

Sygn. akt: KIO 1048/12

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2012 r. przez **MPGK sp. z o.o. w Wągrowcu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Gminę Gniezno**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty MPGK sp. z o.o. w Wągrowcu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty MPGK sp. z o.o. w Wągrowcu, w tym poprawienie omyłek w kosztorysie ofertowym w dziale 01 w poz. 20 oraz w dziale 02 w poz. 100 poprzez dopisanie w opisie pozycji „na odległość do 4 km”, w dziale 01 w poz. 70 oraz w dziale 02 w poz. 160 poprzez dopisanie „+05 analogia” oraz zmianę w opisie pozycji szerokości wykopu z 1,0 na 1,1 i głębokości wykopu z 3,0 na 3,3, a także w dziale 02 w poz. 170 dopisanie w opisie pozycji „+08 analogia” i zmianę w opisie pozycji szerokości wykopu z 1,0 na 1,1 i głębokości wykopu z 3,0 na 3,3;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Gniezno**:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MPGK sp. z o.o. w Wągrowcu** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Gminy Gniezno** na rzecz **MPGK sp. z o.o. w Wągrowcu** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Gniezno (zwana dalej „zamawiającym”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetaru nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na przełożenie istniejącego kanału deszczowego we wsi Osiniec II i III etap na terenie gminy Gniezno.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z 10 kwietnia 2012 r. pod numerem 80485.

Dnia 23 maja 2012 r. MPGK sp. z o.o. w Wągrowcu (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (kopię przekazał faksem zamawiającemu 23 maja 2012 r.) kwestionując odrzucenie złożonej przez siebie oferty jako niezgodnej z siwz przy jednoczesnym zaniechaniu jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający powiadomił odwołującego - za pośrednictwem poczty elektronicznej - o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego, dnia 18 maja 2012 r.

Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie sporządzenia właściwego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, w skutek czego odwołujący został pozbawiony możliwości pełnego odniesienia się do zarzutów zamawiającego do oferty odwołującego oraz dodatkowo
- 2) 87 ust. 1 i 2 pkt 1 i 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie, w skutek czego zamawiający zaniechał poprawienia omyłek w odniesieniu do pozycji kosztorysowych tj. w dziale 01 poz. 20 i 70 oraz w dziale 02 poz. 100, 160 i 170, mimo tegoż, iż błędy w opisie tychże pozycji stanowiły oczywiste omyłki pisarskie lub „inne omyłki” niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w wyniku czego doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż oferta ta nie podlegała odrzuceniu,
- 3) innych przepisów i aktów prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zdzisława Malcarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne

Akwabud Zdzisław Malcarek oraz bezpodstawnym odrzuceniem oferty odwołującego, przy jednoczesnym bezpodstawnym zaniechaniu jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynność wyboru oferty złożonej przez Zdzisława Malcarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Akwabud Zdzisław Malcarek jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynność odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o zwrot kosztów postępowania, w tym:

- 1) zwrot kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 4 500 zł zgodnie z umową na pomoc prawną załączoną do odwołania oraz
- 2) zwrot kosztów dojazdu odwołującego w wysokości 576,70 zł (345 km x 2 x 0,8358 zł) obliczonej wg zasad określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy dla samochodu osobowego o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm³ - 0,8358 zł.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący argumentował, że zamawiający pismem z 18 maja 2012 r. powiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, podając - jako uzasadnienie - błąd w kosztorysie ofertowym w obmiarze robót w dziale 01 w poz. 20 i 70 w dziale 02 w poz. 100, 160 i 170. Odwołujący stwierdził, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Obowiązek ten wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący podkreślił, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty i skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania. W ocenie odwołującego w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty, aby umożliwić wykonawcy obronę, zamawiający był zobowiązany wskazać, w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji, wszystkie

