

WYROK

z dnia 17 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 3 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kompleksowa modernizacja dróg na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki* (nr postępowania WPI.271.2.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Nowy Dwór Mazowiecki**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

B. SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miastu Nowy Dwór Mazowiecki: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie, z uwzględnieniem w toku powtórzonych czynności zawiadomienia tego wykonawcy o poprawieniu omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnej zmiany treści oferty, czyli o poprawieniu w odpowiednich pozycjach kosztorysu ofertowego w sposób zgodny z przedmiarami, w zakresie: 1) mieszanki mineralno-asfaltowej, 2) ilości materiału dla krawężników, 3) przebudowy sieci ciepłej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tych zmian.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego – STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego**

– **Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **przystępującego – STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz **odwołującego – Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **12583 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy pięćset osiemdziesiąt trzy złote zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. zasądza od **przystępującego – STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz **zamawiającego – Miasta Nowy Dwór Mazowiecki** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Nowy Dwór Mazowiecki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Kompleksowa modernizacja dróg na terenie miasta Nowy Dwór Mazowiecki* (nr postępowania WPI.271.2.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 lutego 2015 r. pod nr 23440-2015, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.bip.nowydwormaz.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 18.893.942,05 zł, co stanowi równowartość 4.472.044,79 euro.

30 marca 2015 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „Bilfinger”} zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

3 kwietnia 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechań czynności w stosunku do Odwołującego: wezwania do wyjaśnień treści oferty, wezwania do uzupełnienia oferty, poprawienia tzw. innej omyłki w ofercie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez nienależyte badanie i ocenę ofert oraz nierówne traktowania wykonawców, przejawiające się w błędnym przyjęciu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako zawierająca nieusuwalne błędy, które powodują jej niezgodność z treścią SIWZ.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 – przez nienależyte badanie i ocenę ofert oraz nierówne traktowania wykonawców, przejawiające się w braku wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści kosztorysu ofertowego dla etapu I odnośnie pozycji nr 39, 43 i 44

oraz dotyczącego przebudowy sieci ciepłej w zakresie, w którym budziły one wątpliwości Zamawiającego.

3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 – przez nienależyte badanie i ocenę ofert oraz nierówne traktowania wykonawców, przejawiające się w niepoprawieniu omyłek kosztorysu ofertowego w zakresie ilości materiałów dla etapu I w pozycjach nr 39, 43 i 44 oraz w zakresie przebudowy sieci ciepłej.
4. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz art. 26 ust. 3 – przez nienależyte badanie i ocenę ofert oraz nierówne traktowania wykonawców, przejawiające się w braku zbadania, czy na podstawie załączonej noty pokrycia Odwołujący wykazał spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, a następnie – jeżeli wynik tego badania byłby negatywny – wezwania Odwołującego do uzupełnień w tym zakresie.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez nienależyte badanie i ocenę ofert oraz nierówne traktowania wykonawców, przejawiające się wyborze oferty złożonej przez SKANSKA S.A. {dalej również: „Skanska”}, co jest niezgodne ze wskazanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, gdyż oferta ta zdobyła mniejszą liczbę punktów niż oferta Odwołującego (i jest znacznie droższa od oferty Odwołującego).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem: wezwania Odwołującego do wyjaśnienia kosztorysu ofertowego dla etapu I w poz. 39, 43, 44 i w zakresie przebudowy sieci ciepłej, poprawienia omyłek w ww. kosztorysie w zakresie ilości materiałów oraz wyceny zakresu przebudowy sieci ciepłej zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego, a także wezwania Odwołującego do wyjaśnień dokumentu noty pokrycia oraz wezwania do uzupełnienia tego dokumentu, jeżeli Zamawiający uzna, że załączony dokument definitywnie nie potwierdza spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.
3. Dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie między innymi następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący przytoczył brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 pzp, stwierdzając, że intencją ustawodawcy było dopuszczenie do oceny wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy i niedoskonałości, o ile nie prowadzą one do istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający odrzuca ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ wyłącznie po weryfikacji, czy niezgodności te nie stanowią omyłek, które jest zobowiązany poprawić.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku jego oferty nie zachodzi niezgodność z treścią SIWZ, która w sposób istotny wpływałaby na treść tej oferty, lecz wyłącznie z omyłkami rachunkowymi oraz nieistotnymi innymi omyłkami.

