

Sygn. akt: KIO 2073/12

**WYROK**  
**z dnia 11 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:                Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2012 r. przez wykonawcę **Zakład Inżynierii Sanitarnej WISAN L. W....., Z. W..... Spółka jawna, ul. 3-go Maja 8B, 57-410 Ścinawka Średnia** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Ząbkowice Śląskie, ul. 1-go Maja 15, 57-200 Ząbkowice Śląskie** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa ulicy Kościuszki w Ząbkowicach Śląskich”

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **ZBYLBRUK Spółka z o.o., Bobolice 33, 57-200 Ząbkowice Śląskie (Lider); ZBYLBRUK P..... Z....., Bobolice 29A/5, 57-200 Ząbkowice Śląskie oraz ZBYLBRUK R..... Z....., Bobolice 29D, 57-200 Ząbkowice Śląskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - Zakład Inżynierii Sanitarnej WISAN L. W....., Z. W..... Spółka**

jawna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nakazuje powtórne badanie i ocenę oferty złożonej przez Odwołującego, w tym nakazuje poprawienie w ofercie Odwołującego omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie pozycji nr 3, 15, 21 i 32 kosztorysu ofertowego w odniesieniu do ich opisu poprzez nadanie im treści zgodnej z treścią opisu zawartego w przedmiarze robót, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

2. kosztami postępowania w wysokości **14 653 zł 65 gr** (słownie: czternaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt trzy złote i sześćdziesiąt pięć groszy) obciąża Zamawiającego - **Gmina Ząbkowice Śląskie, ul. 1-go Maja 15, 57-200 Ząbkowice Śląskie** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Inżynierii Sanitarnej WISAN L. W....., Z. W..... Spółka jawna, ul. 3-go Maja 8B, 57-410 Ścinawka Średnia** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego **Gmina Ząbkowice Śląskie, ul. 1-go Maja 15, 57-200 Ząbkowice Śląskie** na rzecz Odwołującego **Zakład Inżynierii Sanitarnej WISAN L. W....., Z. W..... Spółka jawna, ul. 3-go Maja 8B, 57-410 Ścinawka Średnia** kwotę **14 653 zł 65 gr** (słownie: czternaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt trzy złote i sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztów związanych z przybyciem pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

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 **Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 11 października 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2073/12**

Zamawiający – Gmina Ząbkowice Śląskie, ul. 1-go Maja 15, 57-200 Ząbkowice Śląskie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa ulicy Kościuszki w Ząbkowicach Śląskich”.

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

W dniu 28.08.2012 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z dnia 28.08.2012 r. pod numerem 185815.

W dniu **24.09.2012 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28.09.2012 r.** w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wskazał, iż jego interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w fakcie, iż na skutek zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności nakazanej ustawą zostaliśmy pozbawieni możliwości uznania złożonej przez nas oferty za najkorzystniejszą, co determinuje fakt zaistnienia niewątpliwej szkody. Podniósł ponadto, iż unieważnienie podjętej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie dokonania czynności zaniechanych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp umożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, albowiem oferta jego jest ważna a także została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu cenowym.

Rozstrzygnięcie dokonane przez Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, godzi również w szeroko pojęty interes społeczny oraz narusza podstawową zasadę wydatkowania środków publicznych, jaką jest racjonalność nimi gospodarowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty

- Nakazanie zamawiającemu dokonania poprawek w złożonej przez Odwołującego ofercie w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazał na następujące terminy w postępowaniu:

- 24 września 2012 r. - przesłana przez zamawiającego za pośrednictwem faksu datowana na 20 września 2012 r. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty - data powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania,
- 27 września 2012 r. - przesłanie niniejszego odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą poczty kurierskiej oraz złożenie kopii zamawiającemu osobiście w jego siedzibie.

Biorąc pod uwagę fakt, iż wartość przedmiotowego postępowania nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminów ustawowych.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż w dniu 24 września 2012 r. otrzymał za pośrednictwem faksu informację o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający powołał art. 89 ust 1 ust. 2 ustawy Pzp, zarzucając niezgodność treści złożonej przez Odwołującego oferty z treścią SIWZ. W treści uzasadnienia zamawiający wskazał 4 pozycje kosztorysowe o brzmieniu odmiennym od literalnej treści przedmiaru, co spowodowało, iż badając ofertę uznał, iż de facto determinującym dla podjęcia decyzji o odrzuceniu złożonej oferty jest wystąpienie nie „omyłki” która winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp., lecz innego błędu, którego poprawienia ustawa Pzp nie przewiduje. Świadczy o powyższym literalne brzmienie uzasadnienia odrzucenia oferty, z którego wynika, iż „Wykonawca w powyższych pozycjach dokonał błędnej wyceny przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie miał możliwości ich poprawy. Zaistniałe błędy nie są omyłką”. Na stwierdzeniu takim zamawiający poprzestał, nie wskazując jak potraktować należy różnice brzmienia opisu pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do załączonego przedmiaru. Jeżeli jednak uznać twierdzenie zamawiającego za słuszne, skoro wykonawca nie popełnił „omyłki”, to wniosek jest jeden: działał celowo i jego intencją było złożenie oferty niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, co wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego trudno przyjąć taki tok rozumowania przedsiębiorcy za zrozumiały.

Zdaniem Odwołującego w pierwszej kolejności podnieść należy, iż wbrew stanowisku zamawiającego, dla oceny wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ważne jest nie tyle wystąpienie samej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ale rodzaj owej „niezgodności”.

Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w jedynym przytoczonym przez zamawiającego orzeczeń o sygnaturze akt KIO 148/2011: „odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie, (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia”.

Zaznaczyć należy przy okazji, iż powołane przez zamawiającego orzeczenie zapadło w skrajnie odmiennym stanie faktycznym, gdzie zarzut dotyczył zaniechania zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 w sytuacji, gdy złożony kosztorys ofertowy zdecydowanie różnił się od opisu przedmiaru robót w blisko 100 pozycjach a ich „poprawienie” skutkowało koniecznością zmiany zaoferowanej ceny. Ponadto odwołujący na rozprawie przyznał, iż jego intencją było złożenie oferty niezgodnej z opisem przedmiaru robót, o czym zamawiający zdaje się zapominać: „W zakresie opisu pozycji kosztorysu ofertowego, które nie są zgodne z żądaniami Zamawiającego Odwołujący uzasadnił w trakcie rozprawy, iż zaoferowane przez niego ceny dla poszczególnych pozycji odpowiadają cenom faktycznie żądanych przedmiotów zamówienia, to nie opis jest najistotniejszy, lecz właściwa cena dla poszczególnych pozycji kosztorysu. Izba nie może zgodzić się z interpretacją jaką przyjął Odwołujący. Uwzględniając wyżej zamieszczone wywody, należy jednoznacznie podnieść, że proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do znaczącej ingerencji Zamawiającego w treść złożonej oferty, a omyłka w treści oferty nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy”. (KIO 148/11).

W ocenie Odwołującego, arbitralne przyjęcie przez zamawiającego braku możliwości poprawienia treści kosztorysu ofertowego w zakresie w jakim należało tego dokonać w złożonej przez Odwołującego ofercie nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym i stanowi zaprzeczenie jednej z podstawowych przesłanek, jakie stały u podstaw wprowadzenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp do polskiego porządku prawnego. W uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień

publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany w powołanym zakresie czytamy co następuje: "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. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. 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".

Ze względu na stosunkowo nieostre sformułowanie brzmienia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, wykładnię co do jego zastosowania określiło stanowisko doktryny i judykatury. Biorąc pod uwagę ilość zapadłych w analogicznych stanach faktycznych rozstrzygnięć, Odwołujący wskazał, że skupi się na orzeczeniach „najnowszych” z lat 2010-2012 lub najczęściej cytowanych.

