

WYROK
z dnia 29 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2013 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2013 r. przez **Odwołującego** - AS-BUD M....., S..... Sp. J., ul. Obywatelska 112D, 94-104 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji, ul. Okólna 181, 91-520 Łódź,

przy udziale **Wykonawcy** - Zakład Remontowo-Budowlany "GIPS-SERVICE" G..... R..... S....., ul. Kuropatwińskiej 12a, 95-100 Zgierz, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonania w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprawy omyłki w treści poz. 51 kosztorysu ofertowego odwołującego poprzez zastąpienie treści „Agregat skraplający typu MAH/K 61 o wyd. Qch=16,2 kW z automatyka”, treścią „Agregat skraplający typu MHA/K 242 o wyd. Qch.= 71,6 z automatyką”.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji, ul. Okólna 181, 91-520 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** -

AS-BUD M....., S..... Sp. J., ul. Obywatelska 112D, 94-104 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji, ul. Okólna 181, 91-520 Łódź na rzecz **Odwołującego** - AS-BUD M....., S..... Sp. J., ul. Obywatelska 112D, 94-104 Łódź kwotę **13 817 zł 31 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji (*WZZOZCLChPiR*) w Łodzi ul. Okólna 181, 91-520 Łódź, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie przebudowy kuchni na oddział dla pacjentów mechanicznie wentylowanych w *WZZOZCLChPiR w Łodzi*”.

Postępowanie jest prowadzone według zasad gdy wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 13 listopada 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców iż w wyniku wykonania wyroku KIO z dnia 22.10.2013 roku o sygn. akt 2388/13 dokonał unieważnienia czynności pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz, że w wyniku ponownej oceny oferty została wybrana (tak jak poprzednio) oferta wykonawcy ZRB GIPS- SERVICE G..... R..... S....., 95-100 Zgierz ul. Kuropatwińskiej 12 a oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy AS-BUD M..... S..... Sp. J.ul. Obywatelska 112D, 94-104 Łódź, który to wykonawca w dniu 13 listopada 2013 roku od tej czynności zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonanie bezprawnych czynności polegających na:

- Dokonaniu czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- Dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty firmy ZRB GIPS-SERVICE G..... R..... S....., 95-100 Zgierz ul. Kuropatwińskiej 12 a
- Zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZRB GIPS-SERVICE G..... R..... S.....
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego
- dokonania ponownej oceny złożonych ofert,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty składającego Odwołującego

Uzasadniając powyższe zarzuty i żądania podniósł, że zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie w dniu 01.08.2012 r. Na podstawie wyroku KIO z dnia

22.10.2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2388/13, zamawiający został zobowiązany do unieważnienia swojej czynności dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego. W dniu 08.11.2013 r. zamawiający przesłał do odwołującego za pomocą faksu dwa pisma. O godz. 15:29 odwołujący otrzymał pismo, z którego treści wynikało, że zamawiający w wyniku wydanego przez KIO orzeczenia, unieważnił na jego podstawie dokonane czynności oraz że dokona ponownej czynności badania i oceny ofert. W tym samym dniu o godz. 15:33, zamawiający przesłał odwołującemu pismo z ponownym rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania przetargowego. W piśmie tym poinformował odwołującego, że jako najkorzystniejsza została wybrana ponownie oferta wykonawcy ZRB GIPS-SERVICE G..... R..... S....., a oferta odwołującego została ponownie odrzucona, lecz z innego powodu niż to miało miejsce przy pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako podstawę odrzucenia zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że w kosztorysie ofertowym dotyczącym WENTYLACJI odwołujący, zdaniem zamawiającego, zaproponował agregat skraplający niezgodny z wymaganiami, o mniejszej wydajności. W związku z powyższym zamawiający uznał, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do wskazanej podstawy odrzucenia oferty podał, że zamawiający dołączył do SIWZ oprócz dokumentacji projektowej również kosztorysy inwestorskie. W kosztorysie inwestorskim dotyczącym WENTYLACJI, w poz. 51 zamawiający zawarł sprzeczne zapisy dotyczące tej pozycji. W opisie pozycji znalazł się zapis „ Agregat skraplający typu MHA/K 242 o wym, 2350x1920x1100 mm o wyd. Qch. = 71,6 kW z automatyką ”. W tej samej pozycji w wyszczególnieniu materiałów zamawiający zawarł zapis „ Agregat skraplający typu MHA/K 61 o wyd. Qch.= 16,2 kW z automatyką”. W związku z błędem popełnionym przez zamawiającego jeden z wykonawców zadał pytanie dotyczące zaistniałej rozbieżności. W dniu 13.09.2012 r. zamawiający odniósł się do tej kwestii i w odpowiedzi nr 20 oświadczył, że do wyceny należy przyjąć Agregat skraplający typu MHA/K 242 o wym. 2350x1920x1100 mm o wyd. Qch. = 71,6 kW z automatyką.