Odwołujący podkreślił, że jeżeli dany zakres budził wątpliwości Zamawiającego, czy powinien być sklasyfikowany jako omyłka, czy też jako błąd, Zamawiający nie był uprawniony do pominięcia procedury wyjaśniania treści oferty i odrzucania oferty Odwołującego, lecz zobowiązany był do uprzedniego wezwania Odwołującego do wyjaśnień, a następnie do poprawienia omyłek występujących w ofercie.

Odnosnie błędnego opisu poz. 39 w kosztorysie ofertowym dla Etapu I {*Wyrównanie istniejącej podbudowy mieszanką mineralno-asfaltowa (warstwa wiążąco-wyrównawcza z AC 16 W PMB 25/55-60) z wbudowaniem mechanicznym*}, Odwołujący przyznał, że omyłkowo nie zmienił opisu uziarnienia mieszanki. Jednak według Odwołującego jest to omyłka wyłącznie edytorska.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający udzielając odpowiedzi zmieniających dotychczasową treść SIWZ, nie sporządził i nie przekazał wykonawcom ujednoczonych kosztorysów. Spowodowało to, że choć Odwołujący zaoferował wyrównanie istniejącej podbudowy mieszanką zgodną z żądaniem Zamawiającego (tj. mieszankę AC 22W), oraz wskazał w kosztorysie ofertowym wartości (koszty) dotyczące żądanego uziarnienia mieszanki, jednak omyłkowo nie zmienił opisu kosztorysu. Odwołujący zaznaczył ponadto, że ceny obu mieszanek (AC 16W oraz AC 22W) nie różnią się od siebie.

Odwołujący stwierdził, że gdyby Zamawiający wywiązał się ze swego obowiązku wyjaśniania niejasności zawartych w jego ofercie, powziąłby informację, że w pozycji tej Odwołujący zaoferował mieszankę zgodną z treścią SIWZ, zmienioną 18 lutego 2015 r.

Odwołujący podsumował, że uwzględniając jego rzeczywiste intencje zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ, omyłkowe pominięcie przez niego zmiany opisu uziarnienia mieszanki winno być przez Zamawiającego poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy pzp.

W zakresie podania błędnej ilości krawężników kamiennych w pozycjach 43 i 44 kosztorysu ofertowego dla etapu I, Odwołujący przyznał, że przez nieuwagę omyłkowo wpisał tam inne ilości niż faktycznie zaoferował.

Odwołujący stwierdził jednocześnie, że pomimo licznych zmian, które nie były w sposób klarowny ujednoczone, właściwie odczytał intencje Zamawiającego i zaoferował w poz. 43 kosztorysu 603,00 m krawężnika kamiennego, a w pozycji 44 kosztorysu 83,00 m krawężnika kamiennego.

Odwołujący zrelacjonował, że korekta ilości krawężników kamiennych wynikała

z pisma z 18 lutego 2015 r., gdzie do wyjaśnień dołączony został załącznik nr 7 – zestawienie długości elementów kamiennych, jednak bez przyporządkowania ich do odpowiedniej pozycji kosztorysowych. Odwołujący dodał, że pytanie nr XII.7 dotyczyło dwóch pozycji (43 i 44), a nie jednej. Zamawiający udzielając wyjaśnień nie zaznaczył, że odpowiedź dotyczy wyłącznie pozycji nr 43. Następnie w wyjaśnieniach z 6 marca 2015 r. Zamawiający dokonał kolejnej korekty ilości tych krawężników (z 415 mb na 411 mb), jednak nie dokonał zmiany treści SIWZ i nie przekazał wykonawcom nowego załącznika z poprawnymi ilościami.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógł go poprosić o wyjaśnienie treści złożonej oferty i wyrażenie zgody na poprawienie oczywistych omyłek oraz omyłek rachunkowych. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie miał najmniejszych wątpliwości, jakie powinny być ilości krawężników kamiennych, gdyż ilości te wprost wynikają z SIWZ (tj. wyjaśnień treści SIWZ). Dodatkowo Odwołujący zauważył, że po wpisaniu poprawnej ilości krawężników wartość jego oferty obniża się o 14.124,77 zł netto (17.373,47 zł brutto).

Odwołujący zwrócił uwagę, że podobną – jak to określił – oczywistą omyłkę popełnili jeszcze czterej inni wykonawcy.

Odnośnie zaoferowania przebudowy sieci ciepłej, a dokładnie – jak to sprecyzowano w odwołaniu – przebudowy kolizji (wymiany) rury ciepłowniczej, Odwołujący oświadczył, że dodatkowy kosztorys omyłkowo znalazł się w jego ofercie. Według Odwołującego jest to omyłka rachunkowa, polegająca na tym, że w cenie ofertowej uwzględniony został ten dodatkowy kosztorys.

Odwołujący podkreślił, że podobnie jak w zakresie poprzednich omyłek i tym razem Zamawiający przyczynił się do powstania dużego zamieszania w zakresie przebudowy sieci ciepłej.

Odwołujący zrelacjonował, że w wyjaśnieniach z 18 lutego 2015 r. na pytanie nr II.17 Zamawiający zamieścił następujące pytanie i odpowiedź:

W związku z informacją w SIWZ na stornie 39 w punkcie 28, Zamawiający wymienia jako kolizje z projektowanymi instalacjami między innymi sieci ciepłone. Prosimy o przedstawienie projektu przedstawiającego zakres konieczny do wykonania w zakresie kolizji z istniejącymi sieciami cieplnymi,

Zamawiający wyjaśnia, że kolizja z siecią ciepłą występuje w km 1+375. W ramach przebudowy przedmiotowej kolizji należy dokonać wymiany rury ciepłowniczej na długości 29 mb zgodnie z warunkami przebudowy odcinka sieci ciepłej oraz w porozumieniu z Zakładem Energetyki Ciepłej w Nowym Dworze Mazowieckim.

W związku z udzielonym wyjaśnieniem, Zamawiający dokonuje zmiany treści SIWZ –

dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część Opisu przedmiotu zamówienia poprzez jej uzupełnienie o warunki przebudowy odcinka sieci ciepłej w brzmieniu załącznika nr 1 do niniejszego pisma.

Odwołujący wskazał, że po zapoznaniu się z taką odpowiedzią i załączonymi warunkami przebudowy sieci ciepłej, początkowo zinterpretował cytowaną odpowiedź jako nałożenie przez Zamawiającego na wykonawców obowiązku wymiany rury ciepłowniczej w ramach wykonywania niniejszego zamówienia.

Powziął jednak wątpliwość odnośnie należytej interpretacji cytowanej odpowiedzi, gdyż Zamawiający nie opublikował przedmiaru na ten zakres robót. Stąd 24 lutego 2015 r. Odwołujący zadał Zamawiającemu pytanie następującej treści:

7) W związku z odpowiedzią na pytanie Nr 17 w piśmie z dnia 18.02.2015 informującą o konieczności przebudowy sieci ciepłej zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie, czy wykonawca ma samodzielnie stworzyć przedmiar i kosztorys na ww. roboty?

Odwołujący dodał, że z uwagi na zbliżający się termin składania ofert, opracował kosztorys na przedmiotowy zakres, wyceniając wartość przebudowy sieci ciepłej.

Następnie 4 i 6 marca 2015 r. Zamawiający przesądził ostatecznie o zakresie zmian w przedmiarach – przez pominięcie przedmiaru przebudowy sieci ciepłej.

