

WYROK
z dnia 31 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2016 r. przez wykonawcę **M.B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Instalacyjno-Budowlana „Bieniek”, M.B. w Nowym Sączu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Nowym Sączu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłek polegających na niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w pozycjach 68 d.1.6, 118 d.1.8.5 kosztorysu dot. segmentu C i E, pozycjach 69 d.1.4, 130 d.1.6.6 kosztorysu dotyczącego segmentu A i F, pozycji 117 d.7 kosztorysu dot. segmentu B, pozycji 76 d.1.6 kosztorysu dot. segmentu D, pozycji 92 d.1.5 kosztorysu dotyczącego segmentu ROS, z uwzględnieniem ceny jednostkowej rusztowań wynikającej z zestawień sprzętu złożonych przez odwołującego oraz ilości obmiaru robót wynikających z przedmiarów robót,
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Nowym Sączu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Instalacyjno-Budowlana „Bieniek, M.B. w Nowym Sączu** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Nowym Sączu** na rzecz wykonawcy **M.B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Instalacyjno-Budowlana „Bieniek, M.B. w Nowym Sączu** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Nowym Sączu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „termomodernizacja budynku Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Nowym Sączu, ul. Sienkiewicza 77 i 67”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 kwietnia 2016 r., poz. 75184.

W dniu 12 maja 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę M.B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Instalacyjno-Budowlana „Bieniek”, M.B. w Nowym Sączu, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec czynności odrzucenia własnej oferty oraz zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodujących istotnych zmian treści oferty, odwołujący wniósł w dniu 17 maja 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie odrzucenia oferty odwołującego, jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), bez poprawienia omyłek w trybie art 87 ust. 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji bezzasadne dokonanie wyboru oferty wykonawcy TOKBUD T.K. w Świdniku, mimo iż oferta ta była mniej korzystna dla zamawiającego,
- 2) art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności zaś art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania i poprawienia oferty odwołującego w zakresie dotyczącym kosztorysu ofertowego, tj.
 - a) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „A i F” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie: w poz. 69 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1” oraz poz. 130 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 2”,
 - b) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „B” - branża : budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie: w poz. 117 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1”,
 - c) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „C i E” - branża : budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie: w poz. 68 KNR 2-02 r.16

z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1” oraz poz. 118 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 2”,

- d) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „D” - branża : budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie: w poz. 76 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1”,
- e) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „ROS” - branża : budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie: w poz. 92 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1”,
- pomimo, iż poprawienie tej części oferty (wobec wskazania w zestawieniu sprzętu cen jednostkowych i ilości maszynogodzin (m-g) dla rusztowań grupy 1 i rusztowań grupy 2 było możliwe i nie powodowało istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy TOKBUD T.K. w Świdniku,
- 3) poprawienia przez zamawiającego oferty odwołującego przez jej korektę zgodnie z wnioskami wpływającymi z uzasadnienia odwołania przy zastosowaniu wszystkich dostępnych instrumentów prawnych,
- 4) powtórzenia oceny i badania ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który odrzucił złożoną przez odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ. Argumentował, że zamawiający nie zawarł w SIWZ wskazanego w art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp opisu sposobu obliczenia ceny, który jest obligatoryjnym elementem treści SIWZ. Przepisy ustawy Pzp nie określają sposobu obliczenia ceny ofertowej. Tym samym w zaistniałym stanie faktycznym zastosowanie mają powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Na uwagę zasługuje fakt, że obecny katalog omyłek, które zamawiający jest zobowiązany poprawić, wprowadzony został w wyniku nowelizacji ustawy Pzp, tj. ustawy z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw opublikowaną w dniu 23 września 2008 r. z mocą obowiązującą po upływie 30 dni od daty publikacji ustawy. Najistotniejszym elementem powyższej nowelizacji okazała się zmiana stanowiąca o obowiązku poprawiania przez zamawiającego omyłek w ofercie polegających na jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodujących

istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Jak wynika z uzasadnienia do ustawy, celem takiego uregulowania było ograniczenie liczby odrzucanych ofert (a w konsekwencji i ograniczenie liczby unieważnionych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego) z uwagi na fakt, iż dotknięte one były mało znaczącymi błędami, których to jednak nie można było usunąć nie naruszając ustawowych zasad.