Zamawiający oświadczył również, że podany w zestawieniu materiałów agregat znalazł się tam omyłkowo i, jak to sformułował zamawiający, „w tym temacie nie występuje”. Jednakże zamawiający nie dokonał poprawienia - ujednolicenia, załączonych do SIWZ kosztorysów tylko wskazał, że do wyceny należy przyjąć agregat o większej wydajności. Tym samym zgodnie z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią wykonawcy mieli przyjąć do wyceny określony agregat.

Ponadto dodał, że zamawiający nie ujednolicił kosztorysu (kosztorys zamienny) oraz nie nakazał dokonywać wykonawcom zmian w kosztorysach tylko nakazał przyjąć dany agregat do wyceny. Opierając się na tych wyjaśnieniach odwołujący dostosowując się do

nich, przyjął do wyceny agregat wymagany przez zamawiającego nie dokonując zmiany istniejących opisów w kosztorysach

Podał, że zgodnie z treścią przepisu art. w art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp. zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy tylko wtedy, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz powstała niezgodność nie może być usunięta poprzez zastosowanie przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 dotyczącego możliwości poprawy innych omyłek.

Wskazał, że zamawiający w poz. 51 w kosztorysie dotyczącym Wentylacji popełnił, jak to sam określił „omyłkę”, i nakazał wykonawcom wycenę agregatu o większej mocy. Odwołujący wskazuje, że w złożonym przez niego kosztorysie znajduje się taki sam zapis jak w kosztorysach zamieszczonych przez zamawiającego. Opis poz. nr 51 jasno wskazuje na to, co jest de facto przedmiotem roboty w tej pozycji wymienionej. Przedmiotem owej roboty był bezsprzecznie agregat MHA/K 242 o wym. 2350x1920x1100 mm o wyd. Qch. = 71,6 kW z automatyką i taki właśnie agregat został przez odwołującego, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 13.09.2012 r., przyjęty do wyceny.

Stwierdził, że porównanie ceny wynikającej z złożonej mu oferty VENTRA CLIMA Sp. z o.o. z dnia 10.08.2012 r. na wskazany przez zamawiającego w opisie pozycji kosztorysowej agregat i ceny wskazanej przez odwołującego w poz. nr 51 kosztorysu dotyczącego wentylacji, prowadzi do oczywistego wniosku, iż to właśnie agregat typu MHA/K 242 o wym. 2350x1920x1100 mm i o wyd. Qch.= 71,6 kW został przez odwołującego wyceniony i zaoferowany.

Nadto zarzucił zamawiającemu, że odrzucenie oferty zostało dokonane z powodu nie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający pozbawił się możliwości wyjaśnienia zaistniałej sytuacji i wyboru oferty z najkorzystniejszą ceną. Wskazał iż mimo faktu, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość, a nie nakłada na niego obowiązku do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień, to jednak należy pamiętać, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z przepisu art. 87 ust. 2 Ustawy jest doprowadzenie ofert do stanu umożliwiającego ich porównanie.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania podał, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający (dokumentacja projektowa i pozycja 50 oraz 51 kosztorysu) wymagał, aby wykonawcy zaoferowali agregat skraplający typu MHA/K 242 o wym. 2350 x 1920 x 1100 mm i wydajności qch = 71,6kW z automatyką. Natomiast w zestawieniu materiałów zamawiający omyłkowo wskazał jako wymagany agregat skraplający typu MHA/K 61 o wydajności qch = 16,2 kW z automatyką. Omyłka ta została przez zamawiającego poprawiona w dniu 13 września 2012 roku w odpowiedzi na pytanie nr 20 jednego z wykonawców. Należy zatem uznać, że odpowiadając na pytanie jednego z