okoliczności, które jego zdaniem uzasadniają czynność odrzucenia. Zamawiający ograniczył się jednak do lakonicznego stwierdzenia, iż przyczyną odrzucenia oferty jest „Kosztorys ofertowy z błędami w obmiarze robót w dziale 01 poz. 20 i 70 w dziale 02 poz. 100, 160 i 170”. Uzasadnienie to nie precyzuje w żaden sposób na czym owe błędy w obmiarze w odniesieniu do oferty odwołującego miałyby polegać. Tym samym niedopuszczalnym jest przyjęcie, iż zamawiający wywiązał się należycie z obowiązku przedstawienia faktycznego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego. W związku z tym odwołujący stwierdził, że nie miał możliwości pełnego odniesienia się do zarzutów zamawiającego w stosunku do oferty odwołującego, bowiem zarzuty te de facto nie zostały odwołującemu przedstawione. Odwołujący może jedynie przypuszczać, z jakiego powodu doszło do odrzucenia złożonej przez niego oferty. W przypadku nie podzielenia powyższego stanowiska przez Izbę odwołujący wskazał, że mimo rzeczywistego braku uzasadnienia faktycznego przyczyn odrzucenia oferty odwołującego, po szczegółowej analizie w/w pozycji kosztorysu, odwołujący doszedł do wniosku, iż jedyna rozbieżność jaką znajduje pomiędzy treścią złożonej przez niego oferty, a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) dotyczy sposobu opisu pozycji kosztorysowych zamieszczonych w kosztorysie odwołującego w stosunku do pozycji kosztorysowych zamieszczonych w siwz w przedmiarach robót przedstawionych przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie 87 ust. 1 i 2 pkt 1 i 3 ustawy poprzez jego niezastosowanie w skutek czego zamawiający zaniechał poprawienia omyłek w odniesieniu do pozycji kosztorysowych tj. w dziale 01 poz. 20 i 70 oraz w dziale 02 poz. 100, 160 i 170, mimo tegoż, iż błędy w opisie tychże pozycji stanowiły oczywiste omyłki pisarskie lub „inne omyłki” niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w wyniku czego doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego mimo, iż oferta ta nie podlegała odrzuceniu. Zgodnie bowiem z obowiązującymi przepisami zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może odrzucić ofertę jedynie w ściśle w przepisach określonych przypadkach, m.in. jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym, w pierwszej kolejności zamawiający powinien skorygować „inne omyłki” w ofercie oferenta, a dopiero w przypadku, gdy przeprowadzenie korekty okaże się niemożliwe lub ewentualnie gdy oferent nie wyrazi zgody na korektę, powinien on odrzucić ofertę. W niniejszym przypadku pomimo, iż poprawienie omyłek w treści oferty odwołującego, było w pełni dopuszczalne, zamawiający zaniechał dokonania korekty, jednocześnie odrzucając ofertę. Takie działanie zamawiającego należy zatem w opinii odwołującego uznać za wadliwe. Rozbieżność pomiędzy kosztorysem odwołującego a siwz polega na tym, iż:

1. w dziale 01 w poz. 20 oraz w dziale 02 w poz. 100 odwołujący nie dopisał w opisie pozycji „na odległość do 4 km”,
2. w dziale 01 w poz. 70 oraz w dziale 02 w poz. 160 odwołujący do numeru pozycji nie dopisał „+05 analogia” oraz opisie pozycji nie zmienił szerokości wykopu z 1,0 na 1,1 oraz głębokości wykopu z 3,0 na 3,3;
3. w dziale 02 w poz. 170 do numeru pozycji odwołujący nie dopisał „+08 analogia” oraz w opisie pozycji nie zmienił szerokości wykopu z 1,0 na 1,1 oraz głębokości wykopu z 3,0 na 3,3.

Odwołujący oświadczył, iż wskazane rozbieżności powstały w wyniku jego omyłki. Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując kosztorys dla obu etapów posłużył się programem komputerowym SYKAŁ. Zastosował tym samym standardowe opisy poszczególnych pozycji występujących katalogach Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych. W ramach ujętych w kosztorysie pozycji dokonał wyceny całości prac. Zamawiający w przedmiarach zmodyfikował opisy poszczególnych pozycji w stosunku do powszechnie stosowanych w katalogach KNNR, w skutek czego część pozycji ujętych w przedmiarach zawierała w rzeczywistości dwie pozycje standardowo stosowane w kosztorysach. Błąd odwołującego polegał zatem na niedostosowaniu opisów poszczególnych pozycji przedmiarów. Odwołujący uwzględnił jednak w wykonanych przez siebie kalkulacjach pełny zakres prac. Z uwagi jednak, iż kosztorys ten jest kosztorysem uproszczonym nie zawiera on szczegółowych informacji, co do elementów ujętych w danej pozycji. Tym samym kosztorys obejmował cały zakres zadania zarówno w zakresie etapu II, jak i etapu III. Pozostałe wielkości i dane odwołujący przyjął poprawne. Celem uchylenia wątpliwości odwołujący dodatkowo wyjaśnił, iż w kosztorysie załączonym do oferty nie dodał dodatkowych pozycji, aby ilość pozycji w kosztorysie była zgodna z ilością pozycji podaną przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego rozbieżności w opisie pozycji kosztorysowych należałoby w tym przypadku uznać za oczywiste omyłki pisarskie lub za inne omyłki podlegające poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podniósł, że w niniejszym przypadku omyłkowe oznaczenie szerokości wykopu na 1,0 m nie zaś, jak powinno być, na 1,1 m oraz głębokości wykopu na 3,0 m, a nie jak powinno być 3,3 stanowi oczywistą omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1. Ewentualnie omyłka ta może być zakwalifikowane również jako „inna omyłka” podlegająca poprawieniu w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odnosząc się do kwestii „innych omyłek” w doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią siwz, a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie określa bowiem enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności z treścią siwz i posługuje się nieostrą kategorią

„istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle ważne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla każdego zamawiającego w razie łącznego zajścia następujących przesłanek: po pierwsze - ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią siwz ma charakter omyłki, po drugie - stwierdzenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian treści złożonej oferty. W rozpatrywanym stanie faktycznym rozbieżności w oznaczeniu numerycznym i opisie pozycji kosztorysowych, a także ewentualnie w zakresie szerokości i głębokości wykopu w stosunku do siwz polegają na pominięciu w opisie pozycji pojedynczych wyrazów lub krótkich fraz lub nie dokonaniu zmiany oznaczenia głębokości lub szerokości wykopu, które oczywiście określają w pewien sposób zakres pozycji (jak każdy zastosowany w opisie wyraz), jednak nie zmieniają definitywnie ich znaczenia. Tym samym poprawienie tychże pozycji kosztorysowych doprowadziłoby do pełnej zgodności treści opisu zawartego w kosztorysie z opisem zastosowanym w siwy - przedmiarze, bez istotnej zmiany oferty. Zostałaby zatem całkowicie wyeliminowana możliwość realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Dodatkowo uzasadnia to fakt, iż ilości przyjęte na potrzeby wyceny odwołujący przyjął zgodnie z przedmiarem. Korekta ta miałaby zatem charakter bardziej formalny (ze względu na fakt, iż zamówienie jest udzielane przy zastosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych) i kosmetyczny niż praktyczny. Nawet bez jej dokonania wykonawca musiałby zrealizować roboty zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami inwestora - zamawiającego. Tym samym przedmiotowa zmiana oferty poprzez skorygowanie opisu poszczególnych pozycji kosztorysu nie posiadałby przymiotu „istotnej zmiany treści oferty”. Mając dodatkowo na względzie, iż przedmiot zamówienia opisany został nie tylko w przedmiarach robót, ale również m.in. w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, to uznać należy zdaniem odwołującego, iż brak przeredagowania standardowego opisu pozycji KNNR ma charakter pomyłki popełnionej przy sporządzaniu kosztorysu w programie komputerowym z wykorzystaniem jego standardowych ustawień. Nawet jeżeli nie można tej pomyłce przypisać cechy oczywistości, uznając, iż nie jest to oczywista pomyłka pisarska, to nie sposób nie uznać, iż nie mieści się w kategorii tzw. innych omyłek, podlegających poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym rozbieżności w oznaczeniu i opisie pozycji kosztorysowych pomiędzy oferta odwołującego a siwz, jako podlegające poprawieniu przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy, nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. W konsekwencji niezastosowania art. 87 ust. 2 Pzp zamawiającego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego. Ponadto odwołujący wskazał, iż zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp ma możliwość zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w sprawie oferty i ustalić, czy wycena została dokonana zgodnie ze wskazówkami zamawiającego i czy zawiera wszystkie wymagane przez niego elementy. W

niniejszym przypadku zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o jakiegokolwiek wyjaśnienia, tym samym zasadnym jest wniosek, iż zamawiający nie miał wątpliwości co do zakresu zamówienia objętego ofertą. Reasumując zamawiający w skutek niepoprawienia omyłek w ofercie odwołującego podlegających skorygowaniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp błędnie uznał, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na bezpodstawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zdzisława Malcarka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjne Akwabud Zdzisław Malcarek oraz bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego przy jednoczesnym bezpodstawnym zaniechaniu jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu. Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji stanowiącej fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na przełożeniu istniejącego kanału deszczowego we wsi Osiniec II i III etap na terenie gminy Gniezno. Zamawiający w pkt. 2 siwz opisując przedmiot zamówienia, w odniesieniu do etapu II i III wskazał, że „szczegółowy zakres prac wg przedmiaru robót stanowiącego integralną część specyfikacji”. Dodał, że prace należy wykonać zgodnie z projektem budowlanym. Kosztorys ofertowy odrębny dla etapu II i etapu III wykonawca miał sporządzić na własny koszt w oparciu o przekazany przez zamawiającego przedmiar robót, dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz niniejszą siwz (k 14. 2 siwz). Jedynym kryterium oceny ofert jest cena (pkt 18 siwz).

Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę brutto 82 050,51 zł (II etap) oraz 155 270, 92 zł (III etap), zatem za cenę niższą, niż oferta wybrana jako najkorzystniejsza (pkt 9.7 protokołu postępowania – ZP-1). Oświadczył, że zapoznał się z siwz i wszystkimi załącznikami do niej i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń (pkt 1 formularza oferty) oraz że w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach ustalonych w siwz (pkt 5 formularza oferty). W kosztorysie ofertowym odwołującego (k. 24-25 oferty) Izba stwierdziła następujące niezgodności z treścią siwz:

- w dziale 01 w poz. 20 oraz w dziale 02 w poz. 100 odwołujący, w porównaniu z opisem pozycji w przedmiarze robót (pozycje odpowiednio 2 w przedmiarze robót dla etapu II i 10 dla etapu III), pominął fragment „na odległość do 4 km”,
- w dziale 01 w poz. 70 oraz w dziale 02 w poz. 160 odwołujący w opisie pozycji pominął fragment „+05 analogia” oraz podał szerokość wykopu 1,0 zamiast 1,1 oraz głębokość wykopu 3,0 zamiast 3,3 (pozycje odpowiednio 7 w przedmiarze robót dla etapu II i 16 dla etapu III),
- w dziale 02 w poz. 170 w opisie pozycji odwołujący pominął fragment „+08 analogia” oraz zamiast szerokość wykopu 1,1 podał 1,0, a głębokość wykopu zamiast 3,3 podał 3,0 (pozycja 17 przedmiaru robót dla etapu III).

Zamawiający 18 maja 2012 r. zawiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym podał, że kosztorys ofertowy zawiera błędy w stosunku do przedmiaru robót, na podstawie którego należało sporządzić kosztorys ofertowy zgodnie z pkt. 14.2 siwz. Dodał, że kosztorys ofertowy zawiera błędy w obmiarze robót w dziale 01 w poz. 20 i 70 oraz w dziale 02 w poz. 100, 160 i 170, zatem treść oferty nie odpowiada treści siwz - pkt 14.2, w konsekwencji czego oferta podlega odrzuceniu.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, jak niżej:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W okolicznościach faktycznych sporu niezbędne jest ustalenie, czy niezgodności stwierdzone w opisie pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego należało poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp.

Zważywszy tak zarysowany przedmiot sporu Izba stwierdziła, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z uchybieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający zobowiązany był bowiem do dokonania w kwestionowanym zakresie poprawy oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Za pierwszorzędne Izba uważa podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż „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 (...)”. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią

siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11). Dodać trzeba, że weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11 i wyrok KIO z 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 757/12).

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję 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 (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.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż w stanie faktycznym sprawy, niezależnie od oceny charakteru wynagrodzenia przyjętego przez zamawiającego w siwz (kosztorysowe, ryczałtowe, mieszane) stwierdzone przez zamawiającego niezgodności pomiędzy treścią oferty odwołującego a siwz (przedmiarami robót) podlegały poprawie. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane, co wynika wprost z art. 31 ust. 1 Pzp, za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB). Zamawiający wskazał w siwz, że zamówienie ma być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, a szczegółowy zakres prac wynika z przedmiaru robót (pkt 2 siwz). Zważywszy, że celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia), należy przyjąć, że każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie, musi przygotować ofertę zgodną z siwz i taką ofertę chce złożyć zamawiającemu. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował on, iż w przypadku wyboru jego oferty, zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach ustalonych w siwz (pkt 5 formularza oferty). Uwzględniwszy fakt, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wykonawca zobowiązany jest do oddania przewidzianego w umowie obiektu (opisanego w pkt. 2 siwz), wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej (art. 647 kc). Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy (648 kc § 2 kc). Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i STWiORB i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Z oferty odwołującego nie wynika, aby miał wolę realizowania umowy niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Istotnie, są wskazane przez zamawiającego niezgodności z siwz, jednak przede wszystkim powinny one być przez zamawiającego wyjaśnione na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, w celu ustalenia prawidłowej treści oświadczenia woli (oferty) odwołującego.

Następnie, uwzględniając otrzymane wyjaśnienia, zamawiający zobowiązany był do podjęcia stosownych decyzji, co do oferty odwołującego. Biorąc pod uwagę stanowisko odwołującego zawarte w odwołaniu oraz wyrażone na rozprawie wycenił on w kosztorysie ofertowym w sposób prawidłowy wszystkie pozycje przedmiaru robót przyjmując dla obliczenia cen jednostkowych ilości i zakres przedmiotowy określony w przedmiarach robót, jak również w projekcie. Odwołujący wprost oświadczył, że wycenił cały przedmiot zamówienia. Zatem zamawiający zobowiązany był dokonać korekty opisów kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego. Poprawienie w kosztorysie ofertowym odwołującego sporych niezgodności pozostawałoby bez wpływu na cenę poszczególnych pozycji kosztorysowych. Jak bowiem odwołujący w toku rozprawy wyjaśnił wszystkie pozycje przedmiaru robót zostały wycenione zgodnie z ich zakresem i ilościami, przy uwzględnieniu prawidłowych podstaw wyceny. Jednocześnie cena ofertowa zaproponowana przez odwołującego nie budziła wątpliwości zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny. Tym samym dokonanie omawianych korekt w kosztorysie ofertowym odwołującego nie stanowi istotnej ingerencji w treść oferty. Izba nie oceniła stwierdzonych w kosztorysie ofertowym odwołującego omyłek jako „istotne” dzieląc w tej kwestii pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), że kwalifikator „istotnych zmian” „należy odnosić do całości treści oferty (...) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. Dalej Sąd wyjaśnił, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”. Izba podkreśla, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11). W konsekwencji na gruncie badanej sprawy niedoskonałości w treści oferty odwołującego uznać należało za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym (brak jakiegokolwiek wpływu na cenę ofertową).

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający niezasadnie zaniechał bowiem poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym

odwołującego. Powyższe wskazuje na wadliwe zastosowanie w stosunku do oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nieuzasadnione odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z treścią siwz, co także przemawia za stwierdzeniem, że zamawiający naruszył wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konsekwencją stwierdzonych naruszeń jest nakazanie zamawiającemu poprawienia oferty odwołującego w kwestionowanym zakresie, a następnie zawiadomienie go o dokonanych korektach. Odrzucenie oferty będzie dopuszczalne, gdy odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłek (art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Uwzględniając powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż wskazane omyłki nie były oczywiste tzn. widoczne na pierwszy rzut oka, bez konieczności podejmowania czynności wyjaśniających. Izba nie uwzględniła także zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie sporządzenia właściwego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. Rację ma odwołujący, że okoliczności prawne i faktyczne, które legły u podstaw decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty powinny być precyzyjnie opisane w zawiadomieniu, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp (tak też przykładowo wyrok KIO z 19 września 2011 r., sygn. akt KIO 1934/11). W stanie faktycznym sprawy jednak, choć informacja nie była sporządzona w sposób wyczerpujący, niemniej jednak stopień jej szczegółowości pozwalał na ustalenie faktycznej podstawy odrzucenia oferty odwołującego w stopniu pozwalającym na rzeczową polemikę z decyzją zamawiającego podjętą w odwołaniu.

Zważywszy powyższe Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....