Analiza orzecznictwa i lektura licznych publikacji w tym przedmiocie prowadzi do jednoznacznego wniosku, zgodnie z którym podstawowym elementem na jaki kłaść należy nacisk podejmując decyzję o poprawieniu treści omyłki w sposób wskazany w dyspozycji powołanego przepisu jest istotność dokonanej zmiany w stosunku do pierwotnej treści oferty. Dokonanie poprawek w trybie tego artykułu nie może prowadzić tylko do zmiany treści oferty co do jej istoty - a więc zmiany zakresu świadczenia jakie świadomie zaoferował wykonawca. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje dokonanie poprawek, które oferty „nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie” - por. wyrok KIO 1528/10. Ustawodawca wprost nakazuje poprawienie omyłek wykonawcy, o ile to właśnie dokonana przez zamawiającego czynność nie spowoduje „istotnych zmian w treści oferty”, przy czym ową „istotność” oceniać należy w kontekście całej

oferty, a nie jej wycinka - tak też Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) w wyroku z 22 grudnia 2010 r., sygn. KIO 2647/10 „Poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Tym samym kwalifikator "istotnych zmian" należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty’.

Samo pojęcie „istotnej zmiany” nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1528/10 „Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne 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, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty”. Ponadto zgodnie z intencją ustawodawcy możliwość poprawiania treści oferty bez zmiany jej istotnych elementów rozumieć należy możliwie najszerzej - tak też Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 67/11 „W ocenie Izby, zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej (por. wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/09)”. Nakaz dokonania nakazanych ustawą czynności nałożony na zamawiającego w powołanym zakresie ma również charakter bezwzględny: „Lege non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie – KIO 689/11.

Stanowisko judykatury w zakresie ciążącego na zamawiającym obowiązku dokonywania poprawek w treści oferty jest tak daleko idące, iż nakazuje nawet „poprawianie” kosztorysu zawierającego braki w postaci pominięcia pozycji przedmiarowych, co świadczy w naszej ocenie, iż zaniechanie przez zamawiającego dokonania w tym zakresie nakazanych ustawą poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 stanowi obrazę powołanych przepisów. Jak stwierdziła KIO w orzeczeniu z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 698/11: „Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony w celu umożliwienia poprawienia błędów, jakie mogą pojawić się podczas sporządzenia kosztorysu ofertowego. Dlatego też należy uznać, że odmienny opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jak również niedokonanie wyceny jednej pozycji kosztorysu ofertowego zobowiązywało zamawiającego do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nieidentyczny opis pozycji kosztorysowych w porównaniu z przedmiarem robót czy brak wyceny przedmiotowej pozycji uznać należy za „inną omyłkę”, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty”. Analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku z 5 maja 2010 r., sygn. akt KIO 662/10 w którym podniosła iż: „Przewidzenie wynagrodzenia kosztorysowego nie przesądza z góry, iż każde pominięcie pozycji kosztorysowej oznacza niezgodność treści oferty niepodlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, a tym samym w konsekwencji skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty”.

W świetle powyższego, nie może również budzić wątpliwości, iż dokonywanie nakazanych ustawą poprawek w treści oferty jest niezależne od przyjętego przez strony rodzaju wynagrodzenia. Jak jednoznacznie stwierdziła Izba w Wyroku z 18 maja 2010 r., sygn. akt KIO 779/10: „Dla możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. charakter wynagrodzenia jest pozbawiony jakiegokolwiek doniosłości”.

Jak więc podniósł Odwołujący, bez względu na rodzaj omyłki, decydujące znaczenie dla dokonania jej poprawienia ma wyłącznie element „istotności” w stosunku do pierwotnej treści oferty. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie również w całym szeregu publikacji, jak chociażby "Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r." pod redakcją Prezesa UZP - w której to stwierdzono: "dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymogami 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”.

Stanowisko judykatury wskazuje na jeszcze szerszą możliwość ingerencji w treść oferty poprzez dokonanie nakazanych ustawą poprawek nawet w zakresie stanowiącym essentialia negotii przyszłej umowy (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 702/10; KIO 779/10; KIO 1227/10; KIO 2401/10).

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, dokonanie przez zamawiającego poprawienia złożonej przez niego oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 wydaje się ze wszelkich miar zasadne,

W świetle powyższego nie może w ocenie Odwołującego budzić wątpliwości, iż na zamawiającym ciążył bezwzględny obowiązek dokonania czynności poprawienia złożonej przez niego oferty zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Obowiązek taki wynika wprost z ustawy, a ugruntowana linia orzecznicza i stanowisko doktryny są w tym zakresie jednoznaczne. Jeżeli przyjąć, iż intencją wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest złożenie oferty zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego, co w ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, nie można przecież uznać za uprawnione uznanie nieznacznych rozbieżności w opisie czterech pozycji kosztorysu ofertowego nie za możliwe do poprawienia „omyłki” lecz jakieś inne nie zdefiniowane bliżej „błędy”.



Stosownym podsumowaniem, w ocenie wnoszącego odwołanie, wydaje się przytoczenie treści uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej powołanego przez zamawiającego jako uzasadniającego dokonaną czynność odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty: „Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych”. W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł jak w petitum.

Zamawiający pismem z dnia 02.10.2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie w którym wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Na rozprawie Strony, jak również Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza, 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 ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, z ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnosząc odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o tym, iż doznał uszczerbku jego interes kwalifikowany możliwością poniesienia szkody. W niniejszym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena – 100%, zaś Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną wynoszącą 1.009.413,10 zł.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami, oferty złożonej przez Odwołującego oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła również dowód z dokumentu zawnioskowany przez Odwołującego w toku rozprawy w postaci pisma Zamawiającego z dnia 04.10.2013 r. (znak ZP.271.38.2012.BC).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale II SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 1 wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest wykonania robót budowlanych przez wykonawcę wyłonionego w niniejszym postępowaniu przetargowym dla zadania pn.: „Przebudowa ulicy Kościuszki w Ząbkowicach Śląskich”.

W pkt 6 Rozdziału II SIWZ wskazał, iż:

- a) Projekt budowlany – część oświetleniowa,
- b) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – część oświetleniowa,
- c) Przedmiar – część oświetleniowa,
- d) Projekt budowlany – część drogową,

- e) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – część drogowa,
- f) Przedmiar- część drogowa,
- g) Projekt budowlany wraz z projektem zagospodarowania terenu – kanalizacja deszczowa,
- h) Projekt wykonawczy – kanalizacja drogowa,
- i) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – kanalizacja deszczowa ,
- j) Przedmiar – kanalizacja deszczowa,
- k) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna - odtworzenie nawierzchni

Zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ zatytułowanym „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1” w pkt 4 zatytułowanym „inne załączniki do oferty” wskazał uproszczone kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie załączonych przedmiarów robót.

W Rozdziale XX SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający wskazał, że:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy musi zostać wyliczone w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej.
2. Podstawą kalkulacji ma być przedmiar robót, projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Wykonawca na etapie przygotowania oferty i wyceny robót stanowiących przedmiot zamówienia ma obowiązek zapoznania się z dokumentacją projektową stanowiącą opis prac, które zobowiązany będzie wykonać w ramach złożonej oferty. W razie wątpliwości Wykonawca może i powinien zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie.
3. Roboty dodatkowe, które mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia będą rozliczane w kolejności:
  - a) niższy od wartości określonej w wynagrodzeniu wykonawcy, to przyjmuje się do rozliczenia cenę z kosztorysu powykonawczego,
  - b) wg kosztorysu /kalkulacji szczegółowej/ opracowanego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określanych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389) oraz podanych czynników cenotwórczych określonych z kosztorysu ofertowego Wykonawcy. Ceny materiałów, ceny pracy sprzętu wg cen stosowanych w kosztorysie ofertowym a w przypadku ich braku wg średnich cen stawek podanych w informacji

„Sekocenbud”

w miesiącu, w którym sporządzono kosztorys.

4. Rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym odbędzie się po wykonaniu i odebraniu całości robót bez żadnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego.
5. Wynagrodzenie ostateczne za wykonane roboty nie może przewyższać 105 %wynagrodzenia określonego w umowie.
6. W przypadku zawarcia umowy o zamówienia dodatkowe Wykonawca ustali swoje wynagrodzenie w oparciu pkt. 3.
7. Wszystkie ceny określone przez Wykonawcę w złożonej ofercie zostaną ustalone na okres ważności umowy.
8. W przypadku, gdy o udzielenie zamówienia ubiegać się będą podmioty zagraniczne, które na podstawie odrębnych przepisów nie są zobowiązane do uiszczania podatku VAT. Zamawiający dla porównania ceny ofert złożonych przez podmioty zagraniczne zobowiązany jest doliczyć do ceny takich ofert należny podatek VAT, obciążający Zamawiającego z tytułu realizacji umowy na mocy odrębnych przepisów.

W Rozdziale XXI SIWZ zatytułowanym „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” w pkt 2 zostało wskazane, że oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o kryterium „Najniższa cena” – 100%.

W Rozdziale XXXIV SIWZ zatytułowanym „Postanowienia końcowe” zostało wskazane w pkt 2, że integralną częścią niniejszej SIWZ są następujące załączniki:

- 1) Wzór oferty wraz z formularzami dotyczącymi informacji o kwalifikacjach wykonawców (załączniki 1 –6 )
- 2) Projekt umowy
- 3) Projekt budowlany – część oświetleniowa
- 4) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – część oświetleniowa
- 5) Przedmiar – część oświetleniowa
- 6) Projekt budowlany – część drogowa
- 7) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – część drogowa
- 8) Przedmiar- część drogowa
- 9) Projekt budowlany wraz z projektem zagospodarowania terenu – kanalizacja deszczowa
- 10) Projekt wykonawczy – kanalizacja drogowa
- 11) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – kanalizacja deszczowa
- 12) Przedmiar – kanalizacja deszczowa

### 13) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna - odtworzenie nawierzchni

Zamawiający w projekcie umowy zawarł m.in. następujące postanowienia:

§ 1 – Przedmiot umowy

ust. 2 Szczegółowy zakres przedmiotu umowy określają:

- 1) Umowa,
- 2) Oferta wykonawcy wraz z załącznikami,
- 3) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z wszystkimi załącznikami:
  - a) Projekt budowlany – część oświetleniowa,
  - b) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – część oświetleniowa,
  - c) Przedmiar – część oświetleniowa,
  - d) Projekt budowlany – część drogowa,
  - e) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – część drogowa,
  - f) Przedmiar – część drogowa,
  - g) Projekt budowlany wraz z projektem zagospodarowania terenu – kanalizacja deszczowa,
  - h) Projekt wykonawczy – kanalizacja drogowa,
  - i) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – kanalizacja deszczowa,
  - j) Przedmiar – kanalizacja deszczowa,
  - k) Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – odtworzenie nawierzchni.

Ust. 3 Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich robót niezbędnych do osiągnięcia rezultatu określonego w ust. 1, niezależnie od tego, czy wynikają wprost z dokumentów wymienionych w ust. 2.

§ 7 – Wynagrodzenie wykonawcy.

Ust. 2. Wynagrodzenie, określone w ust. 1 odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarze robót, który był zamieszczony do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jest wynagrodzeniem kosztorysowym.

Ust. 5 Rozliczenie robót kosztorysem powykonawczym odbędzie się po wykonaniu i odebraniu całości robót bez żadnego zastrzeżenia ze strony Zamawiającego. Kosztorys powykonawczy winien być zatwierdzony przez Inspektora Nadzoru.

Zamawiający w przedmiarze robót „Kanalizacja deszczowa wraz z przykanalikami do podrynników – ulica T. Kościuszki w Ząbkowicach Śląskich” określił m.in. następujące pozycje:

Poz. 3 – mechaniczna rozbiórka nawierzchni bitumicznej o gr. 10 cm z wywozem materiału z rozbiórki na odl. do 30 km (Dział 1 – Roboty rozbiórkowe);

Poz. 15 – kanały z rur PCV łączonych na wcisk SN12 o śr. zewn. 160 mm wraz z złączkami dwukielichowymi – wykopy umocnione (Dział 3 – Roboty montażowe);

Poz. 21 – studnie rewizyjne z kręgów betonowych łączone na uszczelki, z wkładką z PP, wklejonymi przejściami szczelnymi, wyposażone we włazy żeliwno-betonowe typu ciężkiego, z żelbetowym pierścieniem odciążającym, izolacją pow. zewn. abizolem o śr. 1000 mm w gotowym wykopie o głębok. 3 m (Dział 3 – Roboty montażowe);

Poz. 32 – podbudowa z kruszywa łamanego 0/31,5 – o grubości po zagęszczeniu 20 cm (Dział 4 – Roboty odtworzenie).

Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonej ofercie na str. 1 oferty w formularzu ofertowym w pkt 4 zawarł oświadczenie, iż: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z dokumentacją projektową przedmiotu zamówienia oraz że w dniu 03.09.2012 r. przeprowadziliśmy wizję lokalną obiektu, na którym będą prowadzone roboty oraz że cena oferty obejmuje wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania i odbioru przedmiotu zamówienia”.

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący na str. 3 – 11 złożonej w postępowaniu oferty załączył kosztorys ofertowy, w którym m.in. zawarł następujące pozycje:

Poz. 3 – mechaniczna rozbiórka nawierzchni bitumicznej o gr. 10 cm z wywozem materiału z rozbiórki na odl. do 1 km )Kanalizacja deszczowa – roboty rozbiórkowe);

Poz. 15 – kanały z rur PCV łączonych na wcisk SN12 o śr. zewn. 160 mm (Roboty ziemne – roboty montażowe);

Poz. 21 – studnie rewizyjne z kręgów betonowych o śr. 1000 mm w gotowym wykopie o głębok. 3 m (Roboty ziemne – roboty montażowe);

Poz. 32 – podbudowa z kruszywa naturalnego – warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20 cm (Roboty montażowe – roboty odtworzeniowe).

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 20.09.2012 r. zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” poinformował wykonawców, iż za najkorzystniejszą została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum ZBYLBRUK Spółka z o.o., Bobolice 33, 57-200 Ząbkowice Śląskie (Lider); ZBYLBRUK P..... Z....., Bobolice 29A/5, 57-200 Ząbkowice Śląskie oraz ZBYLBRUK R..... Z., Bobolice 29D, 57-200 Ząbkowice Śląskie.

W pkt IV powyższego pisma Zamawiający wskazał, że odrzucił w postępowaniu ofertę wykonawcy Zakład Inżynierii Sanitarnej WISAN L..... W....., Z..... W..... Spółka jawna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując jako podstawę faktyczna czynności poz. 3, 15, 21 oraz 32 kosztorysu ofertowego i niezgodność ich treści z treścią przedmiaru robót. Wskazał ponadto, iż wykonawca w powyższych pozycjach dokonał błędnej wyceny przedmiotu zamówienia, a Zamawiający nie miał możliwości ich poprawy. W ocenie Zamawiającego zaistniałe błędy nie są „omyłką”. Jednocześnie przywołał fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2011 r. o sygn. akt KIO

148/11. Na zakończenie wskazał, iż Zamawiający zgodnie z cytowanym wyrokiem nie ma możliwości dokonania takich popraw, bowiem rodziłoby to zbyt dużą ingerencję w treść oferty oraz udział samodzielny Zamawiającego. W związku z powyższym przedmiotowa oferta nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ, a jej uchybienia niemożliwe są do poprawy zgodnie z obowiązującym przepisem art. 87 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność odwołujący w dniu 28.09.2012 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

I. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek odrzucenia oferty Odwołującego oraz naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp na skutek jego niezastosowania Izba wskazuje, iż powyższe zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Należy w pierwszej kolejności wskazać, iż osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W okolicznościach faktycznych sporu niezbędne jest ustalenie, czy Zamawiający stwierdzone w treści oferty odwołującego (kosztorys ofertowy – pozycje nr 3, 15, 21 oraz 32) niezgodności z treścią SIWZ (przedmiary robót) zobowiązany był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czy też prawidłowo postąpił odrzucając ofertę Odwołującego z powodu okoliczności wymienionych w pkt. IV pisma z 20.09.2012 r.

Izba w ramach rozpoznania przedmiotowych zarzutów uznała, iż ze względu na zbliżony stan faktyczny, zasadne jest przywołanie stanowiska wyrażonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 556/12. Okoliczności faktyczne będące podstawą rozpoznania na kanwie ww. orzeczenia obejmowały niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w większym zakresie i tym samym Izba nakazała daleko idącą zmianę w treść ofert wykonawcy. W powyższym orzeczeniu zostało wskazane we wstępie, iż: „Za pierwszorzędne Izba uważa podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w SIWZ, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w SIWZ. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy

wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w SIWZ oczekiwania. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia”.

Następnie Izba w ww. orzeczeniu, rozpoznawanym pod sygn. akt KIO 556/12 wskazała, iż: „Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy Pzp (vide: wyrok z dnia KIO 1514/11 z dnia 29 lipca 2011 r.)”.

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).



Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W stanie faktycznym sprawy uwzględnienia wymaga także fakt, iż z treści SIWZ oraz projektu umowy wynika, iż Zamawiający przyjął (założył) formę wynagrodzenia kosztorysowego.

Tym samym wskazać należy, iż do tego rodzaju wynagrodzenia w ramach postępowania obejmującego roboty budowlane zastosowanie w drodze analogii ma art. 629 ustawy Kodeks cywilny, tj. charakterystyczną cechą takiego wynagrodzenia jest ustalenie jego wysokości na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów.

Powołany przepis znajduje zastosowanie do robót budowlanych w drodze analogii, co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 września 2009 r. (sygn. akt III CZP 41/09). W konsekwencji kosztorys ofertowy stanowi treść oferty, nie ma on zatem waloru pomocniczego, jakby to miało miejsce w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Tym samym błędy w kosztorysie ofertowym Odwołującego wskazane przez Zamawiającego w pkt. IV pisma z 20.09.2012 r. stanowią o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ. Rozstrzygnięcia wymaga dopuszczalność ich poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20.09.2012 r. zatytułowanym 'Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty' niezgodności w zakresie poz. 3, 15, 21 oraz 32 kosztorysu ofertowego obejmują niezgodność treści opisu tychże pozycji z odpowiednimi pozycjami przedmiarów robót, stanowiących załącznik do SIWZ.

W ocenie Izby Zamawiający zobowiązany był do dokonania odpowiednich poprawek poprzez zmianę opisu pozycji nr 3, 15, 21 oraz 32 kosztorysu ofertowego i nadanie im treści zgodnej z odpowiednimi pozycjami znajdującymi się w przedmiarach robót.

Zdaniem Izby, przy uwzględnieniu dokumentacji projektowej oraz oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie, ingerencja Zamawiającego nie doprowadzi do istotnych zmian treści oferty zarówno w wymiarze przedmiotowym, jak i wartościowym. Ponadto, jak wynika z treści SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do sporządzenia jedynie kosztorysu uproszczonego, a zatem jedynie do uproszczonej prezentacji sposobu obliczenia ceny ofertowej.

Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż Odwołujący w treści formularza ofertowego (str. 1-2 złożonej ofert) w pkt 4 złożył oświadczenie, iż zapoznał się z dokumentacją projektową przedmiotu zamówienia oraz, że w dniu 03.09.2012 r. przeprowadził wizję lokalną obiektu, na którym będą prowadzone roboty oraz że cena oferty obejmuje wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania i odbioru przedmiotu zamówienia. Powyższe oświadczenie koresponduje zatem z oświadczeniem Odwołującego złożonym w toku rozprawy, iż w kwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego ujął on wartość pozycji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Należy również wskazać, iż treść SIWZ wskazuje, na dominujące znaczenie dokumentacji projektowej (Rozdział II pkt 6 SIWZ) co zostało potwierdzone również w § 1 ust.

2 projektu umowy (załącznik do SIWZ) a zatem to te dokumenty, w pierwszej kolejności, determinują przewidziany do wykonania zakres prac.

Zatem, zważywszy, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wykonawca zobowiązany jest do oddania przewidzianego w umowie obiektu (§ 1 ust. 1 i ust. 3 projektu umowy), wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej (art. 647 kc). Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy, a zamawiający zobowiązany jest projekt wykonawcy dostarczyć (art. 647 i 648 kc § 2 kc). Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego, jest wobec powyższego opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i STWiORB (Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych) i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia.

Powyższe potwierdza § 1 ust. 3 projektu umowy, który stanowi, że „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszystkich robót niezbędnych do osiągnięcia rezultatu określonego w ust. 1, niezależnie od tego, czy wynikają wprost z dokumentów wymienionych w ust. 2.”.

Jeżeli zatem Odwołujący złożył oświadczenie, iż dokonał wyceny tychże elementów, i powyższe oświadczenie nie stoi w sprzeczności z całokształtem treści złożonej przez niego oferty to na etapie realizacji wykonać winien zakres wskazany w projekcie, przedmiarach oraz STWiRB za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie. Powoduje to, iż w ramach niniejszego postępowania niezgodność obejmuje jedynie nazewnictwo 4 pozycji kosztorysowych i w tym zakresie winno dojść do usunięcia tej niezgodności.

W orzecznictwie wskazuje się, iż weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią SIWZ służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Jak wynika z przywołanego wcześniej orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w postaci wyroku z dnia 3 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 556/12 „Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 ustawy Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji (wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 556/12). Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11)”.

Zastosowanie procedury wskazane w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp winno uwzględniać jednak okoliczność, iż niedopuszczalne jest w tym zakresie prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp). Tym samym sformułowane przez Zamawiającego pytanie nie może odnosić tego skutku, iż dojdzie do ustalenia w odmienny od założonego sposób treści oferty. Przenosząc powyższe ogólne wytyczne na grunt niniejszej sprawy Zamawiający mógł ustalić, czy kwestionowane pozycje obejmują wartość wszystkich elementów i kosztów wskazanych w dokumentacji. Jednakże Odwołujący udzielił na rozprawie pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, co Izba uznała za wystarczające i nie pozostające w sprzeczności z jego stanowiskiem i treścią jego oferty. Tym samym z powyższego oświadczenia wynika, iż nie dojdzie do zmiany wynagrodzenia a jedynie Zamawiający poprawi opis kwestionowanych pozycji kosztorysowych powodując, iż usunięta zostanie niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ uzewnętrznioną (ujęta) w przedmiarach robót stanowiących załącznik do SIWZ.

Tym samym Izba nie oceniła stwierdzonych w kosztorysie ofertowym odwołującego omyłek jako „istotne”. W tym miejscu na uwagę zasługuje teza zawarta w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), w którym zostało wskazane, że kwalifikator „istotnych zmian” „należy odnosić do całości treści oferty (...) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. W dalszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy wskazał, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Należy bowiem wskazać, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11 oraz wyrok z dnia 3 kwietnia 2012 r. o sygn. akt KIO 556/12).

Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, na co zwrócił w toku rozprawy Odwołujący, iż ustawodawca, w przypadku gdyby dokonane przez Zamawiającego poprawki nie były zgodne z wolą wykonawcy, tj. co do złożenia oferty zgodnej z treścią SIWZ, ma on możliwość wyrażenia sprzeciwu, co skutkować będzie odrzuceniem oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20.09.2012 r. rozbieżności w treści oferty Odwołującego należało uznać za mało istotne, zarówno w aspekcie przedmiotowym i całkowicie irrelevantne w odniesieniu do wynagrodzenia wyliczonego przez Odwołującego. Tym samym Izba nakazała ich poprawienie w oparciu o instytucje uregulowaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

**II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.**

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż nie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, której to czynności nie należy utożsamiać z udzieleniem zamówienia w rozumieniu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie zakazu.

Izba w tym zakresie odmówiła mocy dowodowej dla dowodu z dokumentu w postaci pisma Zamawiającego z dnia 04.10.2013 r. (znak ZP.271.38.2012.BC) skierowanego do Odwołującego w ramach innego postępowania, w którego treści Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie omyłek w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. O przeprowadzenie powyższego dowodu Odwołujący wnioskował w toku rozprawy wskazując, iż wskazuj on na brak konsekwencji Zamawiającego. W ocenie Izby aby ocenić powyższą czynność Zamawiającego w ramach innego postępowania i wykazać brak konsekwencji Zamawiającego Odwołujący winien przedstawić dowody potwierdzające, iż stan faktyczny w ramach postępowania, w którym wystosowano powyższe pismo, był analogiczny jak w niniejszym postępowaniu. Wszakże o możliwości lub braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może decydować szereg okoliczności, w tym

treść oferty wykonawcy, rodzaj i forma wynagrodzenia przewidziana w postępowaniu, rola dokumentacji projektowej, sposób obliczenia ceny i rola samych przedmiarów robót w danym postępowaniu. W tym zakresie Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego zaprezentowanego na rozprawie.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....