wykonawców, zamawiający poprawił swoją omyłkę i tym samym zmodyfikował treść SIWZ. Dodał, że wg niego odwołujący wyliczając wartość kosztorysu uwzględnił agregat o niższej wydajności, niż żądany przez zamawiającego, co również wpłynęło na wartość całego kosztorysu i tym samym na cenę oferty.

Odnosnie zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp wskazał, że udzielając wyjaśnień na żądanie zamawiającego odwołujący w istocie musiałby zmienić treść swojej oferty, tj. musiałby zmienić oferowany przez siebie agregat, a tym samym cały kosztorys, w tym i cenę oferty. Niewątpliwie bowiem zmiana jednej pozycji w kosztorysie pociąga za sobą zmianę w całym kosztorysie, a tym samym istotną zmianę całej oferty.

Podobnie również odniósł się do zaniechania poprawienia poz. 51 kosztorysu ofertowego odwołującego stwierdzając, że skorzystanie z tego uprawnienia przez zamawiającego również nie było w przedmiotowej sytuacji możliwe, ze względu na ustawowy zakaz ingerencji przez zamawiającego w treść oferty. Zmiana jednej z pozycji kosztorysu jest zmianą istotną, a tym samym wpływałaby na treść samej oferty, a w szczególności na jej cenę.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ZRB GIPS- SERVICE którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu. W wniesionym przystąpieniu podniósł iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, gdyż ta jest niezgodna z treścią SIWZ. Wskazał iż w jego ocenie urządzenie zaproponowane przez firmę „AS-BUD” w żadnym razie nie spełnia wymagań określonych w projekcie oraz wymagań sprecyzowanych wyraźnie przez zamawiającego w odpowiedziach na pytania oferentów, zamieszczonych w dniu 13.09.2012r. Porównanie parametrów urządzenia zaprojektowanego oraz urządzenia zaoferowanego przez odwołującego nie pozwala również na stwierdzenie, iż mamy tu do czynienia z urządzeniem równoważnym, o którym mowa jest w pkt 3.11 SIWZ. Zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów równoważnych do określonych w nakładach rzeczowych wg. Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i dokumentacji projektowej, jednakże trudno mówić, iż równoważnym dla urządzenia o wydajności $Q_{ch}=71,6$ kW jest urządzenie o wydajności $Q_{ch}=16,2$ kW.

Podniósł iż w jego ocenie twierdzenie odwołującego, że dokonał wyceny urządzenia wskazanego przez zamawiającego bez zmiany treści pozycji kosztorysowej - nie znajduje oparcia w treści oferty złożonej przez odwołującego.

Stwierdził, że w tej materii zwrócić należy uwagę na fakt, że odwołujący w innych przypadkach, realizując wytyczne i żądania zamawiającego zawarte w odpowiedziach na pytania konsekwentnie dokonywał jednak zmian w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Dla przykładu podał kosztorys ofertowy z branży „Gazy Medyczne” gdzie

pozycje nr 32; 50; 51; 52; 53; 54; 65; 66; 67; 68; 69; 70; 88; 89; 90; 92; 93; 115; 116; 117; 118; 119; 120; 121 - zostały przez odwołującego poprawione lub uzupełnione zgodnie z treścią odpowiedzi na pytania zamawiającego.

Nadto podniósł, że odwołujący nie udowodnił, że wycena kosztorysowa dotyczy w istocie agregatu skraplającego typu MHA/K 242 a nie jak to wynika wprost z treści oferty - agregatu skraplającego typu MHA/K 61. W ocenie odwołującego o zamiarze dokonania wyceny właściwego urządzenia miałyby świadczyć załączona do odwołania oferta z firmy dostarczającej tego typu urządzenia. Jednakże tutaj należało zauważyć, że cena z kosztorysu ofertowego (52.500 zł) znacząco odbiega od zaoferowanej przez dostawcę ceny zakupu. Przedmiotowa oferta opiewa bowiem na kwotę 86.700 zł netto. W ofercie tej została wprowadziona przewidziana możliwość uzyskania upustu 40%, jednak pod warunkiem przejęcia serwisu gwarancyjnego, co oznacza, że rabat udzielany sprzedawcy (w tym wypadku firmie As - Bud) przez gwaranta następuje w zamian za przejęcie jego zobowiązań gwarancyjnych i stanowi zryczałtowaną formę wynagrodzenia sprzedawcy z tytułu jego zobowiązania się do świadczenia za gwaranta usług gwarancyjnych. Taka forma współpracy niesie za sobą oczywiste zwiększone ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów. Dodatkowo sprzedawca zastrzegł sobie obowiązkowe uczestnictwo przy uruchomieniu agregatu za kwotę 1.300 zł. Łącznie zatem koszt zakupu takiego urządzenia wyniósłby (przy uwzględnieniu rabatu) - co najmniej kwotę 53.300 zł netto. Tymczasem wycena agregatu dokonana przez Odwołującego w poz. 51 kosztorysu wynosi 52.500 zł. Oznacza to, iż nawet przy uwzględnieniu rabatu Odwołujący musiałby ponieść stratę.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ w tym IDW, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i przystępującego złożonych do protokołu w toku rozprawy, ustalili i zważyli, co następuje.

Odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

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

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienia odwołania jego

oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą i uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu realizację przedmiotowego zamówienia.

Na wstępie stwierdzić należy, że w sytuacji prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej tzw. progów unijnych odwołanie od czynności zamawiającego przysługuje tylko w zakresie przewidzianym w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 1-4 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu oferta odwołującego została odrzucona, a więc podstawą odwołania jest zarzut niezasadnego odrzucenia oferty. W tym zakresie Izba wskazuje, że zakres formułowanych zarzutów w odwołaniu winien mieć ścisły związek z wystąpieniem sytuacji o których mowa w ww. przepisie ustawy. Podniesione zarzuty, jak również prezentowaną argumentację należy rozpatrywać w kontekście czy mają one uzasadniać niezasadność czynności zamawiającego które doprowadziły do odrzucenia oferty, czy też mają być samodzielny wskazujący na dalsze czynności zamawiającego którymi naruszył przepisy Pzp, jednakże w tym postępowaniu nie mogące być objęte odwołaniem. Dlatego też brak jest podstaw do rozpoznawania zarzutu dotyczącego niezasadnego wyboru najkorzystniejszej oferty, a także branie pod uwagę argumentacji przystępującego dotyczącej rzekomego popełnienia przez odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby nie wykazano aby te kwestie miały związek z odrzuceniem oferty odwołującego, a więc z czynnością zamawiającego od której wniesiono przedmiotowe odwołanie.

Izba uznała, że stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i przystąpieniu do postępowania jest zgodny ze stanem ustalonym w trakcie rozprawy. Wobec tego zdaniem Izby nie wymagał on uzupełnień i tym samym powielanie stanu faktycznego wskazanego powyżej przy dokonywaniu merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów, Izba uznała za zbędne.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów odwołania w odniesieniu do treści sentencji orzeczenia wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tym samym zanim zamawiający dokona odrzucenia oferty

jako nieodpowiadającej treści SIWZ, obowiązany jest dokonać jej analizy przez pryzmat obowiązku poprawienia jej niezgodności z treścią SIWZ.

