

Sygn. akt: KIO 1529/11

WYROK
z dnia 28 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.07.2011 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa garaży samochodowych wraz z parkiem sprzętu technicznego i budynkiem kontroli technicznej na terenie JW.1156 Poznań – Krzesiny – II etap” (znak 11/WZI/11/WB),

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Spółka z o.o., ul. Biskupińska 11**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600,00 zł** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 28 lipca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1529/11

Zamawiający – Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa garaży samochodowych wraz z parkiem sprzętu technicznego i budynkiem kontroli technicznej na terenie JW.1156 Poznań – Krzesiny – II etap” (znak 11/WZI/11/WB),

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **25.02.2011 r.** Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **02.03.2011 r.** ogłoszenia o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 42-068199.

W dniu **08.07.2011 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.07.2011 r.** odwołanie. W treści odwołania zostało wskazane, że odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a polegającej na: błędnym poprawieniu przez Zamawiającego w treści oferty złożonej przez Odwołującego pozycji kosztorysowych wskazanych pod pozycjami od 2 do 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, którym zawiadomił Odwołującego o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stwierdzonych w jego ofercie omyłek polegających na niezgodności tejże oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w wyniku powtórzenia czynności badania złożonych do przetargu ofert na skutek przeprowadzonego postępowania odwoławczego i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16.06.2011 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący zarzucił powyższej czynności poprawienia naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp poprzez:
 - uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;
 - uchybienie zasadzie pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
 - dokonanie zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert;

- dokonanie poprawki pozycji kosztorysowej wskazanej pod pozycją 2 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11 w sposób błędny, gdyż niezgodny z zawartym w odwołaniu, wniesionym w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego pismem z dnia 27.06.2011 r. znak DR/6676/11, żądaniem powtórzenia czynności badania i oceny ofert z jednoczesnym poprawieniem omyłek wskazanych w tymże odwołaniu, a konkretnie odnośnie sposobu poprawienia omyłki zaistniałej w poz. 114 kosztorysu ofertowego Odwołującego w zakresie sieci wod. – kan., mimo iż odwołanie to zostało, w ocenie Zamawiającego, uwzględnione przez niego w całości zarzutów pismem z dnia 01.07.2011 r. nr 4244/11, a wszczęte nim postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.07.2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1371/11;

- błędne dokonanie poprawek pozycji kosztorysowych wskazanych pod pozycjami od 3 do 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, gdyż żadna z tych pozycji kosztorysowych nie stanowi jakiegokolwiek omyłki w treści oferty Odwołującego, a konkretnie jego kosztorysu ofertowego, albowiem to naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania, gdyż może pozbawić Odwołującego możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Natomiast szkoda, jaką Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, polega na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Powyższe, w jego ocenie, stanowi zatem wystarczającą przesłankę, uprawniającą Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jak o tym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący, uprzedzając ewentualne wątpliwości związane z normą prawną wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania z uwagi na fakt, że choć Zamawiający, w swej ocenie, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione przez Odwołującego w jego odwołaniu z dnia 27.06.2011 r., to jednak powtórzył czynność badania i oceny ofert w sposób niezgodny z zawartym w odwołaniu z dnia 27.06.2011 r. żądaniem w tym zakresie, a dotyczącym poprawienia omyłek wskazanych w ww. odwołaniu, konkretnie odnośnie sposobu poprawienia omyłki zaistniałej w poz. 114 kosztorysu ofertowego Odwołującego w zakresie sieci wod. - kan.

W ocenie Odwołującego nie ulega bowiem wątpliwości, biorąc pod uwagę art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, że skoro odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie, a tym samym podniesione w nim zarzuty, to o uwzględnieniu

w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu można mówić dopiero wtedy, gdy powtórzona przez Zamawiającego czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodna z żądaniem zawartym w odwołaniu, co wynika z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, a więc uwzględnia okoliczności faktyczne zarzutu, które uzasadniały jego podniesienie w ramach danego odwołania, czyli w tym konkretnym przypadku w ramach odwołania wniesionego przez Odwołującego pismem z dnia 27.06.2011 r. znak DR/6676/11.

W ocenie Odwołującego słuszność powyższego stanowiska Odwołującego potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.11.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1430/09) gdzie Izba stwierdziła, że: „(...) 2. Znaczenie zarzutu należy rekonstruować i oceniać przede wszystkim na podstawie całokształtu jego treści, tzn. w odniesieniu do zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę i uzasadnienie jego postawienia, a nie tylko opierać się na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie zarzut podnosi. (...)”. Następnie wskazał, iż w wyroku z dnia 08.06.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 662/09) Izba wyraziła pogląd, iż: „(...) Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp [aktualnie pojęcie „zarzutu” odnosi się, wobec rezygnacji z instytucji protestu, do odwołania i adekwatna regulacja znajduje się w art. 189 ust. 3 ustawy Pzp - przyp. red.]) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. (...)”.

W dalszej części uzasadnienia podniósł, iż skoro więc Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert w sposób niezgodny z zawartym w odwołaniu z dnia 27.06.2011 r. żądaniem w tym zakresie, a dotyczącym poprawienia omyłek wskazanych w ww. odwołaniu, konkretnie natomiast odnośnie sposobu poprawienia omyłki zaistniałej w poz. 114 kosztorysu ofertowego Odwołującego w zakresie sieci wod. – kan., to w konsekwencji brak jest, w ocenie Odwołującego, podstaw do odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż w tym przypadku Zamawiający nie uwzględnił w całości zarzutów przedstawionych w ww. odwołaniu.

Na poparcie powyższego Odwołujący przytoczył za zasadzie analogii, gdyż instytucja protestu nie występuje już w ustawie Pzp, następujące orzeczenie KIO, które mimo wszystko, w jego ocenie, zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym. I tak w postanowieniu z dnia 06.07.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1283/10) Izba wypowiedziała się, że: „Protest może przysługiwać od czynności lub zaniechania będących konsekwencją rozstrzygnięcia protestu, czyli np. od czynności powtórzenia badania i oceny ofert, od zaniechania wykluczenia wykonawcy, mimo uwzględniania protestu, w którym wykonawca takiej czynności się domagał. Protest jednak nie przysługuje od zamiaru dokonania przez zamawiającego czynności”.

W tym stanie rzeczy, jak wskazał Odwołujący, odwołanie niniejsze winno zostać merytorycznie rozpoznane przez KIO.

