

WYROK
z dnia 26 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „KOCOŃ” Spółka Jawna Kocoń Krzysztof, Kocoń Jarosław Rycerka Górna 228, 34-370 Rajcza** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków** przy udziale wykonawcy **Zakład Robót Inżynieryjnych „WODPOL” Janusz Włoch, ul. Matejki 1 34-300 Żywiec, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego**

orzeka:

- 1. uwzględnienia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego**
- 2. kosztami postępowania obciąża Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „KOCOŃ” Spółka Jawna Kocoń Krzysztof, Kocoń Jarosław Rycerka Górna 228, 34-370 Rajcza tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 22, 31-109 Kraków na rzecz Wykonawcy**

Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „KOCOŃ” Spółka Jawna Kocoń Krzysztof, Kocoń Jarosław Rycerka Górna 228, 34-370 Rajcza kwotę 13597,75 zł 75 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zmawiający - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Usuwanie szkód powodziowych na pot. Rycerka w km 2+000 - 5+000 (lokalnie) w m. Rycerka Dolna i Rycerka Gonta, gm. Rajcza, pow. Żywiecki, woj. śląskie”.

Odwołujący złożył odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zaniechaniu czynności poprawienia omyłki zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując zaskarżonych czynności naruszył w prowadzonym postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez poprawienia w tej ofercie innej omyłki polegającej niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty; art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty; art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenie oferty Odwołującego, ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego, w zakresie którego Zamawiający powinien poprawić inna omyłkę polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Poprawienie innych omyłek powinno być poprzedzone ewentualnym wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* - treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty Zamawiający wskazał, że: „W załączonym do oferty Harmonogramie rzeczowo-finansowym planowane koszty do poniesienia są niezgodne z wartościami robót w Kosztorysie ofertowym” oraz że: „harmonogram rzeczowo-finansowy nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy”.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego, dotyczącą odrzucenia jego oferty. Uznał, iż odrzucenie jego oferty z uwagi na to, że treść Harmonogramu rzeczowo-finansowego nie odpowiada treści SIWZ jest absolutnie nieuzasadnione i stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność iż w jego ofercie, pomiędzy złożonym Kosztorysem ofertowym a Harmonogramem rzeczowo-finansowym zaistniała niezgodność co do wartości robót. W zakresie pozycji określonej w Kosztorysie ofertowym jako „Budowa obiektów inżynierii wodnej” a pozycją w Harmonogramie rzeczowo-finansowym określoną jako „Opaski z narzutu kamiennego szt. 6” wystąpiła różnica. Jak wyjaśnił Odwołujący różnica powyższa wynikała z tego, że we wskazanej pozycji Harmonogramu rzeczowo-finansowego nie ujęto wykazanego w *Kosztorysie ofertowym* asortymentu robót - Ułożenie wyściółki faszynowej gr. 30 cm o wartości 5.535 złotych brutto.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, aby rozbieżność kwot pomiędzy Harmonogramem rzeczowo-finansowym a Kosztorysem ofertowym miała powodować negatywne skutki dla stron umowy. Ponadto Odwołujący argumentował, że zgodnie z SIWZ wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Zapłata wynagrodzenia za wykonane i odebrane roboty w poszczególnych miesiącach, zgodnie z treścią umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, następowała będzie na podstawie faktur miesięcznych. Podstawą wystawienia każdej z faktur będą protokoły odbioru robót wykonanych w danym miesiącu, natomiast faktura końcowa zostanie wystawiona dodatkowo w oparciu o protokół odbioru końcowego oraz na podstawie kosztorysu powykonawczego. Zamawiający w SIWZ nie wskazał aby wartości faktur miesięcznych miała być zgodna z Harmonogramem rzeczowo-finansowym jakiego wymagał w ofercie.

Odwołujący wskazywał na charakter i znaczenie Harmonogramu rzeczowo-finansowego w przedmiotowej sprawie. W jego ocenie „Harmonogram rzeczowo-finansowy ma charakter elastyczny, podlegać może i z całą pewnością będzie zmianom, a przede wszystkim będzie nierozłącznie związany ze stopniem realizacji zadania. Na etapie składania ofert może być co najwyżej pewnym planem, projekcją zakładanych robót i wydatków z nimi związanych, tym bardziej, że nie jest jeszcze wtedy możliwe określenie w jakim czasie nastąpi rozpoczęcie robót, które uzależnione jest od rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, daty zawarcia umowy lub niewystąpienia technicznych przeszkód w rozpoczęciu robót.” Harmonogram rzeczowo-finansowy jest w przedmiotowym postępowaniu dokumentem o znaczeniu pomocniczym, informacyjnym, a nie definitywnie zobowiązującym strony do konkretnych działań zgodnie z jego treścią. Harmonogram rzeczowo-finansowy został w

przedmiotowym postępowaniu wyraźnie odniesiony do etapu realizacji robót i ich rzeczywistego wykonania.

