty oraz wypełnienie Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) musiało spełniać następujące warunki: wartość sumaryczna wszystkich pozycji w punkcie I TER nie mogła być wyższa niż 3% ceny oferty netto, a wartość sumaryczna wszystkich pozycji w punkcie II TER nie mogła być mniejsza niż 5% ceny oferty netto.

Odwołujący w Tabeli Elementów Rozliczeniowych wskazał, że sumaryczne koszty wykonania poz. II TER wynoszą 1.300.000,00 PLN, co stanowi 3,56% ceny netto.

W związku z powyższym sama niezgodność treści oferty w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie była sporna, kwestią sporną natomiast było to, jakie powinny być konsekwencje zaistniałego stanu – zdaniem zamawiającego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast odwołujący wskazywał, że zaistniała niezgodność nie ma żadnego znaczenia na gruncie realizacji przyszłej umowy i takie stanowisko zamawiającego jest przejawem nadmiernego formalizmu.

Przywołany art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Przepisem dopełniającym stan prawny jest art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, poza poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych oraz ww. omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z treści powyżej przytoczonych przepisów wynika więc jednoznacznie, że zamawiający ma obowiązek odrzucić każdą ofertę, której treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych

warunków zamówienia, za wyjątkiem tych niezgodności, które dadzą się usunąć na warunkach wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odróżnia więc rodzajów czy stopnia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – poza owymi (nieistotnymi) omyłkami, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty.

Tym samym każda niezgodność treści oferty, która nie da się usunąć jako nieistotna omyłka, jest podstawą do odrzucenia oferty. Zatem zgodnie z zasadą *lege non distinguente* („*Lege non distinguente nec nostrum est distinguere*” – gdy ustawa nie rozróżnia, nie do nas należy rozróżnianie) tam, gdzie ustawodawca nie czyni rozróżnienia między danymi stanami faktycznymi regulowanymi przez określony przepis, nie powinien czynić tego również interpretator. Ustawodawca bowiem nie wskazał, że podstawą odrzucenia oferty jest jedynie istotna różnica pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niewielkie rozbieżności można zignorować – i zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie do końca jest tu odstępstwem, gdyż nawet nieistotnych omyłek zamawiający nie może pominąć, lecz musi je poprawić, żeby doprowadzić ofertę do pełnej zgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A tym samym zamawiający nie może pominąć omyłek, błędów czy rozbieżności, których nie da się w ten sposób poprawić.

Jest to zresztą słuszne założenie ustawodawcy, bo etap badania ofert nie jest czasem na negocjacje, które rozbieżności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający może zaakceptować, a które nie i zastanawianie się, czy dane wymagania są mu w ogóle z jakichś powodów potrzebne (zamawiający w tych akurat dwóch pozycjach określił wartości progowe, a w pozostałych nie, zatem miał ku temu jakiś powód).

Byłoby to niezgodne zarówno z wymogiem zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zapewnienia przejrzystości postępowania. Bowiem to właśnie określenie wymagań w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – a potem ścisłe ich przestrzeganie – jest prawną gwarancją zapewnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, zaś przyjęty mechanizm oceny ofert ma chronić zarówno zamawiającego (aby dostał świadczenie w 100 % zgodne z wymaganiami), jak i wykonawców (zarówno tego, którego oferta jest badana, jak i konkurujących z nim).

Należy też zwrócić uwagę, że za niedozwolone negocjacje treści oferty należałoby uznać nie tylko ustalenia, co w ofercie zmienić, ale także ustalenie, co pozostawić bez zmian i zaakceptować jako dopuszczalne, pomimo że jest niezgodne ze specyfikacją.

Sama Tabela Elementów Rozliczeniowych oraz sposób, w jaki obliczona jest cena, niewątpliwie stanowi istotny, merytoryczny element treści oferty – musi taki być, gdyż dotyczy najistotniejszego elementu oferty, czyli zaproponowanej ceny – który objęty jest

wymogiem niezmienności (nie jest to dokument, który byłby możliwy do uzupełnienia lub korekty przez wykonawcę), nawet jeśli wymagania co do wysokości kwot w poszczególnych pozycjach nie wpływają na zakres świadczenia – zakres prac do wykonania.

Ze względu na to, że art. 87 ust. 2 pkt 3 objęty jest treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba wzięła go pod uwagę niezależnie od tego, czy odwołujący się na niego powołał.

Izba uznała jednak, że w zaistniałym w niniejszej sprawie stanie faktycznym nie będzie on miał zastosowania.

Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu, jak już wskazano powyżej, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Muszą więc zaistnieć dwie okoliczności, które w niniejszej sprawie nie mają miejsca: omyłka oraz brak istotnych zmian w ofercie.

Po pierwsze bowiem, jak wynika ze stanowiska odwołującego, prezentowanego zwłaszcza podczas rozprawy, nie można owej niezgodności zakwalifikować jako zaistniałej omyłkowo – odwołujący podkreślał wręcz, że cena pozycji II TER została obliczona prawidłowo i w taki sposób, jak powinna być obliczona.

Po drugie zaś, poprawienie owej omyłki musiałoby polegać na powiększeniu pozycji II TER o kwotę brakującą do wymaganych minimum 5% ceny oferty netto, czyli 1,44 % ceny oferty netto. Powodowałoby to jednak konieczność korekty oferty w innym miejscu, aby zachować końcową cenę oferty (Izba nie widzi powodu, by ją zwiększać o owe 1,44 %).

Mogłoby to nastąpić na dwa sposoby – albo przez redukcję oferty w innej pozycji (gdyby istniała pozycja odnosząca się do kosztów ogólnych, zysku, rezerwy itp.), albo przez proporcjonalną redukcję pozostałych pozycji.

Jednak w przygotowanej TER wszystkie pozycje odnoszą się do konkretnych prac, nie ma zaś powodu, by obcinać koszty którejs z nich. Zatem bardziej racjonalna byłaby redukcja proporcjonalna. To z kolei powodowałoby konieczność skorygowania prawie 100 pozycji – co, zdaniem Izby, nawet przy cenie ryczałtowej jest już nadmiernym ingerowaniem w wycenę oferty.

W związku z powyższym Izba uznała, że czynność zamawiającego nie narusza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....