Bezsporna w przedmiotowym stanie faktycznym jest okoliczność, iż w wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego nie wskazano ceny jednostkowej, jak też ilości jednostek dla „czasu pracy rusztowań”. W kwestii możliwości poprawienia zaistniałej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy stwierdzić, że istnieje możliwość i obowiązek poprawienia przedmiotowej omyłki/omyłek. Zamawiający, w przedmiotowej sytuacji dokonując poprawy innych omyłek powinien przeanalizować stan faktyczny przy uwzględnieniu art. 66 KC (definicja oferty). Odwołujący wskazywał, że zaoferował - objął swoim oświadczeniem woli wykonanie „zausterkowanych” przez zamawiającego 7 pozycji kosztorysu ofertowego. Przez jednak niezamierzony błąd - omyłkę będącą wynikiem obsługi programu kosztorysowego Norma Pro został on pozbawiony niektórych elementów, tj. elementów, których dotyczy praca rusztowań, co spowodowało brak wygenerowania ilości i dalszych elementów danych pozycji, tj. jednostek obmiarowych ceny jednostkowej i wartości. Powyższe potwierdza także, że omyłką zostały dotknięte jedynie pozycje związane z pracą rusztowań. Dopiero w okolicznościach, gdyby oferta odwołującego nie poddawała się poprawie, z zachowaniem wyżej przytoczonych reguł, zamawiający władny jest ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym przypadku istnieje bezwzględnie możliwość i obowiązek poprawy omyłek w oparciu o pierwotną treść oferty. Podstawą do poprawy ceny jednostkowej czasu pracy rusztowań grupy 1 i rusztowań grupy 2 są ceny jednostkowe m-g zaoferowane przez odwołującego w zestawieniach sprzętu w wysokości 0,50 zł. Do tak wyliczonej i zaoferowanej ceny jednostkowej sprzętu w „zausterkowanych” pozycjach zgodnie z „Podsumowaniem” dla „Rusztowań” gdzie zaoferowano koszty pośrednie [Kp] 40 % od robocizny i sprzętu (R,S) oraz Zysk [ZJ 6% od (R+Kp(R), S+Kp(S)) należy doliczyć ww. wartości wg następującego obliczenia: $0,5 \text{ zł} + 40\% (Kp) = 0,7 \text{ zł} + 6\% (Z) = 0,74 \text{ zł}$. gdzie:

R - oznacza koszty bezpośrednie robocizny,

S - oznacza koszty bezpośrednie pracy maszyn i sprzętu budowlanego,

Kp - oznacza koszty pośrednie,

Z - oznacza zysk kalkulacyjny.

Tożsamą metodę zamawiający stosował przy sporządzaniu kosztorysu inwestorskiego, gdzie wartością, niejako wyjściową była wartość z zestawienia sprzętu w wysokości 9,5 zł za m-g - tym samym oczywistym jest fakt znajomości zamawiającego dot.

sporządzania i kalkulowania poszczególnych pozycji kosztorysowych, ich kosztów, obmiarów itp. w danym programie kosztorysowym i daną metodą kosztorysową.