Odwołujący oświadczył, że po tej dacie było dla niego jasne, że zakres ten nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia. Zatem składając ofertę wraz z oświadczeniami o wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie i na warunkach wskazanych w SIWZ, wyrażał swoją wolę wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że gdyby Zamawiający zwróciłby się do niego z wnioskiem o wyjaśnienia, wówczas otrzymałby informację, które zobowiązywałyby go do poprawy tej oczywistej omyłki, tzn., że złożenie dodatkowego kosztorysu nie odbyło się celowo, lecz właśnie omyłkowo. Odwołujący podkreślił, że jej poprawienie spowoduje obniżenie ceny o 57.445,06 zł

Niezależnie od powyższych zarzutów Odwołujący zarzucił, że błędne stanowisko Zamawiającego co do nieusuwalności rozbieżności pomiędzy ofertą Odwołującego a treścią SIWZ spowodowało, że poczuł się zwolniony z obowiązku dalszego badania dokumentu noty pokrycia złożonej na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z tego względu według Odwołującego Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 pzp, które zobowiązują Zamawiającego do podjęcia jednokrotnej próby konwalidowania niezgodności danej części oferty z treścią SIWZ.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 3 kwietnia 2015 r. kopii odwołania

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły 7 kwietnia 2015 r. w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez:

- STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,
- SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonania tych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania, a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

10 kwietnia 2015 r. Zamawiający przesłał faksem {co zostało potwierdzone 13 kwietnia 2015 r.} odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 pzp, uwzględni w całości zarzuty w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 674/15. W związku z czym zobowiązuje się wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w prowadzonym postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania.

Postanowieniem z 10 kwietnia 2015 r. Izba – działając na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) – wezwała Przystępujących do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

W zakreślonym terminie:

- Przystępujący Skanska oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania;
- Przystępujący Strabag oświadczył, że wnosi sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały złożone wnioski o

odrzućcie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, na skutek wniesionego sprzeciwu sprawa, stosownie do art. 186 ust. 4 pzp, została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający i Przystępujący Strabag podtrzymali dotychczasowe stanowisko. Przystępujący Skanska nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę, pomimo prawidłowego zawiadomienia o ich terminie.

Według Przystępującego stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności kosztorysu ofertowego Bilfinger z przedmiarami nie są omyłkami podlegającymi poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a sprzecznościami treści oferty z treścią s.i.w.z., co powoduje konieczność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Przystępujący podniósł, że oznaczenie liczbowe po oznaczeniu literowym AC wskazuje na maksymalną średnicę ziaren kruszywa. Stąd aby stwierdzić, że koszt wytworzenia mieszanek o różnej ziarnistości jest taki sam, należałoby porównać ich recepturę.

Odnosnie krawężników Przystępujący stwierdził, że omyłki w ofercie Strabag nie były takie same, a tylko podobne do omyłek w ofercie Bilfinger.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający zastrzegł w s.i.w.z., że jeżeli czegoś nie zmieni w przedmiarze, nie należy danej pozycji wprowadzać samodzielnie. Przystępujący wskazał w tym kontekście na pkt XIV pkt 1 wyjaśnień treści s.i.w.z. z 18 lutego 2015 r., gdzie Zamawiający odesłał do § 10 wzoru w zakresie robót dodatkowych tj. nieprzewidzianych w przedmiarach, a wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nigdy nie wprowadził pozycji przedmiaru dotyczącej przebudowy sieci ciepłej. Według Przystępującego wprowadzenie dodatkowej pozycji kosztorysowej trudno to uznać za pomyłkę, gdyż spowodowało to podwyższenie ceny oferty. Z kolei poprawienie tej niezgodności spowoduje istotną zmianę treści oferty, w tym zmianę w punktacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie Odwołującego z 16 kwietnia 2015 r., odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia

odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący, kwestionując odrzucenie swojej oferty, wykazał że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Stosownie do art. 180 ust. 2 pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czterech enumeratywnie wymienionych czynności, w tym dwóch na etapie postępowania po złożeniu ofert: wykluczenia odwołującego z postępowania {pkt 3} i odrzucenia oferty odwołującego {pkt 4}. Ponieważ wartość przedmiotowego zamówienia kształtuje się poniżej tzw. progów unijnych spośród zarzutów zawartych w odwołaniu rozpoznaniu podlegały wyłącznie zarzuty związane z czynnością odrzucenia oferty. Izba pozostawiła natomiast bez rozpoznania zarzuty dotyczące czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zarzuty dotyczące, choćby pośrednio, nieprawidłowości w innych ofertach {pkt 5 listy zarzutów i jego dalsze rozwinięcie}.

Z uwagi na powyższy przepis, a także biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności podjętej przez zamawiającego, względnie zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy pzp, nie podlegał również rozpoznaniu zarzut niezbadania przez Zamawiającego, czy Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej {pkt 4 listy zarzutów i jego dalsze rozwinięcie. Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, gdyż Zamawiający nie podjął takiej czynności. Jednocześnie na mocy art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp Odwołujący nie mógł skutecznie skarżyć samego zaniechania wezwania do wyjaśnień czy uzupełniania dokumentów, jeżeli w związku z nim nie nastąpiła czynność wykluczenia z postępowania.

Izba stwierdziła, że zasadniczo nie ma potrzeby dokonywania dodatkowych ustaleń ponad okoliczności faktyczne adekwatnie opisane w odwołaniu {czego nie należy mylić z ocenami ferowanymi przez Odwołującego na ich tle}, z zastrzeżeniem opisanym poniżej, gdyż okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania nie były sporne. Spór

między Odwołującym a Przystępującym w tej sprawie dotyczył oceny prawnej stwierdzonych przez Zamawiającego i przyznanych przez Odwołującego rozbieżności pomiędzy treścią przedmiarów a treścią kosztorysów w ofercie Bilfinger.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne {niż oczywiste pisarskie i rachunkowe} omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Izba stwierdziła, że Odwołujący słusznie domaga się uchylecia decyzji o odrzuceniu jego oferty, gdyż wszystkie trzy typy niezgodności jego kosztorysu ofertowego z przedmiarami podlegały obligatoryjnemu skorygowaniu w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 pzp, a konsekwencji nie było podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający słusznie zatem zweryfikował swoje stanowisko i uznał w całości zarzuty odwołania.

Na wstępie rozważyć należy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym

jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych, przy czym przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego. W takim przypadku przedmiot zamówienia jest opisywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (art. 31 ust. 1 pzp). Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest szczególnie sformalizowany, gdyż został odrębnie uregulowany w wydanym na podstawie delegacji art. 31 ust. 4 pzp rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.). Jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej.

W przypadku gdy przedmiar robót stanowi element opisu przedmiotu zamówienia

istnieje prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na wykonawstwo robót budowlanych obowiązkiem sporządzenia kosztorysu, który miałby być podstawą do wyliczenia ceny oferty. Przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia umownego (jak w przypadku tego zamówienia) sporządzenie takiego kosztorysu (uproszczonego lub szczegółowego) jako elementu treści składanej oferty staje się obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych. W konsekwencji kosztorys ma rangę elementu treści oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji w zakresie zgodności z przedmiarem robót stanowiącym element opisujący przedmiot zamówienia s.i.w.z.

Należy zauważyć, że intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust. 2 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z wprost uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich 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.

Jest to zgodne ze stanowiskiem wielokrotnie wyrażanym w orzecznictwie Izby, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) {vide np. wyrok Izby z 23 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 522/11)}. W orzecznictwie Izby podkreślono również, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 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 artykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania {vide wyrok Izby z 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 354/13)}. Jednocześnie sama czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu tego wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona istotnego charakteru. Przy czym ocena tej kwestii jest uzależniona od okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji co do treści składanej oferty. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub oba te czynniki występujące jednocześnie. Może, ale nie musi, gdyż dla oceny istotności

wprowadzanych zmian znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.*

Jednocześnie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, aby nie prowadziła ona do znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *[w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści).* Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z 24 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2490/10) czy w wyroku z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1978/10).

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09)}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp jako podstawie do odrzucenia oferty, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Można tutaj dodać, że taka interpretacja omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp pozostaje również w zgodzie ze słownikowym rozumieniem słowa „omyłka”, które oznacza *sposzrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.* {*Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>}.

Odnosnie celowości złożenia oferty o treści niezgodnej z s.i.w.z. jako przeszkody w dokonaniu ich uzgodnienia, zauważyć należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie wprowadza wprost takiej negatywnej przesłanki. Wykazanie jej wystąpienia w większości przypadków byłoby zresztą niezwykle trudne. Należy zauważyć, że złożenie oferty – co do zasady – stanowi *de facto* zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści s.i.w.z. W konsekwencji – jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią s.i.w.z. i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp

Do rangi zasady wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp podnoszona jest również możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy. Jest to jednak wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który to przepis wprost takiej przesłanki również nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi (art. 7 ust. 1 pzp). Zdaniem składu orzekającego Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania

wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy nie należy utożsamiać z brakiem możliwości uwzględnienia informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na okoliczności rozstrzyganej sprawy stwierdzić należy, że możliwość poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp pierwszych dwóch typów omyłek kosztorysowych w ofercie Bilfinger – co do oznaczenia uziarnienia mieszanki i długości krawężników – nie budzi żadnych wątpliwości. W obu przypadkach Odwołujący nie uwzględnił ostatecznej wersji treści s.i.w.z. Nie ma przy tym żadnych przesłanek, aby przypisać Odwołującemu wolę złożenia oferty niezgodnej z treścią s.i.w.z. Wręcz przeciwnie, wszystkie okoliczności wskazują, że było to wynikiem omyłki spowodowanej dużą liczbą wyjaśnień i zmian treści s.i.w.z., które należało uwzględnić przy sporządzaniu kosztorysu na bazie pierwotnego brzmienia przedmiarów, a także trybem wprowadzania zmian, który nie polegał na uaktualnianiu przedmiarów na zasadzie tworzenia tekstu jednolitego. Jak już powyżej wskazano, nie ma większego znaczenia, czy Odwołujący miał świadomość ostatecznego kształtu postanowień s.i.w.z. a pomylił się przy pisaniu kosztorysu ofertowego, czy też przeoczył niektóre wyjaśnienia lub zmiany i sporządził kosztorys ofertowy z błędnym przekonaniem, że odpowiada on w pełni treści s.i.w.z. Decydujące znaczenie ma nieistotny charakter tych niezgodności, gdyż ich poprawienie nie spowoduje znaczącej zmiany treści oferty, a wręcz marginalną. Z kolei sposób poprawienia również jest oczywisty. Błędne oznaczenie mieszanki i określenie ilości krawężników należy poprawić na właściwe, czyli wynikające z wersji przedmiarów, która się ostatecznie ustaliła. W przypadku krawężników należy dodatkowo ponownie wyliczyć wartość pozycji z zastosowaniem cen jednostkowych zawartych w kosztorysie, co – ściśle rzecz biorąc – stanowi już konsekwencję rachunkową dokonanej poprawy. W odniesieniu do mieszanki nie ma potrzeby dokonywania żadnych przeliczeń. Poprawieniu tej pozycji bez zmiany jej ceny nie stoi na przeszkodzie nieudowodnione przypuszczenie Przystępującego, że gdyby Odwołujący przy wypełnianiu tej pozycji nie popełnił pomyłki, zostałaby ona nieco inaczej wyceniona {aczkolwiek Odwołujący, przedstawił na rozprawie dowód potwierdzający taką

samą cenę obu wersji mieszanek}. W przypadku powyższych niezgodności nie zachodziła potrzeba wzywania do wyjaśnień – Zamawiający był w stanie samodzielnie zidentyfikować rozbieżności, a także nie miał wątpliwości jak należałoby jej poprawić, co potwierdza treść uzasadnienia odrzucenia oferty Bilfinger.

Powyższe uwagi są również adekwatne dla trzeciej niezgodności, polegającej na tym, że Bilfinger sporządził dodatkowy kosztorys {*de facto* obejmującego jedną pozycję} dotyczącego wymiany rury ciepłowniczej {w związku z kolizją inwestycji z siecią ciepłą}, który nie ma swojego odzwierciedlenia w przedmiarach. Różnica jest taka, że niewątpliwie poprawienie tej omyłki wymaga wykreślenia tej pozycji, co spowoduje znacznie większą niż w przypadku krawężników zmianę ceny oferty. Nadal jednak zmiana na ta będzie niewielka w stosunku do wartości całej oferty {co jest właściwym punktem odniesienia}, a zatem nie będzie stanowiła znaczącej ingerencji w treść oferty. Wbrew temu, co na rozprawie zdawał się sugerować Przystępujący, niczego też nie zmieni przy ustalaniu rankingu ofert. Również w tym przypadku nie zachodziła potrzeba wzywania do wyjaśnień – zarówno zidentyfikowanie niezgodności, jak i sposób jej poprawienia nie nastroczał Zamawiającemu żadnych trudności, co wynika wprost z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Bilfinger.

Specyfika tego przypadku przejawia się jednak w innym aspekcie. Otóż nie jest typową sytuacją, w której Zamawiający, z jednej strony dokonuje zmiany treści s.i.w.z. polegającej na wprowadzeniu do opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej) warunków przebudowy odcinka sieci ciepłej {pkt II.17 wyjaśnień treści s.i.w.z. z 18 lutego 2015 r. wraz załącznikiem nr 1 do tego pisma}, a z drugiej strony nie odzwierciedla tego w przedmiarach i w sposób dorozumiany {brak reakcji na pytanie 7 zawarte w piśmie Odwołującego z 24 lutego 2015 r.} nie oczekuje wyceny w ofercie tego zakresu robót. Dodatkowo w odpowiedzi na kazuistyczne pytanie, dotyczące wąskiego zagadnienia, Zamawiający wprowadza uniwersalną zasadę dotyczącą sporządzania kosztorysu, wcześniej niezawartą w s.i.w.z., która jest w dodatku złożona: w przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową a przedmiarami należy kierować się przedmiarami, których nie wolno modyfikować, chyba że dla jakiejś pozycji jest to konieczne ze względu na treść wyjaśnień. Co zostaje uzupełnione o zasadę, że roboty nieobjęte przedmiarem, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, zostaną rozliczone na zasadach określonych w § 10 wzoru umowy {pkt XIV.1 wyjaśnień treści s.i.w.z. z 18 lutego 2015 r.}. Z pewnością takie nietypowe uwarunkowania mogły wprowadzić w błąd Odwołującego, który z ostrożności wolał jednak wycenić zakres robót ujawniony dokumentacji projektowej.

Na marginesie można zauważyć, że stanowisko Przystępującego w tej sprawie było

mało przekonujące, gdyż równolegle sam odwołał się od odrzucenia swojej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zarzucając Zamawiającemu zaniechanie poprawienia w kosztorysie ofertowym stwierdzonych niezgodności z treścią przedmiarów w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, szeroko argumentując od strony faktycznej i prawnej w sposób zbieżny z Odwołującym, w tym powołując się na popełnienie zbliżonych omyłek przez innych wykonawców (w tym przez Bilfinger). Sprawa ta (o sygn. akt KIO 670/15) zakończyła się szczęśliwie dla Strabag, gdyż Zamawiający konsekwentnie również w tym przypadku uznał w całości zarzuty odwołania, a jedyny wykonawca przystępujący po jego stronie – Skanska, nie zgłosił co do tego sprzeciwu. Okoliczności te były znane składowi z urzędu, gdyż obie sprawy zostały na mocy decyzji Prezesa Izby połączone do wspólnego rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 pzp. W pierwszej kolejności zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Ponadto stosowanie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Przystępującego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, a na rzecz Zamawiającego jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: