

WYROK
z dnia 16 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2012 roku przez wykonawcę Poszukiwania Naftowe Diament Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Naftowa 3, 65-705 Zielona Góra w postępowaniu prowadzonym przez Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sobuczynie przy ulicy Konwaliowej 1, 42-263 Wrzosowa

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Poszukiwania Naftowe Diament Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Naftowa 3, 65-705 Zielona Góra.i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Poszukiwania Naftowe Diament Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ulicy Naftowa 3, 65-705 Zielona Góra tytułem wpisu od odwołania;

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 Częstochowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sobuczynie przy ulicy Konwaliowej 1, 42-263 Wrzosowa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Technicznego zamknięcia Kwatery Składowej nr 1 składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Sobuczynie* zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 96965 z 27 kwietnia 2012 roku.

25 czerwca 2012 roku Zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że odrzucił jego ofertę, uzasadniając odrzucenie Zamawiający wskazał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, bowiem złożony w ofercie Kosztorys ofertowy został błędnie sporządzony, ponieważ w pozycjach: 2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4) nie została uwzględniona modyfikacja SIWZ z dnia 16.05.2012r., w której Zamawiający dokonał zmiany rodzaju rur przeznaczonych do zastosowania przy układaniu drenażu (przed zmianą: rury dwuwarstwowe perforowane PEHD dla Zadania II etap I część A i rury kamionkowe perforowane dla Zadania II etap I część B; po zmianie: dwuwarstwowe rury perforowane PE dla zadania II etap I część A i B).

Zamawiającego odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”).

29 czerwca 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że poprawa oferty Odwołującego była możliwa w sposób niepowodujący istotnych zmian w treści oferty oraz pomimo, że ustawodawca przewidział możliwość poprawienia w treści oferty innych omyłek

polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, skoro oferta Odwołującego, która była najkorzystniejsza w oparciu o kryterium i wskaźnik oceny oferty, określone w pkt 13 SIWZ - bez poprzedzenia obligatoryjną procedurą określoną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - została odrzucona.

- 2) art. 7 ust. 1 ustawy - w następstwie nieprawidłowych czynności Zamawiającego wobec oferty Odwołującego, opisanych w pkt 1 powyżej, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, nakazujący równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawę kosztorysu ofertowego załączonego do oferty Odwołującego w zakresie opisu poz. 2.3. (Rurociąg K-2), poz. 4.3. (Rurociąg K-3-1) i poz. 4.3. (Rurociąg K-4) na zgodny z przedmiarem robót, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę (2.160.819,65 zł brutto), wszystkie oferty z niższą ceną od ceny Odwołującego zostały odrzucone (oferta SYNKRET S.A. z ceną 1.621.217,33 zł brutto oraz oferta Konsorcjum ABG Grzegorz Oleksa i CTL Maczki - Bór S.A. z ceną 2.090.821,90 zł brutto), a oferta wybrana przez Zamawiającego ma cenę wyższą od ceny Odwołującego (oferta Foleko Sp. z o.o. z ceną 2.333.064,00 zł brutto). Bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, doprowadziło do uniemożliwienia Odwołującemu uzyskania zamówienia, a interes Odwołującego doznał uszczerbku, bowiem przy zastosowaniu wzoru podanego w pkt 13 SIWZ oraz 100% kryterium w postaci ceny brutto C z formularza ofertowego, oferta Odwołującego uzyskałaby wyższy wskaźnik oceny (n), aniżeli oferta uznana za najkorzystniejszą. Interes Odwołującego wynika z faktu, że w przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana z uwagi na najkorzystniejszy wskaźnik oceny oferty, obliczony zgodnie z wzorem podanym w pkt 13 SIWZ. Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego doprowadziła do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu zawarcia umowy z Zamawiającym na realizację zadania dot. Technicznego

zamknięcia Kwatery Składowej nr I składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Sobuczynie, pomimo, że oferta Odwołującego zawierała najkorzystniejszą cenę. Odwołujący na dzień dokonywania przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty posiadał interes w uzyskaniu zamówienia, a jedynie owa czynność Zamawiającego pozbawiała go szans na uzyskanie tego zamówienia, co spowodowało powstanie uszczerbku w interesie Odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Pismem z 25 czerwca 2012 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, zarzucając Odwołującemu, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, bowiem złożony w ofercie Kosztorys ofertowy został błędnie sporządzony, ponieważ w pozycjach: 2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4) nie została uwzględniona modyfikacja SIWZ z dnia 16.05.2012r., w której Zamawiający dokonał zmiany rodzaju rur przeznaczonych do zastosowania przy układaniu drenażu (przed zmianą: rury dwuwarstwowe perforowane PEHD dla Zadania II etap I część A i rury kamionkowe perforowane dla Zadania II etap I część B; po zmianie: dwuwarstwowe rury perforowane PE dla zadania II etap I część A i B). Zamawiający podniósł, że Odwołujący zaoferował wykonanie drenażu z rur dwuwarstwowych perforowanych PEHD dla Zadania II etap I część A i rur kamionkowych perforowanych dla Zadania II etap I część B, co jest niegodne z wymaganiami Zamawiającego, który po zmianie wymagał dwuwarstwowych rur perforowanych PE zarówno dla części A, jak i B - Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący kwestionuje podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, wskazał, że nie zaistniała przesłanka do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na okoliczność, że dopuszczalne było poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Poprawa opisów w pozycjach: 2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4) Kosztorysu ofertowego Odwołującego, na zgodne z modyfikacją treści SIWZ z 16 maja 2012 roku, była możliwa w sposób nieingerujący w treść oferty Odwołującego, ani też niewpływający na obliczenie zarówno cen jednostkowych, jak i ceny oferty, bowiem ceny jednostkowe w/w pozycji Kosztorysu ofertowego Odwołującego są jednakowe, z uwagi na fakt, że zgodnie z modyfikacją SIWZ z 16 maja 2012 roku oraz zgodnie z projektem, który przewidywał ułożenie drenażu wyłącznie z dwuwarstwowych rur perforowanych PE,

Odwołujący dokonał wyceny jednego rodzaju rur w postaci dwuwarstwowych rur perforowanych PE.

Po ogłoszeniu przez Zamawiającego 16 maja 2012 roku modyfikacji przedmiaru robót w zakresie zmiany opisu poz. 11 Załącznika Nr 10A (Przedmiar robót. Zadanie II etap I część A) oraz poz. 12 i 17 Załącznika Nr 10B (przedmiar robót. Zadanie II etap I część B), Odwołujący w Kosztorysie ofertowym ujednolicił cenę jednostkową dla zmienionych pozycji przedmiaru robót, omyłkowo pozostawiając opisy w pozycjach: 2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4) kosztorysu ofertowego w wersji sprzed zmiany przedmiaru robót.

Odwołujący jedynie na marginesie podaje, że dzień przed ogłoszeniem modyfikacji przedmiaru robót z dnia 16.05.2012r, Zamawiający, w dniu 15.05.2012r. dokonał znaczącej modyfikacji SIWZ, wymagającej zmiany ogłoszenia oraz powodującej przedłużenie terminu składania ofert z dnia 17.05.2012r. do dnia 22.05.2012r. Konieczność dostosowania oferty do znacznych modyfikacji SIWZ z dnia 15.05.2012r. mogła przyczynić się do tego, że Odwołujący dostosowując ofertę do kolejnej modyfikacji SIWZ z dnia 16.05.2012r, omyłkowo nie zmienił opisu w pozycjach: 2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4) Kosztorysu ofertowego, ujednolicając jedynie cenę jednostkową tych pozycji.

Widząc niezgodności opisu we wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego Odwołującego ze zmodyfikowanym przedmiarem robót, Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją i odrzucił tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia powstałych odstępstw w kosztorysie ofertowym Odwołującego od przedmiaru robót, zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy. Ponadto Zamawiający nie podjął próby dokonania poprawy wskazanych pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego jako innych omyłek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący wskazał, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek zbadania oferty, a w przypadku wystąpienia nieścisłości w ofercie, których Zamawiający nie może samodzielnie rozwikłać, Zamawiający został uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien poprawić opisy w pozycjach: 2.3. (Rurociąg K-2), (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4) Kosztorysu ofertowego Odwołującego, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, czego bezzasadnie zaniechał. Z uwagi na zakres i rodzaj omyłek, poprawa oferty Odwołującego była możliwa w sposób nie ingerujący w treść oferty, ponieważ zakres poprawy ograniczyłby się do zmiany opisu trzech pozycji Kosztorysu ofertowego Odwołującego, nie wymagającej zmiany cen jednostkowych, które były jednakowe dla wszystkich w/w pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 czerwca 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu.

Zamawiający 9 lipca 2012 roku (prezentata na piśmie) przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo Odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący na rozprawie złożył Pismo procesowe Odwołującego zawierające odniesienie się Odwołującego do argumentacji przedstawionej w piśmie Zamawiającego stanowiącym odpowiedź na odwołanie.

Izba ustaliła, że 16 maja 2012 roku Zamawiający dokonała modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pozycjach: 2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4), którą to modyfikacją Zamawiający dokonał zmiany przez zastąpienie dotychczasowych opisów w Załączniku Nr 10A poz.11 (Przedmiar robót. Zadanie II etap I część A) oraz Załącznika Nr 10B poz. 12 i 17 (przedmiar robót. Zadanie II etap I część B) wprowadził następującym opisem: *Ułożenie drenażu z dwuwarstwowych rur perforowanych PE o śr. nom. 200 mm*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował 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* – i na jego podstawie odrzucił ofertę Odwołującego oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona* - polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego obowiązku poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego, co w sumie doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie* – tj.: równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała, iż odwołanie w podniesionych przez Odwołującego zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący wskazał w odwołaniu na naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawy omyłek w treści oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09).

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, tj. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz ofertę Odwołującego, które w ocenie Izby stanowią wiarygodne źródło informacji oraz są kluczowymi dokumentami dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy a także oświadczenia Stron złożone na rozprawie, które również mają w niniejszej sprawie istotne znaczenie Izba uznała, że Zamawiający właściwie ocenił ofertę Odwołującego w zakresie omyłek i nie przekroczył dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy a w konsekwencji prawidłowo zastosował sankcję jaka wynika z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zakresie *Opisu* pozycji kosztorysu ofertowego (2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4)), które nie są zgodne z żądaniami Zamawiającego Odwołujący uzasadnił w trakcie rozprawy, iż *jednolita wycena w pozycjach 2.3 i obu 4.3 świadczy o tym, że wyceniał jeden rodzaj materiału*. Izba nie może zgodzić się z interpretacją jaką przyjął Odwołujący. Uwzględniając wyżej zamieszczone wywody, należy jednoznacznie podnieść, że proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do znaczącej ingerencji Zamawiającego w treść złożonej oferty, a omyłka w treści oferty nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Izba wskazuje, że uchybienia jakie zaistniały w treści oferty Odwołującego stwierdzone przez Zamawiającego w zakresie następujących pozycji kosztorysu: 2.3. (Rurociąg K-2), 4.3. (Rurociąg K-3-1), 4.3. (rurociąg K-4) – gdzie Odwołujący wskazał w tych pozycjach odmienne od wymaganych przez Zamawiającego przedmioty, co też sam Odwołujący potwierdził w swoim oświadczeniu, nie stanowią w ocenie Izby omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Krakowie w którym czytamy: *Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku sygn. akt XII Ga 429/09)*. Nie jest uprawnionym dokonywanie przez Zamawiającego jedynie zmian w opisie, mających na celu dostosowanie oferty do żądań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy jednoczesnym przyjęciu, że ceny jednostkowe wskazane dla tych pozycji są prawidłowe. Dokonanie zmian w opisie przez Zamawiającego mających na celu nie tylko poprawę omyłek w oświadczeniu wykonawcy lecz prowadzących do zmiany tego oświadczenia przez dostosowanie (zmianę) zaoferowanego przedmiotu do potrzeb Zamawiającego prowadziłyby w tej sytuacji do konieczności samodzielnej wyceny przez Zamawiającego poszczególnych poprawionych pozycji (inny przedmiot), a to nie jest dopuszczalne. Czynność poprawy omyłek w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prowadzi do zmiany treści oferty, jednakże charakter tych omyłek musi być taki, że sam Zamawiający jest w stanie dokonać tejże poprawy. W tym przypadku Zamawiający nie mógł stwierdzić, że treść oświadczenia wykonawcy podlega poprawie - poprawa sprowadzałaby się do dostosowania oferowanego przez Odwołującego przedmiotu do potrzeb Zamawiającego czyli do rzeczywistej zmiany

przedmiotu oferowanego, a poprawiając *Opis*, zastępując zaoferowane przedmioty tj. rury dwuwarstwowe perforowane PEHD dla Zadania II etap I część A i rury kamionkowe perforowane dla Zadania II etap I część B przedmiotami wymaganymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dwuwarstwowe rury perforowane PE dla zadania II etap I część A i B, konieczna byłaby kalkulacja nowoujętych przedmiotów. Odwołujący złożył na rozprawie oświadczenie, że z *żadnego miejsca oferty nie wynika, że zaoferowane zostały rury PE dla tych trzech kwestionowanych pozycji kosztorysu*. Tym samym, Zamawiający musiałby dokonywać samodzielnej kalkulacji cen dla poprawianych, nowych pozycji kosztorysu ofertowego zawierających przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami SIWZ. Zamawiający, w ocenie Izby, prawidłowo stwierdził, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odnosząc się do powyższych ustaleń można skonkludować, iż poprawa oferty w tych zakresach prowadziłyby do zmiany *Opisów* w kosztorysie ofertowym (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego), zaś konsekwentnie – uwzględniając, że niemożliwe jest przyjęcie, iż zaoferowana cena przez Odwołującego odpowiada cenie faktycznie wymaganego przedmiotu – prowadziłyby to do konieczności określenia właściwej odpowiadającej przedmiotowi oferowanej przez wykonawcę ceny przez Zamawiającego. Taka ingerencja w treść oferty, po pierwsze niemożliwa z uwagi na brak wszystkich niezbędnych do dokonania poprawy danych, które powinny być zawarte w ofercie po drugie, gdyby doszła do skutku stanowiłaby naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Obowiązkiem Odwołującego jest złożenie oferty poprawnej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zaś obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie rzetelnej i zgodnej z przepisami czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie stanowi narzędzia do „naprawiania” źle złożonych ofert, lecz stanowi podstawę do poprawy omyłek, której to poprawy dokonać może Zamawiający a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Odwołującego w kontekście specyfikacji istotnych warunków nie będzie istotne (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 157/09, KIO/UZP 159/09, KIO/UZP 174/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1278/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 779/10;).

Izba wskazuje, odnosząc się do argumentacji Odwołującego niezastosowania wyjaśnień treści oferty przez Zamawiającego, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy

zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Jednakże w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu a także dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez Odwołującego oferty. Nie istnieje ustawowa regulacja, która nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania do składania wyjaśnień w zakresie treści oferty w przypadku, gdy Zamawiający dokonując rzetelnego badania oferty stwierdził uchybienia w tej ofercie, które prowadzą do obowiązku odrzucenia oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust.1 ustawy.

Istotnym i znamionym dla niniejszej sprawy jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego

oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1324/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1281/09).

Zamawiający nie znalazł podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, stwierdzając, że treść złożonego przez Odwołującego oświadczenia jest dla Zamawiającego zrozumiała. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Izba uznała, iż sam Odwołujący potwierdził zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie rozbieżność pomiędzy treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a treścią złożonej przez Odwołującego oferty, przy czym rozbieżności te nie budzą wątpliwości lecz stanowią o złożeniu oświadczenia przez tegoż wykonawcę w przedmiocie innym niż wymagany przez Zamawiającego.

Art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 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 – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.* W przypadku omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wykonawca zobowiązany jest do wyrażenia pisemnie zgody na dokonanie poprawy tejże omyłki pod rygorem odrzucenia oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3.* Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalają odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który płynie z treści art. 89 ust.1 ustawy.

Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie 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* – do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji

istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył Odwołujący a wymaganiami Zamawiającego. Nie została również dowiedziona przez Odwołującego zgodność oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba podkreśla, iż należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępnie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada wymaganiom określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jej uchybienia niemożliwe są do poprawy zgodnie z obowiązującym przepisem art. 87 ustawy, co prowadzi do wniosku, uwzględniając specyficzny charakter postępowania o udzielenie zamówienia, iż niemożliwym było przyjęcie przez Zamawiającego złożonej przez Odwołującego oferty.

Odwołujący podnosił, że *brak dokonanej zmiany w kosztorysie ofertowym, który w ocenie Odwołującego jest dokumentem pomocniczym uwzględniający pkt 3 i 4 formularza oferty przesądza o tym, że Odwołujący miał wole zaferowania przedmiotu zamówienia tj. wykonania drenażu z rur dwuwarstwowych perforowanych PE*. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Izba w tym względzie podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i piśmiennictwie, że generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/1045/10).

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne;

ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie powinna zostać odrzucona z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że oferta odpowiada przedmiotowi zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia a dokonanie poprawy omyłek mogło nastąpić na podstawie i w oparciu o oświadczenie woli jakim jest oferta. Odwołujący nie przywołał na tę okoliczność żadnych dowodów, któryby potwierdzały jego stanowisko. Nie dowodząc tego Odwołujący nie wykazał, że oferta złożona przez niego została odrzucona z postępowania niezgodnie z obowiązującymi przepisami co prowadzi również do wniosku, że Odwołujący nie wykazał naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1, art. 87 ust. 1 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....