Jako okoliczność dodatkową Odwołujący przytoczył fakt, że Zamawiający we wzorach Kosztorysu ofertowego (załącznik nr 8 do SIWZ) oraz Harmonogramu rzeczowo-finansowego (załącznik nr 10 do SIWZ) posługuje się różnym opisem tego samego zakresu robót. Nieuzasadnione zróżnicowanie opisu, brak jego spójności i jasności w zakresie określeń zawartych w SIWZ przyczynił się do powstania przedmiotowej niezgodności wynikłej z nieuwzględnienia pozycji 6 Kosztorysu ofertowego w pozycji 3 Harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowa omyłka polega na niezgodności pomiędzy planowanymi kosztami do poniesienia w Harmonogramie rzeczowo-finansowym a wartościami robót w Kosztorysie ofertowym. W ocenie Odwołującego nie wpływa na żaden istotny element oferty. W szczególności nie ma jakichkolwiek wątpliwości, jaka jest cena oferty, gdyż wynika ona z Kosztorysu ofertowego oraz z Formularza oferty gdzie cena ostateczna oferty jest identyczna. Rozbieżność pomiędzy Harmonogramem rzeczowo-finansowym a Kosztorysem ofertowym wynosi 5.535 złotych, co stanowi około 1,22 % ceny oferty Odwołującego. W wyniku poprawienia omyłki niezmieniony pozostaje zakres przedmiotu świadczenia jak również wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

Poprawienie omyłki podlega jedynie na doprecyzowaniu rozbieżność pomiędzy dwoma dokumentami i dotyczy nieznacznej rozbieżności terminu zapłaty kwoty stanowiącej około 1,22% wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślał, iż „w przypadku popełnienia przez wykonawcę omyłki Zamawiający, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązany jest ją poprawić. Odrzucenie oferty bez zastosowania tego przepisu jest naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu z powodów wskazanych przez Zamawiającego, ponieważ opisana niezgodność pomiędzy planowanymi kosztami do poniesienia w Harmonogramie rzeczowo-finansowym a wartościami robót w Kosztorysie ofertowym, będąca inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Jego zdaniem zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne. Podkreślił, że w sposób jednoznaczny określił w punkcie III.2 SIWZ, że na ofertę składa się między innymi uproszczony kosztorys ofertowy (pkt 2.4) oraz

harmonogram rzeczowo-finansowy z rozbiem na miesiące (pkt 2.5) z jednoczesnym stwierdzeniem, że harmonogram rzeczowo-finansowy będzie stanowił załącznik do umowy o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie poinformował, że zgodnie z punktem VI SIWZ zadanie będące przedmiotem zamówienia będzie współfinansowane ze środków Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej na podstawie umowy przekazania środków. Na podstawie zapisów tejże umowy (paragraf 11), Zamawiający zobowiązany jest przedstawić (WFOŚiGW) harmonogram rzeczowo - finansowy po wyborze zadania. Harmonogram rzeczowo-finansowy jest zatem ważnym i niezbędnym dokumentem, który umożliwi Zamawiającemu skorzystanie ze środków WFOŚiGW dla realizacji zamówienia.

Zamawiający powoływał się na orzecznictwo KIO, z którego wynika, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust.2 pkt.3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie bez udziału Wykonawcy w tej czynności. Omyłka może być zatem poprawiona wtedy, gdy Zamawiający może stwierdzić, jaka jest prawidłowa treść oferty. Zgodnie z dotychczasowym stanowiskiem KIO omyłka jest rodzajem niedokładności, przypadkowym przeoczeniem lub też oczywistym błędem pisarskim. Zamawiający przywoływał wyrok KIO 1393/11.

Zamawiający stwierdził w treści odpowiedzi na odwołanie, że „W danym przypadku nie było żadnej fizycznej możliwości, by Zamawiający bez udziału Wykonawcy mógł samodzielnie poprawić ten harmonogram jako oświadczenie Wykonawcy, podejmując za niego decyzję, ile i w jakim miesiącu będą kosztować poszczególne pozycje harmonogramu.”

W ocenie Zamawiającego niezrozumiałą jest zarzut, że w SIWZ nie wskazano, że harmonogram rzeczowo - finansowy winien odpowiadać pozycjom kosztorysu ofertowego. Bowiem w ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że kosztorys ofertowy jako podstawa ceny oferty winien być tożsamy z harmonogramem rzeczowo- finansowym.