Następnie wskazał, że w dniu 08.07.2011 r. Odwołujący otrzymał faksem od Zamawiającego pismo z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, którym Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzonych w jego ofercie omyłek polegających na niezgodności tejże oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w wyniku powtórzenia czynności badania złożonych do przetargu ofert na skutek przeprowadzonego postępowania odwoławczego i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16.06.2011 r. W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że niniejsze odwołanie zostaje wniesione zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności błędnego poprawienia w treści oferty złożonej przez Odwołującego pozycji kosztorysowych wskazanych pod pozycjami od 2 do 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z jednoczesnym poprawieniem w ofercie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy innej omyłki polegającej na niezgodności tejże oferty ze SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a wskazanej pod pozycją 2 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, w sposób zgodny z przepisami Ustawy i treścią, w tym żądaniem w tym zakresie, odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego pismem z dnia 27.06.2011 r. znak DR/6676/11;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego poprawionej zgodnie z powyższym.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z akt sprawy o sygn. akt KIO 1371/11, dotyczącej postępowania odwoławczego, którego wynikiem jest czynność Zamawiającego niezgodna z przepisami ustawy Pzp, polegająca na błędnym poprawieniu omyłek w treści oferty Odwołującego w ramach powtórzonej procedury badania i oceny ofert, będąca przedmiotem niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania zostało wskazane, że Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z wymogami SIWZ oraz dochowując przepisom ustawy Pzp.

W dniu 27.06.2011 r. Odwołujący pismem z dnia 27.06.2011 r. znak DR/6676/11 wniósł odwołanie w niniejszym postępowaniu na rozstrzygnięcie przez Zamawiającego przedmiotowego przetargu z dnia 16.06.2011 r. Odwołanie to zostało, w ocenie

Zamawiającego, uwzględnione przez niego w całości zarzutów pismem z dnia 01.07.2011 r. nr 4244/11, a wszczęte nim postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem KIO z dnia 05.07.2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1371/11. Na dowód powyższego wskazał i dołączył do odwołania kopię odwołania Odwoływającego z dnia 27.06.2011 r. znak DR/6676/11, kopia pisma Zamawiającego z dnia 01.07.2011 r. nr 4244/11 oraz kopię postanowienia KIO z dnia 05.07.2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1371/11.

Następnie Odwoływający wskazał, że w dniu 08.07.2011 r. otrzymał faksem od Zamawiającego pismo z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, w którym Zamawiający zawiadomił Odwoływającego o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzonych w jego ofercie omyłek polegających na niezgodności tejże oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w wyniku powtórzenia czynności badania złożonych do przetargu ofert na skutek przeprowadzonego postępowania odwoławczego i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16.06.2011 r. Na potwierdzenie powyższego przywołał i przedłożył wraz z odwołaniem kopię pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11 wraz z Załącznikiem nr 1.

W odpowiedzi na powyższe pismo Odwoływający pismem z dnia 11.07.2011 r. nr D/7359/11, doręczonym Zamawiającemu w dniu 11.07.2011 r., wyraził zgodę na poprawienie omyłki w pozycji kosztorysowej, o której mowa pod poz. 1 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do w/w pisma Zamawiającego i jednocześnie wyjaśnił na czym polega błędne, w ocenie Odwoływającego, poprawienie pozostałych pozycji kosztorysowych wskazanych w tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do w/w pisma Zamawiającego pod pozycjami od 2 do 8. Jako Dowody zostały przywołane i przedłożone wraz z odwołaniem kopie pisma Odwoływającego z dnia 11.07.2011 r. nr D/7359/11; przedmiaru robót sieci wod-kan załączonego do SIWZ, dotyczącego pozycji od 2 do 8 wskazanych w tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma wymienionego powyżej jako dowód nr 4.

Odwoływający wskazał, iż niezależnie jednak od powyższego, mając na uwadze dochowanie należytej staranności w zakresie ochrony swego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i zabezpieczenia się przed możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów Ustawy, mogącego mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania, Odwoływający wnosi przedmiotowe odwołanie, którego zasadność i konieczność poniżej wykazuje.

W pkt I wskazał na wstępie, że Zamawiający w Rozdziale VII pkt 2 Części I SIWZ postawił wymóg, iż „Cena ofertowa musi być skalkulowana na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz przedmiaru robót”. Zatem, zdaniem Odwoływającego, cena podana w ofercie musiała uwzględniać całokształt informacji i wymogów zawartych we wszystkich ww. dokumentach, a nie być kalkulowana

tylko w oparciu o niektóre z tych dokumentów. Jednocześnie w pkt. 1 Formularza ofertowego (załącznik nr 1 do Cz. I SIWZ) oraz w § 10 ust. 1 Projektu umowy (stanowiącego Cz. II SIWZ) Zamawiający przewidział, iż za wykonanie przedmiotowego zamówienia Wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie kosztorysowo-ilościowe.

Ponadto należy też mieć na względzie Opis przedmiotu zamówienia (stanowiący Cz. III SIWZ), gdzie Zamawiający zamieścił uwagę, iż: „Dokładny zakres, rodzaj i wielkość robót został określony w dokumentacji projektowej oraz przedmiarach budowlanych i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, które są załącznikiem do SIWZ”. Zdaniem Odwołującego cytowana tutaj uwaga również potwierdza konieczność ujęcia w cenie oferty danych wynikających z wszystkich ww. dokumentów.

W ocenie Odwołującego powyższe nie zmienia jednak podstawowego faktu, biorąc pod uwagę zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz niedopuszczalność zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert, że wykonawcy byli wprawdzie zobowiązani uwzględnić w treści swych ofert, a konkretnie w kosztorysach ofertowych, całość informacji i wymogów zawartych we wszystkich dokumentach składających się na SIWZ, w tym też w odpowiedziach Zamawiającego udzielonych na pytania wykonawców, ale tylko w taki sposób i w takim zakresie, w jakim Zamawiający wyraził to na piśmie i to przed upływem terminu składania ofert.

Zdaniem Odwołującego tylko bowiem zachowanie Zamawiającego respektujące ww. reguły postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwia złożenie ofert porównywalnych z punktu widzenia kryterium oceny ofert przy wyborze oferty najkorzystniejszej, jakim w niniejszym postępowaniu jest najniższa cena oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców składających te oferty.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał stosowne i ugruntowane, jego zdaniem, w tym względzie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Wskazał na w wyrok z dnia 12.03.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 119/10) w którym Izba stwierdziła, że: „Postanowienie o udzielenie zamówienia prowadzi się z zachowaniem zasady pisemności wynikającej z art. 9 ust. 1 p.z.p. Realizacja tej zasady sprzyja zachowaniu poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Pisemność postępowania wymaga uzewnętrznienia przez zamawiającego swoich wymagań w dokumentach postępowania, w szczególności w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz. Zamawiający jest zobligowany do przestrzegania ustalonych przez siebie wymagań skierowanych do wykonawców biorących udział w postępowaniu, co ma na celu wyeliminowanie możliwości podjęcia przez niego decyzji o charakterze arbitralnym. Realizacji tego celu służy oparcie się przede wszystkim na literalnych postanowieniach siwz. (...) Możliwość rozbieżnych interpretacji postanowień siwz nie może obciążać wykonawców, którzy złożyli oferty działając w zaufaniu do jej literalnych sformułowań”.

Za istotny w tym aspekcie Odwołujący uznał również wyrok Izby z dnia 21.06.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1013/10), gdzie zostało wyrażone stanowisko, że: „Zamawiający bezwzględnie przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Z kolei w kolejnym wskazanym wyroku KIO z dn. 24.08.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1031/09) Izba stwierdziła, iż: „W związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisów SIWZ (...) Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców”.

Następnie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dn. 29.10.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1117/08), z którego uzasadnienia wynika, że „(...) niejednoznaczność zapisów SIWZ i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami zapisów nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawcy”.

Odwołujący wskazał, że natomiast w doktrynie przyjmuje się w tym względzie, że „(...) zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji. Zamawiający nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co narusza art. 7 (...)” [tak „Prawo zamówień publicznych” - komentarz, G. Wicik/P. Wiśniewski, wyd. C.H. BECK, W-wa 2007].

W ocenie Odwołującego w świetle powyższego jest zatem oczywiste, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych skutków, wynikających z braku należytej staranności Zamawiającego w wyrażaniu jego zamiarów lub intencji we wszelkich dokumentach składających się na SIWZ, w tym też w odpowiedziach Zamawiającego udzielonych na pytania Wykonawców. Zamawiający jest bowiem zobowiązany wyrażać wprost, a nie intencjonalnie, swoje wymagania wobec Wykonawców, do czego zresztą obliguje go wspomniana już powyżej zasada pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego w tym stanie rzeczy nie może więc budzić wątpliwości fakt, iż Zamawiający dopuścił się zarzucanego mu przez Odwołującego naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, dokonując czynności poprawienia pozycji kosztorysowych zawartych w kosztorysie ofertowym Odwołującego w zakresie sieci wod-kan, stanowiącym treść jego oferty, w taki sposób, w jaki przedstawił to pod pozycjami od 2 do 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11.

W pkt II uzasadnienia Odwołujący podniósł, w odniesieniu do poz. 2 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do w/w pisma Zamawiającego, że to uchybienie Zamawiającego w sposobie poprawienia tej pozycji kosztorysowej polega na tym, że Zamawiający zupełnie

bezpodstawnie wpisał w niej jako prawidłową ilość 41,667 m³, podczas gdy zobowiązany jest wpisać w tej pozycji ilość 25m³, która jest zgodna z literalnym zapisem przedmiaru robót w tym zakresie. Odwołujący nie przeczy, że w poz. 114 swego kosztorysu ofertowego sieci wod-kan wpisał ilość 80,00 m³ zamiast prawidłowej wg przedmiaru robót w tym zakresie ilości 25 m³. Uczynił to jednak omyłkowo, a z uwagi na znikomość tej omyłki (jej poprawienie spowoduje, iż cena brutto podana w ofercie Odwołującego i wynosząca 29.738.609,30 zł, z uwzględnieniem już poprawki Zamawiającego z poz. 1 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, na którą to poprawkę Odwołujący zgodził się pismem z dnia 11.07.2011 r. nr D/7359/11, obniży się jedynie o kwotę 72.098,25 zł brutto), co kwalifikuje ją jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty Odwołującego ze SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści jego oferty, podlega ona poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co przyznaje sam Zamawiający, poprawiając ją w tym trybie. Dopuszczalność poprawienia przedmiotowej omyłki w kosztorysie ofertowym Odwołującego, jego zdaniem, znajduje też potwierdzenie chociażby w wyroku KIO z dnia 06.07.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1255/10), gdzie stwierdza się, że: „Izba zważyła, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. (...) W świetle wyżej wskazanego przepisu "dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień." (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod red. J. Sadowy, Warszawa 2008, s. 118, wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 88/09: KIO/UZP 89/09). (...) Izba podziela stanowisko, wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że podstawami oceny "istotności" omyłki co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty a także ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie (por. KIO/UZP 1277/08). (...)"

Zdaniem Odwołującego jednakże już konkretny sposób, w jaki Zamawiający wykonuje dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy w odniesieniu do ww. pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego w zakresie sieci wod-kan, jest sprzeczny z art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 38 ust. 4 i art. 186 ust. 3 Ustawy. W jego ocenie w żadnym bowiem z dokumentów składających się na SIWZ, w tym też w odpowiedziach Zamawiającego udzielonych na pytania Wykonawców, nie wskazano dla poz. 114 przedmiaru robót sieci wod-kan ilości innej niż 25 m³. Skoro zatem Zamawiający dopiero w toku badania i oceny ofert, czyli już po terminie ich składania, podaje jako rzekomo prawidłową w tej pozycji kosztorysowej ilość 41,667 m³, to de facto, zdaniem Odwołującego, mija się z prawdą, gdyż nigdzie na piśmie nie

wskazał, na etapie sporządzania ofert, że literalnie rzecz biorąc prawidłowa jest w tej pozycji ilość 41,667 m³ a nie 25 m³.

Następnie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w żadnym z dokumentów składających się na SIWZ, w tym też w jego odpowiedziach udzielonych na pytania wykonawców, nie upoważnił wykonawców do samodzielnego ingerowania w treść przedmiarów robót. Tak więc Zamawiający, by zapewnić złożenie ofert porównywalnych z punktu widzenia kryterium oceny ofert przy wyborze oferty najkorzystniejszej, jakim w niniejszym postępowaniu jest najniższa cena, winien poprawić w ofertach wykonawców pozycję 114 ich kosztorysów ofertowych sieci wod-kan w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tam gdzie taka omyłka występuje - co zachodzi akurat w ofercie Odwołującego, ale przyjmując jako prawidłową ilość podaną w przedmiarze robót w tym zakresie, tj. 25 m³ a nie zupełnie bezpodstawną ilość 41,667 m³ Zakaz zmiany przez Zamawiającego w trakcie badania i oceny ofert, czyli po terminie ich składania, ww. ilości przedmiarowej 25 m³ wynika, zdaniem Odwołującego, też z ciężącego na Zamawiającym obowiązku zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego w rezultacie bowiem wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków zaniechania przez Zamawiającego wyrażenia wprost, czyli na piśmie, i w sposób jednoznaczny a nie dorozumiany, wymogów jakie mają uwzględniać ich kosztorysy ofertowe. Jak następnie wskazał Odwołujący takie zaniechanie Zamawiającego wprowadza w konsekwencji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego element intencjonalności, co skutkuje możliwością odmiennego interpretowania tych samych zapisów SIWZ przez poszczególnych wykonawców, uczestniczących w danym postępowaniu, i co jest niezgodne z cyt. powyżej przepisami ustawy Pzp.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że dokonanie ww. poprawki przy przyjęciu przez Zamawiającego ilości przedmiarowej innej (tj. 41,667 m³), niż ta podana w przedmiarze robót (tj. 25 m³), a której to ilości 25 m³ Zamawiający nie zmienił przed upływem terminu składania ofert zgodnie z zasadą pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowałoby, iż w ofercie wykonawcy byłaby wówczas w poz. 114 kosztorysu ofertowego robót sieci wod-kan ilość niezgodna z wymogami SIWZ, czyli inna niż 25 m³, co skutkowałoby sprzecznością treści oferty Wykonawcy z treścią SIWZ.