Odwołujący zauważył, że rusztowania takie jak na przedmiotowej inwestycji są zaliczane do sprzętu budowlanego, a ich pracę kalkuluje się w maszynogodzinach zatrudnienia na budowie (maszynogodzina skrót „m-g”). Aby utworzyć w kosztorysie pozycję do wyliczania czasu pracy rusztowań należy wykorzystać w menu programu kosztorysowego (w przedmiotowym przypadku Norma Pro, który zastosował zamawiający do sporządzenia przedmiaru robót i kosztorysu inwestorskiego a odwołujący do sporządzenia kosztorysu inwestorskiego) „pozycja” hasło „wstaw pracę rusztowań”. Pojawi się wówczas okno dialogowe danych pozycji, które różni się od podobnego okna pozycji typowych. Przede wszystkim zamiast obmiaru widzimy tu hasło „Ilość robocizny”. Na dodatek pole ilości jest nieaktywne. Wynika to z faktu, że ilość roboczogodzin nie jest wartością wprowadzaną przez użytkownika, lecz wynika z sumy ilości roboczogodzin w pozycjach, które służą do wyceny robót prowadzonych z tego rusztowania. Oczywistym jest więc, że pozycje te w każdym przypadku zostały zaoferowane przez odwołującego wraz z ich zakresem (obmiarem) wskazanym w ilości roboczogodzin prac prowadzonych z rusztowania, a także wprost w ilościach maszynogodzina skrót „m-g” - których ilość każdorazowo zawierały sporządzone przez zamawiającego przedmiary robót. Odwołujący argumentował, że istnieje zatem możliwość i obowiązek poprawy w oparciu o pierwotną treść oferty, bez składania nowych, czy też odmiennych oświadczeń woli przez odwołującego.

Odwołujący wywodził, że w każdej z siedmiu zaistniałych omyłek zamawiający miał możliwość samodzielnego ustalenia obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny. Tym samym dla poszczególnych częściowych kosztorysów ofertowych zamawiający miał możliwość i obowiązek dokonania następujących korekt:

- 1) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „A i F” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie:
 - a) w poz. 69 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1” : 452,37 m-g x 0,74 = 334,75 zł,
 - b) w poz. 130 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 2 : 10,62 m-g x 0,74 = 7,86 zł

- 2) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „B” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie:

w poz. 117 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1”: 718,389 m-g x 0,74 zł=531,61 zł

Podsumowanie

Rusztowanie

Razem	5363,78
Koszty pośrednie {Kp} 40% od (R,S)	2144,09
Razem	7507,87
Zysk [Z] 6% od (R + Kp, S + Kp(S))	450,56
Razem	7958,43
Ogółem	7958,43

3) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „C i E” – - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie:

a) w poz. 68 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1” : 605,101 x 0,74 = 447,77 zł,

b) w poz. 118 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 2”: 140,09 x 0,74 = 103,67 zł.

4) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „D” – - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie:

w poz. 76 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1” : 195,485 m-g x 0,74 zł = 144,66 zł,

5) termomodernizacja budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „ROS” – - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie:

w poz. 92 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 „Czas pracy rusztowań grupy 1” 765,895 m-g x 0,74 zł = 566,76 zł.

Odwołujący podniósł także, że wskazanie w elemencie kosztorysu (zestawienie sprzętu) cen jednostkowych (0,50 zł) dla pozycji „pracy rusztowań” oraz innych elementów jak ilości m-g, które ponadto wynikają także z roboczogodzin robót prowadzonych z rusztowania - umożliwiają dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający jest w stanie ustalić prawidłową treść oświadczenia woli wykonawcy. Warto także nadmienić, że ceny jednostkowe sprzętu wynikają z „zestawienia sprzętu” załączonego wraz z kosztorysem - zgodnie z wymogiem pkt 20 lit. b SIWZ. Ponadto odwołujący stwierdził, że wielkość wpływu zaistniałych omyłek kosztorysowych na wartość oferty, stanowi o „niespowodowaniu istotnych zmian w treści oferty”. W powyższym zakresie wskazywał, że wartości netto termomodernizacji budynków O/ZUS w Nowym Sączu w zakresie poszczególnych segmentów wzrosną jedynie o:

Segment „A i F” - o 342,61 zł przy pierwotnej wartości 454 256,46 zł (tj. 0,0754 %),

Segment „B” - o 531,61 zł przy pierwotnej wartości 697 412,57 zł (tj. 0,0762 %),
Segment „C i E” - o 551,44 zł przy pierwotnej wartości 461 383,47 zł (tj. 0,1195 %),
Segment „D” - o 144,66 zł przy pierwotnej wartości 243 721,86 zł (tj. 0,0593 %),
Segment „ROS” - o 566,76 zł przy pierwotnej wartości 476 870,03 zł (tj. 0,1188 %).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej z 11.05.2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych pn. *Termomodernizacja budynku Zakładu ubezpieczeń Społecznych Oddział w Nowym Sączu, ul. Sienkiewicza 77 i 67*. Zamawiający wskazał także, że szczegółowy zakres robót określa dokumentacja opisująca przedmiot zamówienia, tj. dokumentacja projektowa w skład której wchodzi m.in. przedmiary robót. Dokumenty te są załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 4 SIWZ).

W przedmiarze robót dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu Segment „A i F” branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowały się m.in.:

- a) pozycja 69 d.1.2.4, KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1 (poz. 10, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 54), 452,370 m-g
- b) pozycja 130 d.2.2.5 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15 "Czas pracy rusztowań grupy 2" (poz. 76, 77, 100, 118), 10,620 m-g,

W przedmiarze robót dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „B” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowała się m.in. pozycja 117 d.1.2.6 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1, 718,389 m-g.

W przedmiarze robót dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „C i E” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowały się m.in. pozycje:

- a) pozycja 68 d.1.2.5 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1, 605,101 m-g,
- b) pozycja 118 d.2.2.4 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 2, 140,090 m-g.

W przedmiarze robót dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „D” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowała się m.in. pozycja 76 d.1.2.5 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1, 195,485 m-g.

W przedmiarze robót dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „ROS” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowała się m.in. pozycja 92 d.1.2.5 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1, 765,895 m-g.

Zamawiający wskazał także, że dla uzyskania formalnej poprawności złożonej oferty wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia: *kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą uproszczoną, zawierających zestawienie materiałów z dokładny określeniem*

każdego z nich, sprzętu i rbg z wyszczególnieniem ceny jednostkowej robót zawierającej wszystkie koszty oprócz podatku VAT, oraz tabelę elementów scalonych (pkt 20.b SIWZ).

Ustalono także, że zamawiający zastrzegł, iż ostateczne rozliczenie wynagrodzenia zostanie dokonane kosztorysem zamiennym, obejmującym roboty wykonane i odebrane ilościowo i jakościowo na podstawie sporządzonej przez wykonawcę i sprawdzonej przez inspektora nadzoru książki obmiaru robót, zgodnie z cenami jednostkowymi przyjętymi w kosztorysie ofertowym, (...) (§ 6 ust, 2 wzoru umowy, załącznik nr 2 do SIWZ).

W dalszym kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący. Odwołujący załączył do swej oferty kosztorysy ofertowe.

W kosztorysie dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu Segment „A i F” branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowały się m.in.:

a) pozycja 69 d.1.4, KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1 (poz.), wartość 0,00; nie wypełniono kolumn: jedn. obm, ilość, cena jedn.,

b) pozycja 130 d.1.6.6. KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 2, (poz. 10,43,44,45,48, 49, 50, 51, 54), wartość 334,49; nie wypełniono kolumn: jedn. obm, ilość, cena jedn.

Do kosztorysu tego załączono zestawienie sprzętu, w którym ujęto m.in. rusztowanie z ilością 450.8036, ceną jednostkową 0,50 zł i wartością 225,40 zł.

W kosztorysie tym ujawniono stawki narzutów: koszty pośrednie [Kp] 40 % od robocizny i sprzętu (R,S) oraz Zysk [Z] 6% od (R+Kp(R), S+Kp(S)).

W kosztorysie ofertowym dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „B” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowała się m.in. pozycja 117 d.7 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1 (poz.), wartość 0,00; nie wypełniono kolumn: jedn. obm, ilość, cena jedn.

Do kosztorysu tego załączono zestawienie sprzętu, w którym ujęto m.in. rusztowanie z ceną jednostkową 0,50 zł.

W kosztorysie tym ujawniono stawki narzutów: koszty pośrednie [Kp] 40 % od robocizny i sprzętu (R,S) oraz Zysk [Z] 6% od (R+Kp(R), S+Kp(S)).

W kosztorysie ofertowym dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „C i E” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowały się m.in. pozycje:

a) pozycja 68 d.1.6 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1 (poz.), wartość 0,00; nie wypełniono kolumn: jedn. obm, ilość, cena jedn.,

b) pozycja 118 d.1.8.5 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 2 (poz.), wartość 0,00; nie wypełniono kolumn: jedn. obm, ilość, cena jedn.

Do kosztorysu tego załączono zestawienie sprzętu, w którym ujęto m.in. rusztowanie z ceną jednostkową 0,50 zł.

W kosztorysie tym ujawniono stawki narzutów: koszty pośrednie [Kp] 40 % od robocizny i sprzętu (R,S) oraz Zysk [Z] 6% od (R+Kp(R), S+Kp(S)).

W kosztorysie ofertowym dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „D” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowała się m.in. pozycja 76 d.1.6 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1 (poz.), wartość 0,00; nie wypełniono kolumn: jedn. obm, ilość, cena jedn.

Do kosztorysu tego załączono zestawienie sprzętu, w którym ujęto m.in. rusztowanie z ceną jednostkową 0,50 zł.

W kosztorysie tym ujawniono stawki narzutów: koszty pośrednie [Kp] 40 % od robocizny i sprzętu (R,S) oraz Zysk [Z] 6% od (R+Kp(R), S+Kp(S)).

W kosztorysie ofertowym dotyczącym termomodernizacji budynku O/ZUS w Nowym Sączu segment „ROS” - branża: budowlana - roboty remontowe, tynkarskie i malarskie znajdowała się m.in. pozycja 92 d.5 KNR 2-02 r.16 z.sz.5.15, Czas pracy rusztowań grupy 1, wartość 0,00; nie wypełniono kolumn: jedn. obm, ilość, cena jedn.

Do kosztorysu tego załączono zestawienie sprzętu, w którym ujęto m.in. rusztowanie z ceną jednostkową 0,50 zł.

W kosztorysie tym ujawniono stawki narzutów: koszty pośrednie [Kp] 40 % od robocizny i sprzętu (R,S) oraz Zysk [Z] 6% od (R+Kp(R), S+Kp(S)).

Następnie ustalono, że zamawiający w dniu 12 maja 2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy pod względem rzeczowo-ilościowym został wykonany przez odwołującego z błędami:

Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 68 d.1.6 Rusztowania Segment C i E

Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 118 d.1.8.5 Rusztowania Segment C i E

Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 69 d.1.4 Rusztowania Segment A i F

Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 130 d.1.6.6. Rusztowania Segment A i F

Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 117 d.7 Rusztowania Segment B

Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 76 d.1.6 Rusztowania Segment D

Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 92 d.1.5 Rusztowania Segment ROS

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało podkreślić, że Izba nie mogła odnieść się do tych niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, jakie zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie, które nie zostały podane wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty z 12 maja 2016 r. W rozstrzygnięciu tym, zamawiający jako powód odrzucenia oferty odwołującego podał następujące okoliczności:

- a) *Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 68 d.1.6 Rusztowania Segment C i E,*
- b) *Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 118 d.1.8.5 Rusztowania Segment C i E,*
- c) *Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 69 d.1.4 Rusztowania Segment A i F,*
- d) *Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 130 d.1.6.6. Rusztowania Segment A i F,*
- e) *Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 117 d.7 Rusztowania Segment B,*
- f) *Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 76 d.1.6 Rusztowania Segment D,*
- g) *Brak obmiaru, ceny jednostkowej i wyceny pozycji 92 d.1.5 Rusztowania Segment ROS.*

Tymczasem w odpowiedzi na odwołanie zamawiający przytoczył dalsze przyczyny, dla których treść oferty odwołującego miała być niezgodna z treścią SIWZ. W piśmie tym zamawiający wskazał m.in., że:

- a) odwołujący dokonał samodzielnych modyfikacji w różnych pozycjach kosztorysowych w zakresie roboczogodzin i maszynogodzin,
- b) odwołujący dokonał zmiany opisu pozycji 130 kosztorysu dot. segmentu „A i F”,
- c) odwołujący w zestawieniu sprzętu kosztorysu dot. segmentu „A i F” podał błędną liczbę maszynogodzin dla rusztowań,
- d) odwołujący w pozycji 81 kosztorysu dotyczącego segmentu „B” przyjął listwę (blachę) aluminiową jako materiał inwestora, nie wykazując jej wyceny w zestawieniu materiałów.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu*. Za niedopuszczalne należało uznać rozszerzanie przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie podstaw odrzucenia oferty odwołującego ponad te, które zostały wskazane w rozstrzygnięciu doręczonym wykonawcy. Natomiast w rozstrzygnięciu tym jako powód odrzucenia oferty odwołującego podano brak ceny jednostkowej, obmiaru i wyceny w 7 literalnie wskazanych pozycjach kosztorysowych. Wobec tak uzasadnionej czynności odrzucenia zostało wniesione odwołanie i tylko w takim, zaskarżonym zakresie, mogło być ono rozpoznane

przez Izbę. Odwołujący, wobec zasady związania swymi zarzutami wynikającej z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mógłby na etapie postępowania odwoławczego skutecznie podnieść nowych zarzutów wobec czynności zamawiającego, co byłoby sprzeczne z zasadą równouprawnienia stron. Izba podziela w tym zakresie w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)*”.

Wobec powyższego Izba rozpoznała odwołanie tylko w takim zakresie, jaki wynikał z zarzutów przedstawionych w odwołaniu z pominięciem nowych podstaw odrzucenia oferty odwołującego zakomunikowanych wykonawcy dopiero w odpowiedzi na odwołanie.

Przypomnienia wymaga, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.* Z powyższego jednoznacznie wynika, że obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy niemożliwym jest zastosowanie instytucji poprawy innej omyłki

uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp *zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.* Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. *„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”*

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ustęp 2 punkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że rzeczywiście w ofercie odwołującego w wymienionych przez zamawiającego siedmiu pozycjach kosztorysów nie wskazano cen jednostkowych w odniesieniu do robót dotyczących pracy rusztowań. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że ceny te zostały podane w innym miejscu tych samych kosztorysów. Dostrzeżenia wymagało, że wypełniając dyspozycję pkt 20 b SIWZ odwołujący załączył do swych kosztorysów również zestawienia sprzętu obejmujące m.in. rusztowania. W zestawieniach tych, w odniesieniu do każdego kosztorysu wykonawca ujawnił stawkę za rusztowania w wysokości 0,50 zł za 1 m-g. Jak słusznie argumentował odwołujący, w tej sytuacji możliwe było wyliczenie ceny jednostkowej z narzutami. Do zaoferowanej ceny jednostkowej sprzętu zgodnie z „podsumowaniem” dla „rusztowań” gdzie zaoferowano koszty pośrednie [Kp] 40 % od robocizny i sprzętu (R,S) oraz Zysk [ZJ 6% od (R+Kp(R), S+Kp(S)) należało doliczyć ww. wartości wg następującego obliczenia: $0,50 \text{ zł} + 40\% (Kp) = 0,7 \text{ zł} + 6\% (Z) = 0,74 \text{ zł}$. gdzie:

R - oznacza koszty bezpośrednie robocizny,

S - oznacza koszty bezpośrednie pracy maszyn i sprzętu budowlanego,

Kp - oznacza koszty pośrednie Z - oznacza zysk kalkulacyjny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odniósł się w szczegółach jedynie do braku możliwości ustalenia ceny jednostkowej z narzutami w pozycji 130 kosztorysu dotyczącego segmentu A i F. Argumentował, że w pozycji tej widnieje błędny opis, a także że w zestawieniu sprzętu dotyczącym segmentu A i F podano błędną ilość obmiarową w odniesieniu do rusztowań.

Jak już powyższe wyjaśniano, okoliczność ewentualnego błędnego opisu w przywoływanej pozycji nie była powodem odrzucenia oferty odwołującego. Analogicznie przyczyną odrzucenia oferty nie była również błędna ilość obmiarowa w tej pozycji. Jak wynikało z uzasadnienia odrzucenia oferty, zamawiający - również w odniesieniu do rozpatrywanej pozycji 130 kosztorysu A i F – wskazywał jedynie, że nie ujawniono ceny jednostkowej, obmiaru i wyceny.

Niezależnie jednak od tego, okoliczność że w opisie tej jednej pozycji doszło do dodatkowego błędu w nazwie, a w zestawianiu sprzętu podano błędną ilość obmiarową, nie uniemożliwiało dokonania poprawy rozpatrywanej pozycji. Podkreślenia wymaga, że poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegają wszystkie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ spełniające wymogi ustawowe. Poprawieniu w tym trybie może w szczególności podlegać także błędny opis pozycji jaki i nieprawidłowa ilość obmiarowa. Dopiero po poprawieniu tych omyłek należało usunąć rozbieżność pomiędzy ceną jednostkową a wartością. W okolicznościach danej sprawy, w razie rozbieżności pomiędzy ceną jednostkową a wartością, którą nie wiadomo jako obliczono, punktem wyjścia do

poprawy powinna być cena jednostkowa. Powyższe było o tyle konieczne, że tożsama cena jednostkowa (0,50 zł za 1 m-g) została ujawniona w pozostałych zestawieniach sprzętu, co wskazywało na to, że to ten element kalkulacji jest prawidłowy. W szczególności absurdalnym byłoby zakładanie, że w kosztorysie dotyczącym segmentu „A i F” odwołujący miałby zaoferować cenę jednostkową za rusztowania na poziomie 30,51 zł za 1 m-g, podczas gdy w sześciu pozostałych kosztorysach - na poziomie 0,50 zł. W tej sytuacji przedstawiane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie inne sposoby poprawy należało odrzucić.

W odniesieniu do pozostałych sześciu pozycji kosztorysowych zamawiający nie zakwestionował braku możliwości wyliczenia ceny jednostkowej za rusztowania z narzutami w sposób podawany przez odwołującego. W pozycjach tych rzeczywiście w kosztorysach nie zostały ujawnione ceny jednostkowe za rusztowania, jednakże możliwe było wyliczenie ceny jednostkowej z narzutami w oparciu o dane znajdujące się w zestawieniach sprzętu, tak jak to wyżej wskazano.

Jeżeli chodzi o brakujące ilości obmiaru robót to nie ulegało wątpliwości, że należało przyjąć je według takiej ilości, jaka wynikała z przedmiarów zamawiającego, stanowiących załącznik do SIWZ. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał wprawdzie, że nie można automatycznie przyjąć ilości obmiaru z przedmiarów, bo wykonawca w szeregu miejsc kosztorysów zmieniał ilości obmiarowe. Jednakże zamawiający jednoznacznie w trakcie rozprawy oświadczył, że niedopuszczalna byłaby zmiana ilości obmiarowych w zakresie sprzętu, a – co nie było sporne - to tego elementu należało zaliczyć rusztowania. Skoro zatem zmiana ilości obmiarowych w zakresie rusztowań była niedopuszczalna, zatem jedyną dopuszczalną wartością obmiarową były wartości przyjęte w przedmiarach. Celem instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią SIWZ, a nie poprawianie dla samego poprawiania. Skoro jedynymi ilościami obmiarowymi, jakie można było wpisać w kosztorysach, były ilości z przedmiaru, to oczywistym jest, że doprowadzając ofertę do zgodności SIWZ, należało przyjąć te ilości. Za niezrozumiałe należało uznać stanowisko, że treść oferty – w zakresie brakujących ilości obmiarowych - należałoby poprawić w jakiś inny sposób. W ten sposób oferta odwołującego dalej byłaby niezgodna z SIWZ tyle, że z innego powodu. Nie taki jest zaś cel instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Końcowym elementem poprawy powinno być zaś przeprowadzenie obliczeń matematycznych polegających na pomnożeniu cen jednostkowych przez ilości obmiarowe, co pozwoliłoby na ustalenie wyceny brakujących pozycji i doprowadzenie treści oferty odwołującego do zgodności z treścią SIWZ. Jak wynikało z powyższego, poprawienie omyłek przez zamawiającego nie wymagało

jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą i możliwe było do przeprowadzenia na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że z okoliczności stanu faktycznego wynika, że ww. niezgodność była wynikiem omyłki odwołującego, a nie efektem zamierzonego działania. Jak wynikało z całości oferty odwołującego, a w szczególności z zestawień sprzętu załączonych do kosztorysów, zamierzał on zaoferować zamawiającemu przedmiot zamówienia również w części dotyczącej pracy rusztowań. W przeciwnym bowiem razie w jakim celu ujawniałby zamawiającemu ceny jednostkowe za ten element robót. Wzięto pod uwagę, że wykonawca złożył w formularzu oferty oświadczenie, że zapoznał się z SIWZ (której częścią były przedmiary) i że zobowiązuje się do jej przestrzegania i stosowania.

Izba stwierdziła, że poprawa oferty odwołującego nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty zarówno w aspekcie ilościowym, jak i finansowym. Poprawa omyłek w kosztorysie dotyczącym segmentu „A i F” dotknęłyby 2 ze 136 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „B” – 1 ze 125 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „C i E” – 2 ze 123 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „E” – 1 z 96 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „ROS” – 1 ze 101 pozycji. Również w aspekcie finansowym zmiana będzie miała charakter nieistotny. Jak to wynika z treści odwołania, poprawy spowodują zmianę ceny ofertowej rzędu niewiele ponad dziesiąte części procenta. Taka poprawa z pewnością nie spowoduje zmiany treści oświadczenia woli odwołującego, jakim jest oferta, w sposób znaczący. Wręcz przeciwnie, można uznać, że będzie miała charakter marginalny. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że spełnione zostały wszystkie przesłanki obligujące zamawiającego do poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie.

Za chybiony uznano natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem powołanym przez odwołującego, *zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia. Zatem zarzut należało uznać za chybiony.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało*

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykonanie czynności poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych omyłek polegających na niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w pozycjach 68 d.1.6, 118 d.1.8.5 kosztorysu dot. segmentu „C i E”, pozycjach 69 d.1.4, 130 d.1.6.6 kosztorysu dotyczącego segmentu „A i F”, pozycji 117 d.7 kosztorysu dot. segmentu „B”, pozycji 76 d.1.6 kosztorysu dot. segmentu „D”, pozycji 92 d.1.5 kosztorysu dotyczącego segmentu „ROS”, z uwzględnieniem ceny jednostkowej rusztowań wynikającej z zestawień sprzętu złożonych przez odwołującego oraz ilości obmiaru robót wynikających z przedmiarów robót.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego

stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: