

Sygn. akt: KIO 476/13, KIO 495/13

**WYROK**

**z dnia 18 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W..... K.....** oraz **M..... K.....**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **K&K K..... - K.....**, **Technika Grzewcza i Sanitarna w Rybniku** (sygn. akt KIO 476/13),
- B. dniu 5 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T..... L.....**, **J..... P.....**, **P..... L.....** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **LP Instal P.H.I. s.c. w Nysie** (sygn. akt KIO 495/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej w Klisinie**

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 476/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty przez zastąpienie w pozycji 10 kosztorysu ofertowego na wykonanie pompy ciepła w DPS Klisino, filia Dzbańce, omyłkowo wskazanej liczby „2 kpl” poprzez liczbę „6 kpl”, wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tej poprawki, a także niezwłoczne zawiadomienie o poprawce odwołującego,
2. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 495/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty

odwołującego, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty przez:

a) zastąpienie w pozycji 3 kosztorysu ofertowego na wykonanie termomodernizacji w budynku głównym DPS Klisino, filia Branice, omyłkowo wskazanej liczby „60 m” poprzez liczbę „80 m”,

b) zastąpienie w pozycji 31 kosztorysu ofertowego na wykonanie termomodernizacji budynku wielofunkcyjnego DPS Klisino, omyłkowo wskazanej liczby „20 msc” poprzez liczbę „14 msc”,

c) zastąpienie w pozycji 54 kosztorysu ofertowego na instalację solarną w DPS Dzbańce omyłkowo wskazanej liczby „24 m” poprzez liczbę „32 m”,

- wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych ww. poprawek, a także niezwłoczne zawiadomienie o poprawce odwołującego,

3. kosztami postępowania w obu sprawach obciąża **Dom Pomocy Społecznej w Klisinie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W..... K.....** oraz **M..... K.....**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **K&K K.....- K....., Technika Grzewcza i Sanitarna w Rybniku** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T..... L....., Jerzego Pawłowskiego, P..... L.....** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **LP Instal P.H.I. s.c. w Nysie** tytułem wpisów od odwołań,

3.2. zasądza od **Domu Pomocy Społecznej w Klisinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **W..... K.....** oraz **M..... K.....**, prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **K&K K..... - K....., Technika Grzewcza i Sanitarna w Rybniku** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3. zasądza od **Domu Pomocy Społecznej w Klisinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T..... L....., J..... P....., P..... L.....** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **LP Instal P.H.I. s.c. w Nysie** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu

tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Opolu**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Dom Pomocy Społecznej w Klisinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „ochrona powietrza regionu opolskiego poprzez zakup i montaż instalacji solarnych i pomp ciepła wraz z niezbędnymi pracami termoizolacyjnymi w budynkach Domu Pomocy Społecznej w Klisinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lutego 2013 r., poz. 46382.

W dniu 28 lutego 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W..... K..... oraz M..... K....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą K&K K..... – K....., Technika Grzewcza i Sanitarna w Rybniku, zwanych dalej „odwołującym K&K”, o odrzuceniu złożonej przez nich oferty w części II zamówienia.

W dniu 1 marca 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T..... L....., J..... P....., P..... L..... prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą LP Instal P.H.I. s.c. w Nysie, zwanych dalej „odwołującym LP Instal”, o odrzuceniu złożonej przez nich oferty w części I zamówienia.

W dniu 4 marca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący K&K, zaś w dniu 5 marca 2013 r. – odwołujący LP Instal. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 476/13, sygn. akt KIO 495/13.

Odwołujący K&K wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty w zakresie części II zamówienia. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w jego ofercie omyłki niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący K&K wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) dokonania czynności polegającej na poprawieniu omyłki w ofercie odwołującego (kosztorys ofertowy Filia Dzbańce pozycja nr 10),

a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący K&K argumentował, że popełniona przez niego omyłka w kosztorysie Filia Dzbańce w pozycji 10 nie uzasadniała odrzucenia przez zamawiającego jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wywodził, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie pozwala na automatyczne odrzucenie oferty z powodu niezgodności jej treści z SIWZ. Świadczy o tym art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Zamawiający stwierdzając niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ ma obowiązek ustalić, czy powstała niezgodność jest wynikiem omyłki podlegającej poprawieniu. Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp bezprawnie odrzucając ofertę odwołującego bez możliwości poprawienia omyłki. Wskazał, że przedmiotowa omyłka nie była zamierzona. Podniósł, że w załączniku nr 1.2 stanowiącym formularz oferty podpisał oświadczenie, że złożona przez niego oferta na wykonanie przedmiotu zamówienia jest zgodna z zakresem określonym w SIWZ, dokumentacją przetargową, wizją lokalną i wzorem umowy.

W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Odwołujący LP Instal wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty w zakresie części I zamówienia. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia „innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienie, niepowodujące istotnych zmian treści oferty”, a także art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego.

Odwołujący LP Instal wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny oferty odwołującego tj. odrzucenia oferty odwołującego,
  - 2) powtórzenia czynności badania i ceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
  - 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownej oceny i badania ofert,
- a także o przyznanie odwołującemu od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według rachunków.

Odwołujący LP Instal argumentował, iż omyłki ilościowe zawarte w jego kosztorysach spowodowały różnicę w cenie o wartości zaledwie 728,22 zł (nieco ponad 0,01 % wartości całej oferty). W szczególności zmiany wartości oferty kształtowały się następująco:

- 1) Filia Klisino poz. 31 wartość brutto w kosztorysie ofertowym: 947,38 zł, wartość brutto po usunięciu omyłki : 663,16 zł, różnica: - 284,22 zł,
- 2) Filia Branice poz.3 wartość brutto w kosztorysie ofertowym: 2.335,39 zł, wartość brutto po usunięciu omyłki : 3.113,86 zł, różnica: + 778,47 zł,

3) Filia Dzbańce poz.54 wartość brutto w kosztorysie ofertowym: 701,91 zł, wartość brutto po usunięciu omyłki: 935,88 zł, różnica: + 233,97 zł.

Odwołujący LP Instal wywodził, że w konsekwencji łączna wartość jego oferty po usunięciu drobnych omyłek zawartych w kosztorysie ofertowym wynosi 604.750,20 zł brutto. Biorąc pod uwagę wyniki postępowania jest nadal ofertą zdecydowanie najkorzystniejszą w części I zamówienia. Argumentował, że zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże z zastrzeżeniem wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazywał na ratio legis przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z intencją ustawodawcy przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Niewłaściwe jest zatem utożsamianie pominięcia pozycji, nieodzwierciedlenia jej nazwy czy ilości jednostek w kosztorysie wykonawcy, z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Podniósł, że błędna ilość jednostek w trzech pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego spowodowała jedynie nieznaczną modyfikację jego oferty w zakresie ceny oraz nie wpłynęła na kolejność ofert. Wywodził także, iż zamawiający w oparciu o dane zawarte w samej ofercie mógł samodzielnie poprawić omyłki zawarte w ofercie odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący LP Instal wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołanie, w których wniósł o oddalenie obu odwołań. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, oferty złożone przez odwołujących, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania, w dniu 4 lutego 2013 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferty złożone przez tych wykonawców zostały odrzucone. Natomiast oferty wybrane przez zamawiającego w części I i II jako najkorzystniejsze były - na podstawie kryteriów oceny ofert – ofertami mniej korzystnymi od ofert złożonych przez odwołujących. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy odrzucił oferty złożone przez odwołujących, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tych czynności, czego efektem może być wybór ofert odwołujących jako najkorzystniejszych w części II i I. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

#### Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 3 części, z czego:

- a) cz. I dotyczyła wykonania instalacji solarnych w Domu Pomocy Społecznej w Klisinie i w podległych zakładach (Klisino, Branice, Boboluszki, Dzbańce, Bliszczyce i Głubczyce) na podstawie projektów,
- b) cz. II dotyczyła wykonania instalacji pozyskiwania energii cieplnej geotermalnej za pomocą pomp ciepła w Domu Pomocy Społecznej w Klisinie (filia Dzbańce i Bliszczyce) na podstawie projektów.

Zamawiający w Rozdziale 14 SIWZ dokonał następującego opisu sposobu obliczania ceny:

- 14.1. Podatek należy naliczyć zgodnie z obowiązującymi przepisami o podatku od towarów i usług.
- 14.2. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia określone zostały w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3
- 14.3. Cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia w całości, na zasadach i warunkach określonych przez zamawiającego w niniejszej SIWZ.
- 14.4. Wpisanie „0” jako ceny jednostkowej spowoduje odrzucenie oferty.

14.5. Cena podana w ofercie powinna być ceną kompletną i jednoznaczną. Będzie obowiązywała strony przez cały okres trwania umowy.

14.6. Cena oferty musi być wyrażona w złotych (PLN) wraz z podatkiem VAT z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku.

14.7. Kosztorys ofertowy musi być sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej lub uproszczonej. W przypadku przedłożenia kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu i zysk.

14.8. Stawki i ceny wymienione przez wykonawcę nie będą podlegać korektom w trakcie wykonywania przedmiotu umowy.

14.9. Zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót.

14.10. Cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z przedmiaru robót, jak również koszty wykonania robót tymczasowych (tj. tych robót, które nie są uwzględnione w przedmiarze robót a są potrzebne do wykonania robót ujętych w przedmiarze, ale nie są przekazywane zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót) oraz koszty prac towarzyszących takich jak: wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, organizacja placu budowy wraz z jego późniejszą likwidacją, utrzymanie zaplecza budowlanego i inne koszty.

Ponadto, w pkt 16.1 SIWZ wskazano, że do formularza oferty należy załączyć kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej lub uproszczonej. W przypadku przedłożenia kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu i zysk.

W zakresie części II zamówienia, w przedmiarze robót dot. wykonania pompy ciepła w DPS Klisino, filia Dzbańce, w pozycji 10, zamawiający wymagał wykonania następujących robót: *dostarczenie i montaż elementów wyposażenia studni np. typ Spider – pokrywa włazowa z termoizolacją, właz kanałowy żeliwny, uszczelnienia rozdzielacze dla rur rozdzielczych DN 40, zawory regulacyjne do ustawiania przepływu tzw. rotamery, zawory odcinające DN40, itp. – 6 kpl.*

Odwołujący K&K oferując wykonanie części II zamówienia złożył kosztorys ofertowy, w którym w pozycji 10 zaoferował wykonanie następujących robót budowlanych: *dostarczenie i montaż elementów wyposażenia studni np. typ Spider – pokrywa włazowa z termoizolacją, właz kanałowy żeliwny, uszczelnienia rozdzielacze dla rur rozdzielczych DN*



*40, zawory regulacyjne do ustawiania przepływu tzw. rotamery, zawory odcinające DN40, itp.  
– 2 kpl.*

W zakresie części I zamówienia zamawiający wymagał wykonania m.in. następujących robót:

- a) w pozycji 3 przedmiaru robót na wykonanie termomodernizacji w budynku głównym DPS Klisino, filia Branice, rurociągi miedziane o śr. zewn. i gr. ścianki 22 x 1 mm na przegrodach budowlanych z połączeniem elementów lutem twardym – połączenie zasilania i powrotu solarów do wspólnych kolektorów zasilania i powrotu - 80 m,
- b) w pozycji 31 kosztorysu ofertowego na wykonanie termomodernizacji budynku wielofunkcyjnego DPS Klisino, wymiana odcinka rury stalowej ocynkowanej o śr. 20 mm - 14 msc,
- c) w pozycji 54 kosztorysu ofertowego na instalację solarną w DPS Dzbańce: rurociągi z tworzyw sztucznych o śr. zewnętrznej 40 mm o połączeniach zgrzewanych lub zaciskanych (wg wybranego systemu) na ścianach w budynkach niemieszkalnych - 32 m.

Odwołujący LP Instal, oferując wykonanie części I zamówienia, złożył kosztorysy ofertowe w których zaoferował wykonanie m.in. następujących robót:

- a) w pozycji 3 przedmiaru robót na wykonanie termomodernizacji w budynku głównym DPS Klisino, filia Branice, rurociągi miedziane o śr. zewn. i gr. ścianki 22 x 1 mm na przegrodach budowlanych z połączeniem elementów lutem twardym – połączenie zasilania i powrotu solarów do wspólnych kolektorów zasilania i powrotu - 60 m,
- b) w pozycji 31 kosztorysu ofertowego na wykonanie termomodernizacji budynku wielofunkcyjnego DPS Klisino, wymiana odcinka rury stalowej ocynkowanej o śr. 20 mm - 20 msc,
- c) w pozycji 54 kosztorysu ofertowego na instalację solarną w DPS Dzbańce: rurociągi z tworzyw sztucznych o śr. zewnętrznej 40 mm o połączeniach zgrzewanych lub zaciskanych (wg wybranego systemu) na ścianach w budynkach niemieszkalnych - 24 m.

Zamawiający oceniając treść obu ofert stwierdził, że podlegają one odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu niezgodności kosztorysów ofertowych w ww. pozycjach z przedmiotami robót.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty obu odwołujących potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że odwołujący K&K jak i odwołujący LP Instal rzeczywiście omyłkowo przyjęli do wyceny inną niż wskazana w SIWZ ilość robót. W przypadku odwołującego K&K dotyczyło to jednej ze stu trzydziestu kilku pozycji kosztorysu ofertowego. Mianowicie odwołujący K&K, w pozycji 10 kosztorysu ofertowego na wykonanie pompy ciepła w DPS Klisino, filia Dzbańce, błędnie wskazał liczbę „2 kpl” zamiast „6 kpl”.

Z kolei odwołujący LP Instal omyłkowo przyjął do wyceny nieprawidłową ilość robót w trzech spośród ok. 350 pozycji kosztorysu ofertowego. Mianowicie:

- a) w pozycji 3 kosztorysu ofertowego na wykonanie termomodernizacji w budynku głównym DPS Klisino, filia Branice, omyłkowo wskazał liczbę „60 m” zamiast liczby „80 m”,
- b) w pozycji 31 kosztorysu ofertowego na wykonanie termomodernizacji budynku wielofunkcyjnego DPS Klisino, omyłkowo wskazał liczbę „20 msc” zamiast liczby „14 msc”,
- c) w pozycji 54 kosztorysu ofertowego na instalację solarną w DPS Dzbańce omyłkowo wskazał liczbę „24 m” zamiast „32 m”.

Niewątpliwie w ww. pozycjach kosztorysy ofertowe odwołujących nie odpowiadały przedmiarom robót. Jednakże, wbrew stanowisku zamawiającego nie uzasadniało to odrzucenia ofert odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Norma prawna wynikająca z przywołanego przepisu jest jednoznaczna. Wynika z niej, że każdorazowo przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty w ww. trybie zamawiający jest zobowiązany przeanalizować możliwość poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do tego ostatniego przepisu „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu

oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. „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.”

Oceniając w aspekcie faktycznym i prawnym skutek ewentualnej poprawy Izba nie dopatrzyła się istotności zmiany w treści oferty któregośkolwiek z odwołujących. Izba oceniła zakres zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawców, a także jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty.

Izba stwierdziła, że na skutek omyłki wartość pozycji 10 kosztorysu ofertowego na wykonanie pompy ciepła w DPS Klisino, filia Dzbańce złożonego przez odwołującego K&K została zaniżona o ok. 20.475,20 zł. Przy przyjęciu prawidłowej ilości obmiarowej tj. 6 kpl wycena robót w tej pozycji winna kształtować się na poziomie 30.712,80 zł, zamiast wskazanych 10.237,60 zł. W konsekwencji całkowita wartość oferty winna wynieść 1.159.959,18 zł, zamiast 1.139.483,98 zł.

W przypadku odwołującego LP Instal:

- 1) w poz. 31 wartość brutto w kosztorysie ofertowym Filia Klisino po usunięciu omyłki wyniesie 663,16 zł, wobec wskazanych w ofercie 947,38 zł, co daje różnicę: - 284,22 zł,
- 2) w poz. 3 wartość brutto w kosztorysie ofertowym Filii Branice po usunięciu omyłki wyniesie 3.113,86 zł, wobec wskazanych w ofercie 2.335,39 zł, co daje różnicę: + 778,47 zł,
- 3) w poz.54 wartość brutto w kosztorysie ofertowym Filia Dzbańce po usunięciu omyłki wyniesie 935,88 zł, wobec wskazanych w ofercie 701,91 zł, co daje różnicę: + 233,97 zł.

Ostatecznie zatem całkowita wartość oferty odwołującego została zaniżona o ok. 728,22 zł. Winna wynieść 604.750,20 zł brutto, zamiast 604.021,98 zł brutto.

Izba stwierdziła, że po pierwsze różnica w cenie ofert wykonawców po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtować się będzie na poziomie jedynie ok. tj. 1,79% ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego K&K) i ok. 0,12 % ceny ofertowej brutto (w przypadku odwołującego LP Instal). Omyłki dotyczyły nieznaczej ilości pozycji przedmiarowych (odpowiednio jednej spośród stu trzydziestu kilku i trzech spośród około trzystu pięćdziesięciu). Po drugie, poprawienie omyłek nie będzie wymagać uzyskania jakiegokolwiek wyjaśnień ze strony odwołujących. Możliwie będzie w oparciu o treść samych ofert złożonych przez obu wykonawców. Będzie wynikiem zwykłego przemnożenia podanych przez wykonawców cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach przez prawidłowe ilości przedmiarowe.

Dostrzeżenia wymaga również fakt, że w wyniku poprawy omyłki nie zmieni się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu. Zarówno przed jak i po poprawieniu omyłek oferty odwołujących, w świetle kryteriów oceny ofert, pozostaną ofertami najkorzystniejszymi. W części II cena oferty odwołującego K&K na poziomie 1.159.959,18 zł brutto i tak będzie korzystniejszą od ceny ofertowej wykonawcy wybranego tj. Zakładu Wykonawczego Instalacji Sanitarnych A..... S....., który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 1.189.624,42 zł brutto. Analogicznie, w części I zamówienia, cena oferty odwołującego Lp Instal o wartości 604.750,20 zł brutto, pozostanie korzystniejszą od ceny oferty wybranej – złożonej przez wykonawcę Provsdar Bogusław Kopija o wartości 639.135,78 zł brutto.

Jednocześnie brak było podstaw do przypuszczenia, że omyłki były wynikiem celowego działania wykonawców. Jak wyjaśnił odwołujący K&K omyłka w zakresie ilości robót w pozycji 10, w której zamiast ilości „6” wskazano „2”, wynika najprawdopodobniej z automatycznego przeniesienia ilości „2” z poprzedniej, tj. 9 pozycji kosztorysu. W przypadku odwołującego LP Instal omyłki wynikły z faktu przepisywania przez osobę przygotowującą ofertę przedmiaru robót. Z powyższego wynika, że zamiarem obu wykonawców objęte było zaoferowanie całości przedmiotu zamówienia, odpowiednio w części II i I przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika również z formularzy ofertowych złożonych przez obu wykonawców, w których złożyli oni oświadczenie, że ich oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia są zgodne z zakresem określonym w SIWZ, dokumentacją przetargową, wizją lokalną i wzorem umowy.

W ocenie Izby, wszystkie te okoliczności świadczą o tym, że poprawki nie będą miały z pewnością istotnego znaczenia z punktu widzenia treści ofert obu wykonawców, zaś ich

zamiarem było wykonanie całości zamówienia. Oznaczało to konieczność zastosowania instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający odrzucając oferty obu odwołujących naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie. Zatem Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i II, unieważnienie czynności odrzucenia ofert złożonych przez obu odwołujących, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem ofert odwołujących. W ramach powtórzonej czynności badania ofert zamawiający poprawi na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w ofertach obu odwołujących w sposób wskazany w sentencji. O dokonanej poprawie zamawiający niezwłocznie zawiadomi wykonawcę, którego ofertę poprawiono (art. 87 ust. 2 in fine), celem uzyskania jego stanowiska w terminie, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w obu sprawach. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

W obu sprawach Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołujących, każde w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

**Przewodniczący:** .....