W tym miejscu Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1020/10), w którym Izba wyraziła pogląd, iż: „Jeśli wynagrodzenie ustalone w postępowaniu ma charakter kosztorysowy w rozumieniu art. 629 k.c, to w takiej sytuacji dla porównywalności złożonych ofert w kryterium ceny, wymagane jest aby został wyceniony przez poszczególnych wykonawców identyczny zakres prac, w sposób w pełni zgodny z

określonym przedmiarem robót. (...) Dopuszczalne jest poprawianie omyłek w kosztorysach ofertowych wykonawców, z zastosowaniem wszystkich możliwych podstaw takich czynności określonych przepisem art. 87 ust. 2 p.z.p. (...)"

Zdaniem Odwołującego należy też zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 22.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1416/08), w którym mowa jest, iż: „Postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego prowadzi się w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 p.z.p.). a dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego podstawowe znaczenie ma literalne brzmienie postanowień siwz. Brak wniosków o wyjaśnienie treści siwz i fakt, iż postanowienia siwz nie były kwestionowane przez wniesienie środków ochrony prawnej, nie sanuje zaniechania Zamawiającego polegającego na braku sformułowania siwz w sposób jednoznaczny”.

W ocenie Odwołującego powyższe dowodzi też, że nie może się ostać twierdzenie Zamawiającego, iż odwołanie z dnia 27.06.2011 r. zostało przez niego uwzględnione w całości zarzutów w nim przedstawionych, skoro o uwzględnieniu ich w całości i powtórzeniu czynności zgodnie z żądaniem odwołania można mówić dopiero wtedy, gdy czynności te zostaną dokonane zgodnie z okolicznościami faktycznymi, wskazującymi na naruszenie przepisów prawa, co w niniejszym przypadku miałyby miejsce wówczas, gdyby Zamawiający pozycję kosztorysową, o której mowa pod poz. 2 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, poprawił w w/w sposób, a wskazany już przez Odwołującego w jego odwołaniu z dnia 27.06.2011 r., czyli przyjmując za prawidłową ilość podaną w przedmiarze robót sieci wod-kan w tym zakresie, tj. 25 m³.

Następnie w pkt III uzasadnienia Odwołujący wskazał, w odniesieniu do poz. 3 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11, to w zakresie tej pozycji kosztorysowej uchybienie Zamawiającego zasadza się na bezpodstawnym przyjęciu przez niego ilości 41,212 m³ jako prawidłowej ilości jednostki przedmiarowej dla tej pozycji, która to ilość jednakże w przedmiarze robót w ogóle nie występuje. Zamawiający wymagał bowiem, aby w zakresie wyceny ofertowej „kanalizacji deszczowej brudnej” przyjąć zgodnie z poz. 142 przedmiaru robót sieci wod-kan obmiar w ilości 40 m³ i w żadnym z dokumentów składających się na SIWZ, w tym też w odpowiedziach Zamawiającego udzielonych na pytania Wykonawców, nie wskazano dla poz. 142 tegoż przedmiaru ilości innej niż 40 m³.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w żadnym z dokumentów składających się na SIWZ, w tym też w jego odpowiedziach udzielonych na pytania wykonawców, nie upoważnił wykonawców do samodzielnego ingerowania w treść przedmiarów robót.

Jego zdaniem w rezultacie więc wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków zaniechania przez Zamawiającego wyrażenia wprost, czyli na piśmie, i w sposób jednoznaczny a nie dorozumiany, wymogów jakie mają uwzględniać ich kosztorysy ofertowe. Takie zaniechanie Zamawiającego wprowadza w konsekwencji do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego element intencjonalności, co skutkuje możliwością odmiennego interpretowania tych samych zapisów SIWZ przez poszczególnych wykonawców, uczestniczących w danym postępowaniu, i co jest niezgodne z cyt. powyżej przepisami ustawy Pzp.

Ponadto, jak Odwołujący wskazał, dokonanie ww. poprawki przy przyjęciu przez Zamawiającego ilości przedmiarowej innej (tj. 41,212 m³), niż ta podana w przedmiarze robót (tj. 40 m³), a której to ilości 40 m³. Zamawiający nie zmienił, zdaniem Odwołującego, przed upływem terminu składania ofert zgodnie z zasadą pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowałoby, iż w ofercie Wykonawcy byłaby wówczas w poz. 142 kosztorysu ofertowego robót sieci wod-kan ilość niezgodna z wymogami SIWZ, czyli inna niż 40 m³, co skutkowałoby sprzecznością treści oferty Wykonawcy z treścią SIWZ. Zatem w tym stanie rzeczy pozycja kosztorysowa wskazana pod poz. 3 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11 nie powinna być w ogóle kwalifikowana przez Zamawiającego jako jakakolwiek omyłka.

Na poparcie swego stanowiska Odwołujący przywołuje tutaj również orzecznictwo KIO i poglądy doktryny, przedstawione w powyższych częściach niniejszego uzasadnienia.

W pkt IV uzasadnienia Odwołujący odniósł się do pozycji kosztorysowych zawartych w poz. od 4 do 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11. W ich zakresie Odwołujący stwierdza, że w jego ofercie nie występują żadne omyłki w tym względzie.

Zatem poprawki poczynione przez Zamawiającego w tym zakresie są nieuzasadnione i bezprzedmiotowe. Z uwagi na fakt, że w zakresie pozycji kosztorysowych wymienionych pod pozycjami od 4 do 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do w/w pisma Zamawiającego omyłki w ofercie Odwołującego, a konkretnie w jego kosztorysie ofertowym sieci wod-kan, nie zostały popełnione, to zawiadomienie przez Zamawiającego o ich poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy z jednoczesnym zwróceniem się do Odwołującego o wyrażenie zgody na ich poprawienie nie znajduje punktu odniesienia, tj. ani podstawy faktycznej ani prawnej. Należy więc uznać je za bezskuteczne, tj. nie wywołujące skutków prawnych.

W tym miejscu, zdaniem Odwołującego, wymaga bowiem podkreślenia fakt, iż zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 61, zawartą w piśmie Zamawiającego z dnia 08.04.2011 r. nr 2210/11, a mówiącą, iż: „Do wyceny ofertowej należy przyjąć wywóz nadmiaru gruntu na odległość 25 km”, Odwołujący uwzględnił w swej cenie ofertowej ów wywóz na wymaganą

odległość 25 km w ten sposób, iż w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach kosztorysów ofertowych sieci wod-kan (tj. poz. 4, 5, 6, 7 i 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. nr 4433/11) uwzględnił koszt wywozu na odległość 24 km, gdyż w zakresie pozostałego 1 km występowały już odpowiednie pozycje w przedmiarze robót Zamawiającego.

Ze względu na fakt, iż udzielając przedmiotowej odpowiedzi Zamawiający nie zmienił opisów stosownych pozycji przedmiaru robót oraz nie wskazał konkretnego sposobu wprowadzenia do przedmiaru robót zmiany kosztowej wynikającej ze zwiększonej odległości wywozu, to tym samym pozostawił Wykonawcom swobodę wyboru odnośnie metody wprowadzenia powyższej zmiany do kosztorysu ofertowego, co w przypadku Odwołującego polegało na uwzględnieniu tej zmiany w zaoferowanej przez niego w tym zakresie cenie jednostkowej.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w zakresie kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych, o których mowa w poz. 4, 5, 6, 7 i 8 tabeli stanowiącej Załącznik nr 1 do w/w pisma Zamawiającego, Odwołujący przedstawił już swoje stanowisko w piśmie nr PM-3/6142/11 z dnia 10.06.2011 r., a prawidłowość tego stanowiska została przez Zamawiającego jednoznacznie potwierdzona w jego piśmie nr 3760/11 z dn. 13.06.2011 r. Stąd zupełnie niezrozumiałym i nielogicznym jest ponowne kwestionowanie przez Zamawiającego tych pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego, które uprzednio Zamawiający uznał za prawidłowe, zwłaszcza że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił zmiany swego stanowiska w tym zakresie.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, jest więc oczywistym, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych skutków braku jednoznacznego określenia przez Zamawiającego sposobu przedstawienia w kosztorysie ofertowym sieci wod-kan informacji podanej w odpowiedzi na pytanie nr 61, zawartej w piśmie Zamawiającego z dnia 08.04.2011 r. nr 2210/11. Jako dowody w tym zakresie przywołał kopię pisma Zamawiającego z dnia 08.04.2011 r. nr 2210/11; kopię pisma Zamawiającego z dnia 07.06.2011 r. nr 3597/11; kopię pisma Odwołującego z dnia 10.06.2011 r. nr PM-3/6142/11 oraz kopia pisma Zamawiającego z dnia 13.06.2011 r. nr 3760.

Zdaniem Odwołującego słuszność powyższych wywodów Odwołującego potwierdza też cytowany już powyżej wyrok KIO z dnia 12.03.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 119/10).

Ponadto, na poparcie swego stanowiska Odwołujący przywołuje tutaj także pozostałe orzecznictwo KIO i poglądy doktryny, przytoczone w powyższych częściach niniejszego uzasadnienia.

W świetle powyższego doszło zatem, w ocenie Odwołującego, do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, które to naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego

postępowania, gdyż może pozbawić Odwołującego możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

W dniu 22.07.2011 r. do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca EBUD Przemysłówka Spółka z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący podniósł, iż art. 186 ust.2 Pzp stanowi wyłączenie usprawienie toku postępowania odwoławczego za sprawą instytucji odpowiedzi na odwołanie i wyraża się w tym, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza może umorzyć postępowanie.

Jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza umorzy postępowanie na skutek uznania przez zamawiającego w zarzutów zawartych w odwołaniu, to wówczas zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawarty w odwołaniu.

Zdaniem Przystępującego przepis ten nie wskazuje jednak by zamawiający miał obowiązek dokonania powtórnej czynności w sposób wskazany przez odwołującego się w odwołaniu, gdyż to nie do odwołującego się, ale do zamawiającego należy rozstrzygnięcie postępowania przetargowego i musi być ono dokonane zgodnie z wymogami SIWZ.

W dalszej części przystąpienia uzasadnił dokonanie przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 25.07.2011 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Na wstępie wskazał, iż Odwołujący nie posiada interesu do wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego poprawienia pozycji kosztorysowych, gdyż czynność ta nie wywołuje bezpośrednio żadnych skutków dla Odwołującego. Wskazał ponadto, iż środkiem opozycji, który przysługuje wykonawcy w okolicznościach przewidzianych powyżej jest sprzeciw, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Podniósł również, że odwołanie przysługuje wykonawcy od czynności będącej konsekwencją braku zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W dalszej części wskazał, że cechą wniesionego odwołania jest brak skolerowania postawionych zarzutów z przedstawionym w sprawie stanem faktycznym. Zamawiający wskazał ponadto, iż dokonując ponownego rozstrzygnięcia przetargu uwzględnił odwołanie wykonawcy SKANSKA S.A. z dnia 27.06.2011 r. i przystąpieniem wykonawcy EBUD-Przemysłówka Spółka z o.o. Skutkowało to odrzuceniem oferty wykonawcy SKANSKA S.A., której kosztorys ofertowy został sporządzony nieprawidłowo. W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uzasadnił

poprawienie poszczególnych omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym dokonanie czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez wykonawcę SKANSKA S.A., korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z aktami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1371/11, po zapoznaniu się z przedmiotowym odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W pierwszej kolejności z urzędu rozważenia wymagało zagadnienie ewentualnego odrzucenia odwołania. Wynika to z faktu, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zajął stanowisko, iż dokonane w postępowaniu czynności zostały wykonane przy uwzględnieniu odwołania wykonawcy SKANSKA S.A. z dnia 27.06.2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1371/11. W toku rozprawy Zamawiający stwierdził ponadto, iż wykonał powtórzone czynności zgodnie z wnioskiem i żądaniem zawartym w odwołaniu, lecz nie wykonał żądania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, gdyż Odwołujący nie miał prawa takiego żądania postawić.

W odniesieniu do zgromadzonego materiału dowodowego i przy uwzględnieniu okoliczności niniejszej sprawy Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W odniesieniu do powyższego oraz zarzutu wykonania przez Zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu w rozumieniu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazała, co następuje.

Za zasadniczy dowód Izba uznała akta postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1371/11, dokumentację nadesłaną przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w zakresie czynności podjętych przez Zamawiającego po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia z dnia 5 lipca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1371/11, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy.

W powyższym zakresie Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający pismem z dnia 16.06.2011 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Ponadto w powyższym piśmie Zamawiający stwierdził, iż w postępowaniu nie wykluczono żadnego wykonawcy, jak również nie odrzucono żadnej oferty.

Następnie Izba ustaliła, iż w dniu 27.06.2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie złożył odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Spółka z o.o. z siedziba w Bydgoszczy, jak również wobec zaniechania poprawienia przez Zamawiającego w treści oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jak również w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści powyższych ofert z treścią SIWZ. Wobec powyższego zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z jednoczesnym poprawieniem przedmiotowych omyłek, jak również dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wskazał w sposób szczegółowym na czym polegają niezgodności treści oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz

niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, jak również w jaki sposób Zamawiający winien dokonać ich poprawienia. Wskazał również, jaki wpływ na ceny poszczególnych ofert będzie miało dokonanie poprawienia wskazanych w odwołaniu omyłek i jak prezentował się winien ranking wykonawców po dokonaniu powyższych czynności.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 01.07.2011 r. (Nr 4244/11) zatytułowanym „odpowiedź na odwołanie” zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie. Wskazał, iż komisja przetargowa (...) po przeanalizowaniu kosztorysów ofertowych wykonawców i korzystając z wiedzy jaką Zamawiający pozyskał na skutek wniesionego odwołania postanowił ponowić czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, iż w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostało wydane w dniu 5 lipca 2011 r. przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 1371/10 w postaci postanowienia, w ramach którego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze. W uzasadnieniu powyższego postanowienia zostało m.in. wskazane, że w przypadku umorzenia postępowania przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 08.07.2011 r. poinformował Odwołującego o poprawieniu w złożonej przez niego ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp innych omyłek powodujących niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w wyniku czego Zamawiający po uwzględnieniu wszystkich poprawek cenę ofertową ustalił na kwotę 29.747.690,60 zł brutto. Sposób poprawienia powyższych omyłek został wskazany w tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do powyższego pisma. Jednocześnie poinformował, iż oczekuje na wyrażenie przez Odwołującego zgody na powyższą czynność do dnia 14.07.2011 r. do godziny 14.00.

Izba ustaliła, iż Odwołujący pismem z dnia 11.07.2011 r. wskazał, iż zgadza się na poprawienie omyłki, o której mowa w poz. 1 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. Jednocześnie oświadczył, iż nie występują omyłki w pozycjach kosztorysów ofertowych, o których mowa w pozycjach od 4 do 8 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do powyższego pisma. Tym samym wskazał, iż prośba o wyrażenie zgody na ich poprawienie jest pozbawiona podstawy faktycznej oraz prawnej i należy ją uznać za bezskuteczną, tj. nie wywołującą skutków prawnych. Ponadto uznał również za bezzasadne poprawki wskazane w poz. 2 i 3 tabeli, będącej załącznikiem nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r., gdyż Zamawiający bezpodstawnie przyjął ilości jednostek wg przedmiaru, które to ilości w przedmiarze w ogóle nie występują. Wskazał również, iż poz. 3 tabeli w ogóle

nie powinna być kwalifikowana jako jakakolwiek omyłka, natomiast poz. 2 ww. tabeli winna być poprawiona przez Zamawiającego zgodnie z ilością zapisaną w przedmiarze, tj. przy uwzględnieniu 25 m³. W związku z powyższym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o zweryfikowanie stanowiska wyrażonego w piśmie z dnia 08.07.2011 r.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 15.07.2011 r. poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Spółka z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie stwierdzonych w ofercie omyłek polegających na jej niezgodności ze SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Fakt otrzymania powyższej informacji w dniu 15.07.2011 r. został w toku rozprawy przyznany przez Odwołującego.

W dniu 18.07.2011 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności błędnego poprawienia przez Zamawiającego w treści oferty złożonej przez Odwołującego pozycji kosztorysowych wskazanych pod pozycjami od 2 do 8 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r., w wyniku powtórzenia czynności badania złożonych w postępowaniu ofert na skutek przeprowadzonego postępowania odwoławczego i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16.06.2011 r. Powyższej czynności zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, uchybienie zasadzie pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonanie zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert, dokonania poprawki pozycji kosztorysowej wskazanej pod poz. 2 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. w sposób błędny, gdyż niezgodny z zawartym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu żądaniem i sposobem powtórzenia czynności oraz błędne dokonanie poprawek pod poz. od 3 do 8 załącznika nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r., gdyż żadna z tych pozycji nie stanowi jakiegokolwiek omyłki. W ramach powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności błędnego poprawienia treści jego oferty, powtórzenia badania i oceny ofert z jednoczesnym poprawieniem w jego ofercie innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (wskazanej pod poz. 2 tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 08.07.2011 r. w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp i treścią SIWZ, w tym zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 27.06.2011 r. o sygn. akt KIO 1371/11) oraz o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego poprawionej zgodnie z powyższym.

Ponadto Odwołujący w toku rozprawy oświadczył, iż czynność odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie

jest przedmiotem niniejszego odwołania. Wskazał również, że czynność ta została zaskarżona w drodze innego środka ochrony prawnej wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25.07.2011 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku powtórzeniu czynności na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania z dnia 27.06.2011 r. o sygn. akt KIO 1371/11, doszło do naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji wyrażonej w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Powyższe wynika z faktu, co przyznał w toku rozprawy sam Zamawiający, iż nie zostało przez niego uwzględnione w ramach powtórzonych czynności zawarte w odwołaniu z dnia 27.06.2011 r. o sygn. akt KIO 1371/11 żądanie Odwołującego polegające na powtórzeniu czynności badania i oceny ofert i poprawienia omyłek w sposób wskazane w uzasadnieniu powyższego odwołania oraz żądanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Należy również wskazać, iż w toku rozprawy również Przystępujący oświadczył, że pismo z dnia 8 lipca 2011 r. jest wynikiem ponownej oceny ofert i odzwierciedla ono żądanie Odwołującego zawarte w poprzednim odwołaniu, gdzie Odwołujący wnosił o dokonanie ponownej oceny ofert nie ograniczając tej oceny do poszczególnych czynności. Zdaniem Przystępującego Zamawiający dokonał tej czynności zgodnie z żądaniem i w oparciu o całość dokumentacji postępowania, gdyż dokonanie tej czynności w inny sposób byłoby niezgodne z przepisami ustawy Pzp oraz SIWZ, co powodowałoby nieważność takich czynności. Przystępujący wskazał również, iż pozycje, o których poprawienie Odwołujący wnosił w poprzednim odwołaniu, nie mogą być poprawione w taki sposób, gdyż czynność taka byłaby wadliwa i nie znajdująca uzasadnienia w dokumentacji postępowania.

W tym zakresie Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego w treści odwołania, że biorąc pod uwagę art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, że skoro odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie, a tym samym podniesione w nim zarzuty, to o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu można mówić dopiero wtedy, gdy powtórzona przez Zamawiającego czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodna z żądaniem zawartym w odwołaniu, co wynika z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, a więc uwzględnia okoliczności faktyczne zarzutu, które uzasadniały jego podniesienie w ramach danego odwołania, czyli w tym konkretnym przypadku w ramach odwołania wniesionego przez Odwołującego pismem z dnia 27.06.2011 r. znak DR/6676/11 (sygn. akt KIO 1371/11).

Wobec powyższego Izba uznała fakt niewykonania przez Zamawiającego w ramach powtórzonej czynności wszystkich żądań zawartych w odwołaniu z dnia 27.06.2011 r. o sygn. akt KIO 1371/11 za bezsporny.

Biorąc pod uwagę powyższe czynność uwzględnienia odwołania przez zamawiającego winna być czynnością przemyślaną i racjonalną. Za niewłaściwe postępowanie należy uznać uwzględnienie przez zamawiającego odwołania, którego żądania obejmują czynności sprzeczne z prawem. Jednakże Zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp i tym samym merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności. Należy wskazać w tym miejscu, że jeżeli powtórzone czynności nie będą wadliwe to odwołanie takie zostanie oddalone.

Systematyka ustawy Pzp oraz rola czynności polegającej na uwzględnieniu odwołania wskazują, iż czynność ta jest elementem procedury odwoławczej i art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i ma częściowo charakter formalny. Wynika to z faktu powiązania normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie z instytucją uregulowaną w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym ewentualne naruszenie powyższego przepisu jest badane i oceniane przez Izbę na etapie formalnej kontroli odwołania i decyduje o możliwości lub braku możliwości jego merytorycznego rozpoznania. Naruszenie w toku postępowania przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp nie przesądza o uwzględnieniu odwołania, lecz o jego merytorycznym rozpoznaniu.

W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Nie sposób uznać, iż Zamawiający dokonując powtórnie czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu nie ma możliwości samodzielnego podejmowania czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W takim wypadku Zamawiający dokonując powtórnie czynności, nawet wskutek uwzględnienia odwołania, winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ i opierać swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Izba w niniejszym składzie stoi na stanowisku, iż Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Izba nie podziela poglądu Odwołującego w tym zakresie, iż niedopuszczalne jest podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. Zamawiający ma również prawo do powtórzenia czynności, wskutek uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w taki sposób, aby czynności te były zgodne z prawem.

Poszczególne czynności przedsięwzięte w postępowaniu przez instytucje zamawiające są ze sobą w dużej mierze ściśle powiązane i mają charakter wynikowy. Wszakże kolejno formułowane, przez wykonawców korzystających ze środków ochrony prawnej, żądania są wynikiem wcześniej dokonanych czynności, które powodują że powtórzenie określonych czynności i uzyskany w ramach takiego powtórzenia wynik może uniemożliwiać spełnienie kolejnych i dalej idących żądań zawartych w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu.

Izba w niniejszym składzie wskazuje ponadto, iż Zamawiający dokonując czynności w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu ma dwie możliwości. Może, zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp, wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i wówczas zaskarżenie powyższych czynności w drodze środków ochrony prawnej będzie skutkowało odrzuceniem takiego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp. Może również dokonać czynności niezgodnie z żądaniem. Wówczas czynności te będą podlegały kontroli w drodze środków ochrony prawnej i uprawniały Izbę do merytorycznego rozpoznania takiego odwołania. Wszakże wykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu nie przesądza o poprawności dokonanych czynności. W tym zakresie Izba w niniejszym składzie w pełni podziela pogląd wyrażony w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 13/11), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „W przypadku niedokonania po umorzeniu postępowania odwoławczego, przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.), wykonawcom przysługiwały będą środki ochrony prawnej względem tego typu czynności zamawiającego”. Należy wskazać, iż z powyższymi przepisami koresponduje norma prawna wyrażona w art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu wynika z faktu, iż Zamawiający każdorazowo winien

kierować się zasadą praworządności i legalności. Ich najpełniejszą emanację odnajdujemy w normach prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, które konstytuują naczelne zasady systemu zamówień publicznych. Naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest wymóg aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co jednoznacznie wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednakże, biorąc pod uwagę powyższą argumentację, stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego normy prawnej wyrażonej w art. 186 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp powoduje li tylko stwierdzenie braku podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe nie przesądza o uwzględnieniu odwołania przez Izbę a jedynie powoduje konieczność jego merytorycznego rozpoznania.

Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ma miejsce tylko wówczas jeżeli zamawiający wykonał wszystkie czynności zgodnie z żądaniem wyrażonym w odwołaniu. Jeżeli wykonał je niezgodnie z żądaniem to czynności powtórzone podlegają powtórnej kontroli w drodze środków ochrony prawnej, jednakże kontrola ta jest dokonywana przez Izbę w odniesieniu do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie zaś tylko w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż jest to nowa czynność podlegająca zaskarżeniu, zaś jej wyjście poza żądanie lub sprzeczność z nim uniemożliwiają jedynie zastosowanie instytucji odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Jak wyżej wskazano Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania, w szczególności w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Po drugie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała analogicznych ustaleń faktycznych jak w zakresie oceny naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w kontekście stwierdzenia braku przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Wobec powyższego na ten moment następuje badanie przez Izbę istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego w dniu wniesienia przez Odwołującego przedmiotowego odwołania jego oferta została odrzucona z postępowania w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskutek braku zgody Odwołującego na poprawienie przez Zamawiającego w złożonej przez niego ofercie szeregu omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje, iż nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej 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 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W świetle nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania odnosi się do interesu w bardziej ogólnym ujęciu.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, tj. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym, a więc musi uwzględniać wszystkie okoliczności mających wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając powyższe na względzie, zakładając iż Krajowa Izba Odwoławcza bada spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp na moment wniesienia odwołania (wszczęcia procedury odwoławczej) należy stwierdzić, iż Odwołującemu nie przysługuje prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej na skutek odstąpienia Odwołującego od uczynienia przedmiotem zarzutu czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przedmiotem odwołania nie uczynił czynności odrzucenia przez Zamawiającego złożonej przez Odwołującego oferty, jak również nie wniósł o unieważnienie powyższej czynności. W toku rozprawy oświadczył, iż czynność ta została przez niego zaskarżona w ramach odrębnego środka ochrony prawnej wniesionego w dniu 25.07.2011 r. Oświadczył ponadto wprost w toku rozprawy, w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego podniesionej w odpowiedzi na odwołanie, iż wniesione przez niego odwołanie nie dotyczy rozstrzygnięcia postępowania, lecz czynności z dnia 08.07.2011r., tj. informacji o poprawieniu omyłek. Odwołujący podniósł również w toku rozprawy, że Zamawiający na własne ryzyko dokonał czynności rozstrzygnięcia postępowania, gdyż Odwołujący do dnia 18.07.2011r. mógł na czynność poprawienia omyłek złożyć środek ochrony prawnej.

Izba w niniejszym składzie w odniesieniu do powyższego wskazuje, iż w biorąc pod uwagę postulaty Odwołującego podniesione w piśmie z dnia 11.07.2011 r. o zweryfikowanie stanowiska Zamawiającego z uwzględnieniem argumentacji podniesionej w powyższym piśmie uczynienie przedmiotem zarzutu jedynie czynności poprawienia omyłek uznać można za przedwczesne i nieracjonalne. Wszakże w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający już raz dokonał zmiany swojej decyzji na wniosek Odwołującego (pismo Zamawiającego z dnia 13.06.2011 r. nr 3760/11) bez konieczności wnoszenia środka ochrony prawnej.

W tym zakresie Izba podzieliła zaprezentowane w toku rozprawy przez Zamawiającego stanowisko, że przedmiotem odwołania winna być czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazać również należy, iż czynność ta została wywołana złożeniem przez Odwołującego skutecznego oświadczenia o braku zgody na poprawienie przez Zamawiającego omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Czynność odrzucenia oferty w postępowaniu stanowi jedną z najdonioślejszych czynności przesądzających o udziale wykonawcy w postępowaniu i tym samym o możliwości uzyskania danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, iż to ta czynność wyeliminowała Odwołującego z postępowania, czego nie można powiedzieć o czynności poprawienia w jego ofercie omyłek. Odwołujący tym samym nie zakwestionował i nie uczynił przedmiotem zarzutu, oraz powiązanego z nim żądania unieważnienia tejże czynności, odrzucenia złożonej w postępowaniu oferty.

W ocenie Izby w trakcie badania istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej istotną rolę odgrywają sformułowane przez podmiot wnoszący odwołanie zarzuty i żądania. Wszakże zarzuty i powiązane z nimi żądania wskazują, jakimi intencjami kieruje się podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej, tj. wskazują jakiego rozstrzygnięcia postępowania życzyłby sobie ten podmiot w wyniku uwzględnienia wniesionego środka odwoławczego. W przedmiotowym stanie faktycznym jedynym postulatem podniesionym przez Odwołującego jest zarzut dotyczący czynności poprawienia przez Zamawiającego omyłek w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i powiązane z nim żądanie unieważnienia czynności błędnego poprawienia omyłek, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej. W tym zakresie Izba jest związana dyspozycją normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odstąpienie od wzruszenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego powoduje, iż czynność ta pozostaje nadal w mocy i przesądza o sytuacji prawnej Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy również wskazać, iż Odwołujący w treści odwołania uzasadnia istnienie interesu wskazując jedynie, iż złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Izba w niniejszym składzie wskazuje, iż art. 179 ust. 1 ustawy Pzp istnienie interesu łączy bezpośrednio z uzyskaniem danego zamówienia, a więc wiąże go z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego dochodzi do skorzystania przez podmiot, co do którego dochodzi do badania istnienia po jego stronie interesu, ze środków ochrony prawnej. Odwołujący tym samym nie kwestionując czynności odrzucenia z postępowania złożonej przez siebie oferty, i jak zostało wskazane w toku rozprawy, czyniąc powyższą czynność Zamawiającego przedmiotem

odrębnego odwołania nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia w ramach niniejszego postępowania odwoławczego.

W tym miejscu należy również podnieść, iż badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, które podlega rozpoznaniu. W tym zakresie bez znaczenia pozostaje fakt zaskarżenia przez Odwołującego czynności decydującej o bycie wykonawcy w określonym postępowaniu w ramach innego środka ochrony prawnej. Choć Odwołujący na potwierdzenie powyższego nie przedstawił żadnego dowodu, iż wniósł odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp to wskazać należy, iż w ramach kolejnego odwołania przedmiotem odrębnej analizy będzie spełnienie przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wyżej wskazano odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia, jednakże Odwołujący nie kwestionuje powyższej czynności w drodze rozpatrywanego odwołania. Wobec powyższego należy uznać, iż czynność odrzucenia oferty, będąca skutkiem braku zgody Odwołującego na poprawienie przez Zamawiającego omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie została zakwestionowana. Czynność ta, uniemożliwiająca Odwołującemu uzyskanie zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nawet w przypadku uwzględnienia przedmiotowego odwołania nadal pozostanie w mocy. Jak zostało tu już wyżej wskazane Krajowa Izba Odwoławcza, związana treścią normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dalej idącą konsekwencją powyższej normy prawnej jest okoliczność, iż zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nawet stwierdzenie naruszenia wskazanych przez Odwołującego w przedmiotowym odwołaniu przepisów nie miałoby wpływu na wynik postępowania, co jednocześnie stałoby na przeszkodzie uwzględnieniu niniejszego odwołania. Odstąpienie przez Odwołującego od uczynienia przedmiotem zarzutu czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powoduje, iż w ramach niniejszego środka ochrony prawnej czynność ta nie może zostać wyeliminowana z obrotu prawnego, jak również związane z nią doniosłe dla Odwołującego skutki. Tym samym powyższe wskazuje na brak po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

Wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie legitymował się interesem w uzyskaniu

zamówienia i tym samym nie przysługuje mu prawo w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe miało miejsce już w momencie wniesienia przez Odwołującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Odwołujący wnosząc odwołanie i formułując w jego treści swoje zarzuty oraz żądania dał wyraz temu, jakiego rozstrzygnięcia oczekuje. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zatem Izba uznała, iż przedmiotowe odwołanie podlega oddaleniu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. 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) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

