

Sygn. akt KIO/1127/10

**WYROK**  
**z dnia 30 czerwca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KANBUD” spółka cywilna, J. Wójcik, Z. Wójcik, ul. 9-go Maja 3/81, 32-590 Libiąż, Firma Handlowo-Usługowa „INSTBUD” Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50, „PABEX II” Spółka Jawna Andrzej Porada, Grzegorz Czeczko, ul. Zagórska 3, 42-500 Będzin** od czynności zamawiającego **Gminy Bobrowniki, ul. Gminna 8, 42-583 Bobrowniki**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania wraz z ponowną oceną ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Bobrowniki, ul. Gminna 8, 42-583 Bobrowniki i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KANBUD” spółka cywilna, J. Wójcik, Z. Wójcik ul. 9-go Maja 3/81, 32-590 Libiąż,**

**Firma Handlowo-Usługowa „INSTBUD” Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50, „PABEX II” Spółka Jawna Andrzej Porada, Grzegorz Czczeko, ul. Zagórska 3, 42-500 Będzin,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Bobrowniki, ul. Gminna 8, 42-583 Bobrowniki** na rzecz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KANBUD” spółka cywilna, J. Wójcik, Z. Wójcik ul. 9-go Maja 3/81, 32-590 Libiąż, Firma Handlowo-Usługowa „INSTBUD” Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50, „PABEX II” Spółka Jawna Andrzej Porada, Grzegorz Czczeko, ul. Zagórska 3, 42-500 Będzin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bobrowniki – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Budowę kanalizacji sanitarnej w Dobieszowicach przy ul. Kościuszki, Dojazdowej, Leśnej, Źródlanej, Krótkiej, Moniuszki, Wąskiej, Młyńskiej, Mickiewicza, 27 Stycznia i Wesoła". Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 30 kwietnia 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 2 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych „KANBUD” spółka cywilna, J. Wójcik, Z. Wójcik, ul. 9-go Maja 3/81, 32-590 Libiąż, Firma Handlowo-Uslugowa „INSTBUD” Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50, „PABEX II” Spółka Jawna Andrzej Porada, Grzegorz Czeczko, ul. Zagórska 3, 42-500 Będzin (dalej: Odwołujący lub Konsorcjum) o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy w związku z błędami w kosztorysie ofertowym, polegającymi na niezgodności obmiarów w pozycjach: od 6.9 do 6.11 i od 7.2 do 7.22 dla kanalizacji na ul. Wesolej i wynikającym stąd błędem w obliczeniu ceny oferty.

W dniu 7 czerwca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny i bezprawne uznanie oferty odwołującego, która zawierała niższą cenę oferty za podlegającą odrzuceniu,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego, co do nieprawidłowej ilości jednostek miar w kosztorysie, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz w konsekwencji naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez nie dokonanie

zmiany wartości poprawionych pozycji kosztorysu, jak również nie zawiadamiając o powyższym Odwołującego,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez uznanie, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ oraz, że zawiera błędy w obliczeniu ceny, nie stosując art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący żądał:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę TARBAU Sp. z o. o z siedzibą w Tarnowskich Górach,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania,
3. nakazania Zamawiającemu dokonania poprawy omyłek w ofercie Odwołującego,
4. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania podnosił, że istotnie, złożona oferta zawierała niezgodności w niektórych pozycjach przedmiarów, jednak wskazane nieścisłości wynikały jedynie z omyłki popełnionej przez Odwołującego. Odwołujący nadmieniał, iż wszystkie mylnie wypełnione pozycje przedmiarowe odpowiadają opisowi wynikającemu z „wzorcowego kosztorysu”. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył podstawową zasadę wyrażoną w art. 7 ust 1 ustawy poprzez niewłaściwe stosowanie wszystkich przepisów ustawy w stosunku do jednego z uczestników postępowania. Odwołujący twierdził, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający odrzucając jego ofertę powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 zaniechał zastosowania procedury tam określonej - „z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”, czyli dokonania w ofercie poprawek, innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, jeżeli te poprawki nie spowodują istotnych zmian w treści oferty. Ponadto, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie zastosował zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia niniejszego postępowania. W rozdziale 22 SIWZ - Badanie i ocena ofert - wyraźnie wskazano, iż Zamawiający poprawi w treści oferty inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy) o ile wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o tym fakcie zgodził się na ich poprawienie. Zamawiający wskazał również, iż tymi innymi omyłkami mogą być np.: błędnie podane liczby jednostek miar. Zdaniem odwołującego taka sytuacja występuje w niniejszej sprawie. Odwołujący stwierdził, że wszystkie niezgodności nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Podkreślał, iż na ogólną liczbę 431 pozycji, 14 spośród 27 wskazanych niezgodności polegają na wycenie większej niż wymagana przez zamawiającego ilość

jednostek miar określonych robót. Konsorcjum twierdziło, że wobec wyceny w kosztorysie w ramach wskazanych pozycji również cen jednostkowych poszczególnych pozycji, iż w ramach tej większej ilości wykazywanych robót wyceniło również wymaganą w SIWZ wielkość robót. Ponadto trzy pozycje kosztorysowe nie były wymagane w ogóle przez Zamawiającego. Podobna jest również sytuacja w pozostałych pozycjach kosztorysowych, gdzie co prawda Odwołujący wycenił mniejszą liczbę jednostek niż wymagane w SIWZ, jednakże wycena ceny jednostkowej w tej pozycji pozwala na poprawienie tej omyłki samodzielnie przez Zamawiającego. Tym samym, w opinii Odwołującego, Zamawiający stwierdzając owe niezgodności powinien był dokonać poprawienia oferty Odwołującego co do nieprawidłowej ilości jednostek miar w kosztorysie, przyjmując w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, że mamy do czynienia ze sprzecznością SIWZ, której poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, a następnie poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy omyłek rachunkowych polegających na niewłaściwej operacji matematycznej polegającej na przeliczeniu ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej przez poprawioną w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy, wynikającą z SIWZ ilość tych jednostek jako konsekwencji pierwszej z ustalonych omyłek. Powyższe działania, zdaniem Odwołującego nie doprowadzą do zmiany treści oferty, która mogłaby być uznana za istotną. Odwołujący wskazał, że oceniając istotność zmian w ofercie należy uwzględnić okoliczność czy poprawienie ceny ofertowej wpływa bądź też nie na pozycję rankingową tej oferty. Korekta oferty Odwołującego wyniesie 51.885,68 zł. netto i w żaden sposób nie wpłynie to na pozycję rankingową tej oferty. Tak bowiem przed jej poprawieniem, jak i po poprawieniu oferta Odwołującego będzie najtańsza.

W dniu 14 czerwca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy - Tarbau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Nakielska 35, 42-600 Tarnowskie Góry - do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 25 czerwca 2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w którym podnosił, że Odwołujący w kosztorysie szczegółowym dla zakresu robót na ul. Wesołej w Dobieszowicach popełnił szereg błędów, które polegają na niezgodności aż 27 pozycji kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót w SIWZ, natomiast 3 pozycje nie były objęte przedmiarem robót. Liczba tych błędów stanowi 21% wszystkich pozycji tego kosztorysu. W opinii Zamawiającego ilość niezgodności jest znacząca i stanowi w rozumieniu Zamawiającego istotny błąd w sporządzeniu oferty i przyczynę istotnych zmian w jej treści. Stwierdza, że ww. stanowisku było powodem odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W przedmiarze pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przepompownią i rur. tocznym ulica Wesoła (Kolonia Wesoła) w Dobieszowicach” w poszczególnych pozycjach podano następujące ilości: od poz. 6.9 do poz. 6.11 – 45,40 m<sup>3</sup> (każda pozycja), od poz. 7.2 do poz. 7.7 oraz poz. 7.9 - 1241,50 m<sup>2</sup> (każda pozycja), poz. 7.8 – 302,72 t, poz. 7.10– 224,70 m<sup>2</sup>, od poz. 7.11 do poz. 7.12 – 138,0 m<sup>2</sup> (każda pozycja), poz. 7.13 – 86,70 m<sup>2</sup>, poz. 7.14– 37,50 m<sup>2</sup>, poz. 7.15 – 12 m<sup>2</sup>, poz. 7.16– 13,20 m<sup>2</sup>, poz. 7.17– 24 m<sup>2</sup>, poz. 7.18 – 25 m, poz. 7.19 – 16,28 m<sup>3</sup>, od poz. 7.20 do 7.21 – 325,50 m<sup>2</sup> (każda pozycja), poz. 7.22 – 6 szt.

W kosztorysie ofertowym wykonawcy w odniesieniu do ww. pozycji podano następujące ilości: od poz. 6.9 do poz. 6.11 – 347,84 m<sup>3</sup> (każda pozycja), od poz. 7.2 do poz. 7.7 oraz poz. 7.9 - 450,00 m<sup>2</sup> (każda pozycja), poz. 7.8 – 117,27 t, poz. 7.10– 895,50 m<sup>2</sup>, od poz. 7.11 do poz. 7.12 – 660,0 m<sup>2</sup> (każda pozycja), poz. 7.13 – 235,50 m<sup>2</sup>, poz. 7.14– 82,50 m<sup>2</sup>, poz. 7.15 – 24 m<sup>2</sup>, poz. 7.16– 18,00 m<sup>2</sup>, poz. 7.17– 36 m<sup>2</sup>, poz. 7.18 – 20 m, poz. 7.19 – 18,0 m<sup>3</sup>, od poz. 7.20 – 2655 m<sup>2</sup>, poz. 7.21 – 350,0 m<sup>2</sup>, poz. 7.22 – 5 szt. Ponadto w poz. 99, 113 i 115 kosztorysu ofertowego Konsorcjum ujęto prace, których realizacji Zamawiający nie wymagał.

Według załącznika nr 12 do protokołu postępowania „Zbiorcze zestawienie ofert” w postępowaniu złożono 2 oferty o następujących cenach brutto:

1. oferta Konsorcjum w kwocie 3.630.984,97 zł.
2. oferta Tarbau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w kwocie 5.611.423,21 zł.

Różnica pomiędzy cenami złożonych ofert wynosiła 1.980.438,24 zł. brutto.

Zgodnie z pkt. XXI.1 „Opis kryteriów” - w Rozdziale XXI pn. Kryteria oceny ofert, ich znaczenie i sposób oceny siwz - jedynym kryterium stosowanym przy wyborze oferty najkorzystniejszej była cena.

Jak ustalono na rozprawie na podstawie dokumentacji postępowania (zwrotne potwierdzenie odbioru pisma), w dniu 8 czerwca 2010 r. wykonawca Tarbau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Nakielska 35, 42-600 Tarnowskie Góry otrzymał informację Zamawiającego o wpływie odwołania i wezwaniu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

## **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy Tarbau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Nakielska 35, 42-600 Tarnowskie Góry, gdyż w ocenie Izby wykonawca nie wypełnił obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 185 ust. 2 ustawy, tj. zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Z ustaleń Izby wynika, że przystąpienie do postępowania odwoławczego zostało wniesione w dniu 14 czerwca 2010 r. a więc z uchybieniem terminu, który upływał w dniu 11 czerwca 2010 r. W związku z tym, Izba uznała, że wykonawca nie przystąpił skutecznie do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, bezsporna jest niezgodność oferty Odwołującego z specyfikacją istotnych warunków zamówienia w przedmiotowej sprawie w aspekcie realizacji nałożonego na wykonawców obowiązku wycenienia poszczególnych pozycji robót według przedmiaru pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przepompownią i rur. tocznym ulica Wesoła (Kolonia Wesoła) w Dobieszowicach”

Wobec przyjęcia przez Odwołującego niewłaściwych ilości robót w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego oraz dodania i wyceny pozycji nie wymaganych przez Zamawiającego, nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż

oferta zawiera błędy w zakresie materialnym. I tak: Odwołujący w 24 pozycjach kosztorysu ofertowego podał inne ilości robót niż przewidziane przez Zamawiającego w przedmiarze. W 18 przypadkach zwiększył ilość wymaganych robót, natomiast w pozostałych 6 przypadkach zaniżył wskazaną przez Zamawiającego ilość robót. Ponadto, dodał trzy pozycje, których wykonania Zamawiający nie wymagał.

Izba potwierdza, że Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę Odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba podzieliła opinię i stanowisko Odwołującego i potwierdziła możliwość, a w konsekwencji obowiązek Zamawiającego, poprawienia oferty Konsorcjum w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie omyłek zawartych w kosztorysie ofertowym.

Odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izby nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w kwestii braku możliwości poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym Konsorcjum ze względu na ich liczebność, ponieważ ustawodawca w przywołanym przepisie nie warunkuje możliwości poprawienia omyłek w zależności od ich ilości, a z całą stanowczością wskazuje na ich istotność. W



ocenie Izby niezasadne jest także odnoszenie się tylko do liczby pozycji w pojedynczym kosztorysie (116 pozycji) w sytuacji gdy na całość przedmiotu zamówienia składa się kilka kosztorysów ofertowych wykonawcy, które zawierają łącznie 431 pozycji.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Odnosząc powyższe do przedmiotowego przypadku stwierdzić należy, iż przeprowadzenie postulowanych przez Odwołującego poprawek w treści jego oferty zwiększyłoby o niespełna 66.300,26 zł brutto (tj. o 1,7%) wartość kwoty oferty Konsorcjum. Uwzględniając powyższe, proporcje oraz charakter określenia i wyliczenia wartości roboty budowlanej, stwierdzić należy, iż zmiana polegająca na właściwym przyjęciu poszczególnych pozycji kosztorysu i wykreśleniu pozycji nie wymaganych przez Zamawiającego oraz związanej z tym korekcie wartości oferty zarówno w jej aspekcie materialnym, jak i formalnym nie powinna być uznawana za istotną i niemożliwą do przeprowadzenia. Szczególnie, że jak ustaliła Izba, różnica cenowa pomiędzy ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu jest znaczna i wynosi 1.980.438,24 zł.

Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Tego typu sytuacja w rozpatrywanym przypadku nie zachodzi. Zmawiający w przedmiarach poszczególnych robót jasno wskazał ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu. Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych robót winny się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu. W związku z powyższym Zamawiający winien poprawić ofertę Konsorcjum poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ilości robót wskazanych w przedmiarach robót załączonych do SIWZ i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygowanie o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia a następnie konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia.

Izba wskazuje, iż nakazanie Zamawiającemu przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania oraz dokonania poprawienia jej treści w oparciu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest równoznaczne z koniecznością powtórzenia wszelkich niezbędnych czynności w postępowaniu, które wiążą się z pozostawieniem w postępowaniu ważnej oferty, która według kryteriów oceny ofert pozostaje ofertą najkorzystniejszą, typu: powtórzenie oceny ofert i ewentualny wybór tej oferty, chyba, że znajdą przesłanki unieważnienia postępowania lub wykluczenia wykonawcy albo odrzucenia jego oferty w związku z wystąpieniem innych okoliczności niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez Zamawiającego w związku z odrzuceniem oferty odwołującego bez uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a tym samym potwierdza naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty odwołującego w zakresie poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym Odwołującego.

Naruszenie pozostałych przepisów wskazywanych w odwołaniu jest wtórne do naruszenia przepisów wyżej wymienionych, w związku z czym zarzuty ich dotyczące nie były przez Izbę rozpatrywane.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, 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, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 § 5 ust. 2 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). Izba uwzględniła koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł. na podstawie rachunku przedstawionego do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....