Z powyższego przepisu wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu złożonych ofert, również tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, pod warunkiem, że nie doprowadzi to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek.(...) 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 obecnie określonych reguł. (...) Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. (...) Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”*

Z powyższego 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, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Za wyrokiem KIO o sygn. akt 2383/13, dot. stanu faktycznego sprawy podobnej do stanu z tego postępowania stwierdzić należy, że *„Zamawiający obowiązany jest niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Oznacza to tyle, że ewentualne obawy, jakie artykułował na rozprawie Zamawiający, iż wykonawca w sposób świadomy chce przemycić do umowy niedopuszczone w postępowaniu materiały, nie mają racji bytu, skoro Zamawiający dostrzegając niezgodność oferty z SIWZ dokona jej poprawienia, a na tę poprawę wykonawca musi wyrazić zgodę. Ta zgoda to przecież pełnowartościowym*

oświadczeniem woli, które eliminuje ryzyko nieporozumień i sporu na etapie wykonywania umowy”.

Odnosząc się do konsekwencji możliwego zakresu poprawy omyłki w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy stwierdzić należy, że naniesiona w treści kosztorysu poprawka nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jednakże jest fakt, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. O istotności tejże zmiany każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, a w szczególności czy dokonana poprawa nie spowoduje wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od pierwotnie złożonego przez wykonawcę. W orzecznictwie przyjmuje się, że o istotnej zmianie treści oferty można by mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia (tylko ten aspekt jest rozważany), że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.

Za ugruntowaną linią orzecniczą w zakresie możliwości odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ, stwierdzić należy, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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. Podobnie w tej sprawie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Białymstoku który w wyroku z 24 listopada 2010 r. w spr. o sygn. akt II Ca 803/10 stwierdził, że „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”

Wobec tego zamawiający przed ewentualnym odrzuceniem oferty winien wyjaśnić wszelkie wątpliwości pojawiające się na gruncie stwierdzonej niezgodności treści oferty z SIWZ. Przede wszystkim winien poznać i przyczyny tej niezgodności występując w tej kwestii do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia złożonych dokumentów. Art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Pzp należy bowiem interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne (tak: wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009r. w spr. KIO/UZP-992/09).

Ciężar dowodowy wykazania przesłanek odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny ze swoich twierdzeń (art. 190 ust. 1 p.z.p.).

Ustawa Pzp przewiduje szereg regulacji, które nakładają na zamawiającego obowiązki naprawienia oferty – poczynając od obowiązku wezwania do uzupełnienia i

wyjaśnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań zamawiającego (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy), poprzez nakaz jej wyjaśnienia (art. 87 ust. 1 ustawy), wreszcie poprzez obowiązek poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ, jeśli nie spowoduje to istotnej zmiany treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy).

Przenosząc powyższe rozważania i ustalenia na grunt przedmiotowego postępowania, na wstępie stwierdzić należy za zamawiającym, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ było to iż odwołujący w pozycji 51 kosztorysu ofertowego zaoferował nie taki agregat jakiego wymagał zamawiający. Jednakże zauważyć należy, że w kosztorysie inwestorskim dotyczącym WENTYLACJI, w poz. 51 zamawiający zawarł sprzeczne zapisy dotyczące tej pozycji. W opisie pozycji kosztorysu znalazł się zapis „*Agregat skraplający typu MHA/K 242 o wym. 2350x1920x1100 mm o wyd. Qch. = 71,6 kW z automatyką*”. W tej samej pozycji w wyszczególnieniu materiałów Zamawiający zawarł wymóg „*Agregat skraplający typu MHA/K 61 o wyd. Qch.= 16,2 kW z automatyką*”.

W dniu 13.09.2012 r. zamawiający udzielając odpowiedzi na nr 20 oświadczył, że do wyceny należy przyjąć *Agregat skraplający typu MHA/K 242 o wym. 2350x1920x1100 mm o wyd. Qch. = 71,6 kW z automatyką*. Jednakże zamawiający nie dokonał poprawy treści kosztorysu inwestorskiego w tym zakresie, jak również w odpowiedzi na pytanie wprost nie nakazał wykonawcom zmiany treści tej pozycji kosztorysu.

Stosując się do treści zarówno odpowiedzi zamawiającego jak i zachowując treści przekazanego wykonawcom kosztorysu inwestorskiego, odwołujący dokonał wpisania kwoty za jaką zamierza wymagany przez zamawiającego agregat dostarczyć.

Kwestią sporną pomiędzy stronami było to czy faktycznie za wskazaną kwotę taki agregat można było w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zamawiającemu dostarczyć. Odwołujący na potwierdzenie realności kwoty za jaką można nabyć przedmiotowy agregat przedłożył ofertę firmy Ventra Clima z której wynikało, że po uwzględnieniu rabatu możliwe jest nabycie tego agregatu za kwotę około 52 tys złotych – cena podana w kosztorysie to kwota 52 500,00 złotych. Zarzuty zarówno zamawiającego jak i przystępującego co do prawdziwości tej ww. oferty nie zasługują na uwzględnienie, gdyż w żaden sposób podnoszone zarzuty nie zostały udowodnione. Przykładowo wskazać należy, że zamawiający jak i przystępujący kwestionowali możliwość nabycia za wskazaną w ofercie kwotę przedmiotowego agregatu. Miało to wynikać z przeprowadzonych rozmów z prezesem firmy Ventra Clima. Jednakże na tą okoliczność żadnego dokumentu mającego potwierdzać te ustalenia, czy uzyskane informacje o wyższej cenie takiego agregatu nie przedstawiono. Tym samym nie udowodniono nierealności ceny agregatu podanej przez odwołującego. Odwołujący na rozprawie przedłożył również ofertę firmy Clint, innego niż Ventra Clima dystrybutora ww. agregatów z której jednoznacznie wynikało, że obecnie możliwe jest

nabycie wymaganego przez zamawiającego agregatu za kwotę około 47,6 tys. złotych. Z przedmiotowego pisma wynikało również, że koszt nabycia agregatu skraplającego typu MHA/K 61 tj. tego o niższych parametrach, który rzekomo miał zaoferować w ofercie odwołujący wynosi około 13,7 tys. złotych.

Nadto zauważyć należy, że zamawiający również nie wykazał, że koszt zakupu agregatu typu MHA/K 61, a więc tego który według zamawiającego zaoferował odwołujący może kształtować się w kwocie podanej w poz. 51 kosztorysu ofertowego.

Niewątpliwym w sprawie jest także fakt, że odwołujący w poz. 50 kosztorysu podał koszt montażu agregatu oczekiwanego przez zamawiającego tj. typu MHA/K 242, ponadto w opisie poz. 51 wskazał również na ten typ agregatu, natomiast w części poz. 51 dotyczącej opisu agregatu wskazał na agregat mniejszej mocy, ale już wskazana cena tego urządzenie nie może być utożsamiana z agregatem o niższych parametrach technicznych tj. typu MHA/K 61, gdyż wg. ustaleń cena ta jak wyżej wykazano jest około trzykrotnie niższa.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz to, że zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na to iż za wskazaną przez odwołującego cenę nie jest możliwe nabycie agregaty typu MHA/K 242, a tylko- wg twierdzenia, agregat typu MHA/K 61 Izba uznała, że pozostawienie w niezmienionej formie pierwotnego brzmienia treści poz. 51 kosztorysu było omyłką nadającą się do poprawy w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto zmiana ta w świetle powyższych ustaleń nie może być uznana za zamianę istotną, gdyż zmianie ulega tylko opis zaoferowanego agregatu, a aktualna pozostaje jego cena ofertowa, która z kolei wskazuje na zaoferowanie agregatu typu MHA/K 242.

Odnosząc się do stanu faktycznego przedmiotowego postępowania Izba uznaje za zasadne przyjęcie, że formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie może pozbawiać wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia. Szczególnie w sytuacji gdy w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, odwołujący dopuścił się niezamierzonych błędów i to po części spowodowanych przez zamawiającego w wyniku dostarczenia wykonawcom kosztorysów inwestorskich z wieloma błędami (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. w sprawie KIO 689/11). Niestaranność zamawiającego nie może być podstawą do obarczania konsekwencjami tych błędów wykonawców składających oferty.

Podzielając zatem zarzut odwołania w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w konsekwencji nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oferty odwołującego w zakresie poz. 51 kosztorysu ofertowego.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zdaniem Izby miało miejsce w tym postępowaniu.

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 i 3 pkt.1 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 2b) 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