W trakcie rozprawy Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Na pytanie przewodniczącej o wskazanie konkretnego zapisu SIWZ, z którego wynika obowiązek wpisania jednakowej treści harmonogramu rzeczowo-finansowego i formularza ofertowego, wskazał punkt III pkt 2.5, zgodnie z którym harmonogram rzeczowo-finansowy będzie stanowił załącznik do umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż wykonawcy będą rozliczali się w każdym miesiącu na podstawie faktur wystawionych na podstawie obmiaru rzeczywiście wykonanych prac, kwoty zaś

zaliczek uzyskanych od WFOŚ będą pokrywały należności wynikające z tych faktur. Zamawiający oświadczył wprost, iż niniejszy harmonogram jest niezbędny dla Zamawiającego, celem pozyskania środków finansowych z WFOŚ (tytułem zaliczek na pokrycie należności z faktur) i celem posiadania przejrzystej dokumentacji. Dodatkowo w trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż złożony i przedstawiony w ofercie Harmonogram nie zostanie przesłany do WFOŚ. Zamawiający sporządzi dokument na podstawie przygotowanego w ofercie harmonogramu przez wykonawcę wybranego.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Osią sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W okolicznościach faktycznych sporu niezbędne jest ustalenie, czy stwierdzoną niezgodność pomiędzy treścią Harmonogramu rzeczowo – finansowego a treścią formularza (i kosztorysu) ofertowego w ofercie Odwołującego należało poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uchybieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający był zobowiązany do dokonania w kwestionowanym zakresie poprawy oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający może odrzucić ofertę jedynie w ściśle określonych przypadkach, m.in. jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który

złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią SIWZ służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji.

Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11 i wyrok KIO z 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 757/12).

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika 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 projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. W uzasadnieniu projektu tej ustawy stwierdzono, że: „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

odrzuconiu 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 niniejszej sprawy należy zauważyć co następuje: Przede wszystkim Zamawiający nie kwestionował, iż zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia jest niezgodny z opisaniem przez Zamawiającego. Nie ulega zatem wątpliwości, iż zaoferowany przez Odwołującego w treści oferty przedmiot zamówienia – tzn. realizacja zadania usuwania szkód powodziowych na pot. Rycerka w km 2+000 - 5+000 (lokalnie) w m. Rycerka Dolna i Rycerka Gonta, gm. Rajcza, pow. Żywiecki, woj. śląskie jest w pełnym zakresie zgodna z tym, czego wymagał Zamawiający w SIWZ.

Co więcej, Zamawiający nie kwestionował także zaoferowanej przez Odwołującego ceny. Nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że cena oferty za realizację zamówienia wynika z kosztorysu ofertowego formularza ofertowego.

Ponadto Zamawiający w treści pisma zawierającego odpowiedź na odwołanie nie zawarł informacji, z którym konkretnie zapisem SIWZ jest niezgodna oferta Odwołującego. Zamawiający nie potrafił również w trakcie rozprawy wskazać zapisu SIWZ, którego dotyczyła niezgodność w ofercie Odwołującego. Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego napisał: „W załączonym do oferty Harmonogramie rzeczowo-finansowym planowane koszty do poniesienia są niezgodne z wartościami robót w Kosztorysie ofertowym”, nie podając jednocześnie, który punkt SIWZ został naruszony.

Należy zwrócić uwagę, że brak jest w treści SIWZ jakichkolwiek wskazań co do charakteru samego Harmonogramu rzeczowo - finansowego. SIWZ nie określała także, w jaki sposób Harmonogram ten powinien być wypełniony i jaki ma związek z kosztorysem ofertowym. SIWZ stanowi jedynie, że Harmonogram rzeczowo – finansowy będzie załącznikiem do umowy. Co więcej, z Harmonogramu rzeczowo – finansowego nie wynikają żadne informacje, które określałyby przedmiot zamówienia, jego zakres czy też sposób realizacji. Okoliczności powyższe jedynie potwierdzają, iż jest to dokument wyłącznie o charakterze poglądowym.

Z powyższego należy zatem wywieść, iż Zamawiający nie kwestionował zgodności treści przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ, sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, nie kwestionował ceny, a kwestionował jedynie formalną niezgodność pomiędzy składanymi dokumentami. Pomiędzy dokumentem, z którego czerpał informacje dotyczące zarówno

zakresu przedmiotu zamówienia i ceny za całość i poszczególne części zamówienia (kosztorysem ofertowym), a dokumentem, który miał jedynie charakter poglądowy, planowy, którego treść może ulec zmianie (czego Zamawiający nie zakwestionował) i przede wszystkim, który służy wyłącznie Zamawiającemu do rozliczeń z WFOŚ (Harmonogramem rzeczowo-finansowym).

Powyższe oznacza, iż poprawienie w Harmonogramie rzeczowo – finansowym Odwołującego niezgodności pozostawałoby bez wpływu na cenę zamówienia oraz przedmiot zamówienia.

Tym samym dokonanie omawianej korekty w Harmonogramie rzeczowo – finansowym Odwołującego nie stanowi istotnej ingerencji w treść oferty. Izba nie oceniła stwierdzonych w kosztorysie ofertowym Odwołującego omyłek jako „istotne” dzieląc w tej kwestii pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), że kwalifikator „istotnych zmian” „należy odnosić do całości treści oferty (...) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. Dalej Sąd wyjaśnił, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”. Izba podkreśla, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11). W konsekwencji na gruncie badanej sprawy niedoskonałości w treści oferty odwołującego uznać należało za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym (brak jakiegokolwiek wpływu na cenę ofertową).

Izba nie miała najmniejszych wątpliwości, iż tego rodzaju omyłka była omyłką nieistotną. Jako taka (jeśli nawet uznać, że stanowiła treść oferty) mogła i powinna być zostać poprawiona przez Zamawiającego. Zamawiający bez trudu mógł ustalić różnicę wartości pomiędzy kosztorysem ofertowym i Harmonogramem rzeczowo – finansowym. Z informacji o wysokości tej różnicy mógł łatwo wywieść, iż różnica ta dotyczy wartości zadania pn. ułożenie wyściółki faszynowej gr. 30 cm. W zakresie zaś określenia miejsca, w którym

powinna zostać ujęta ww. kwota stanowiąca różnicę, Zamawiający mógł zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie, o ile rzeczywiście Zamawiający uznał, iż tego rodzaju informacja ma znaczenie na tym etapie. W ocenie Izby nie ulega żadnej wątpliwości, iż informacja dotycząca miejsca ujęcia kosztów zaoferowanej realizacji zadania ułożenie wyściółki faszynowej gr. 30 cm nie ma znaczenia na tym etapie postępowania. Po pierwsze Zamawiający przyznał, iż Harmonogram rzeczowo – finansowy stanowił będzie załącznik do umowy. Po drugie Zamawiający nie zaprzeczył, że treść tego Harmonogramu może ulec zmianie, a zawarte w nim kwoty są jedynie prognozowanymi zaliczkami, o jakie wystąpi Zamawiający, nie zaś rzeczywistymi kosztami realizacji zamówienia (te zostaną dopiero określone na etapie wykonania zamówienia w oparciu o rzeczywiste obmiary robót w każdym miesiącu). Po trzecie Harmonogram rzeczowo – finansowy dotyczy wyłącznie etapu rozliczenia inwestycji, nie jest to dokument, który stwierdza zakres zaoferowanego przedmiotu zamówienia, wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia (takie informacje bowiem Zamawiający odczytał już z innych dokumentów – jak np. kosztorys ofertowy i treści tego dokumentu nie podważał), nie dotyczy także kwestii spełnienia przez wykonawcę lub oferowany przez niego przedmiot zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym treść Harmonogramu nie ma żadnego wpływu na wynik prowadzonego postępowania, gdyż w szczególności nie budzi wątpliwości, że pozycja ta została przez Odwołującego wyceniona i stanowi przedmiot zamówienia przez niego zaoferowany.

Poprawienie omyłki w ofercie z natury rzeczy musi być wynikiem ingerencji Zamawiającego w treść oferty wykonawcy. Jak wskazano powyżej, poprawienie omyłki może być poprzedzone wyjaśnieniami wykonawcy. Skoro informacje zawarte w Harmonogramie rzeczowo-finansowym mają charakter jedynie poglądowy, to nie można mówić, iż wyjaśnienia co do miejsca, w którym powinna zostać wpisana kwota 5535 zł za zadanie pn. ułożenie wyściółki faszynowej gr. 30 cm, stanowiłyby jakiegokolwiek negocjacje Zamawiającego z Odwołującym.

Treść i zakres oferowanego przedmiotu zamówienia zostały określone w ofercie Odwołującego w kosztorysie ofertowym i nie jest sporne pomiędzy stronami, iż zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ. Nie jest więc sporne, że Odwołujący zaoferował w treści oferty również realizację zadania pn. ułożenie wyściółki faszynowej gr. 30 cm. (pozycja ta została wyraźnie opisana i wyceniona w treści kosztorysu ofertowego).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....