

## WYROK

z dnia 26 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MISZBUD” J. M., Przybyłów 4. 62-600 Koło** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Kościelec, ul. Turecka 7/3, 62-604 Kościelec**

### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II i III zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i wyposażenie świetlic wiejskich w miejscowościach Dobrów, Ruszków Pierwszy i Tury” oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert w częściach II i III zamówienia, a w ramach tych czynności poprawienie omyłek w ofertach złożonych w części II zadanie nr 2 przez wykonawcę RAM-BUD R. O., w części III zadanie nr 3 przez wykonawcę Usługi Ogólno - Budowlane D. P. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kościelec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MISZBUD” J. M., Przybyłów 4. 62-600 Koło** tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od zamawiającego **Gminy Kościelec** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MISZBUD” J. M., Przybyłów 4. 62-600 Koło** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero gr) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koninie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Kościelec, ul. Turecka 7/3, 62-604 Kościelec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i wyposażenie świetlic wiejskich w miejscowościach Dobrów, Ruszków Pierwszy i Tury” z podziałem na 3 części - Nr sprawy: ZP.271.8.2019 (dalej „postępowanie”).

J. M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-handlowo- usługowe „MISZBUD” J. M., Przybyłów 4, 62-600 Koło („Odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu tj. od:

a) czynności badania i oceny oferty złożonej w części II i III zamówienia przez wykonawcę RAM-BUD R. O. z siedzibą Nowy Krzymów 33, 62-513 Krzymów, (dalej „RAM-BUD”), a w konsekwencji wyboru oferty RAM-BUD jako najkorzystniejszej w części II zamówienia,

b) czynności badania i oceny oferty złożonej w części II i III zamówienia przez wykonawcę Usługi Ogólno-Budowlane D. P. z siedzibą Lisiec Mały 62, 62-571 Stare Miasto (dalej „UOB D. P.”), a w konsekwencji wyboru oferty UOB D. P. jako najkorzystniejszej w części III zamówienia,

c) zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawców RAM-BUD i UOB D. P. w części II i III zamówienia,

d) zaniechania dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II i III zamówienia spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa i wyposażenie świetlic wiejskich w miejscowościach Dobrów, Ruszków Pierwszy i Tury z podziałem na 3 części:

Część I - ZADANIE 1 - Przebudowa i wyposażenie świetlicy wiejskiej w miejscowości Dobrów,

Część II - ZADANIE 2 - Przebudowa i wyposażenie świetlicy wiejskiej w miejscowości Ruszków Pierwszy,

Część III - ZADANIE 3 - Przebudowa i wyposażenie świetlicy wiejskiej w miejscowości Tury.

2. Odwołanie jest wnoszone w odniesieniu do Części II oraz III zamówienia.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 605137-N-2019 zadnia 03.10.2019 r. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: <http://koscielec.nowoczesnagmina.pl/?a=10424>

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzuca naruszenia:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców RAM-BUD i UOB D. P. złożonych w częściach II i III, pomimo, że treść ofert nie odpowiada SIWZ;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcami RAM-BUD i UOB D. P. oraz zmianę treści ofert złożonych przez tych wykonawców, zamiast odrzucenia ofert w częściach II i III zamówienia jako nieodpowiadających treści SIWZ;
- c) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty RAM-BUD jako najkorzystniejszej w cz. II zamówienia, dokonanie wyboru oferty UOB D. P. jako najkorzystniejszej w części III zamówienia, oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w cz. II i III zamówienia.

5. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty RAM-BUD jako najkorzystniejszej w cz. II zamówienia oraz unieważnił czynność wyboru oferty UOB D. P. jako najkorzystniejszej w części III zamówienia;
- b) dokonał ponownego badania ofert złożonych przez RAM-BUD i UOB D. P. w części II i III zamówienia oraz dokonał odrzucenia ich ofert w części II i III zamówienia;
- d) dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II i III zamówienia spośród pozostałych złożonych ofert.

6. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę w części II i III zamówienia i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza także w części II i III zamówienia, bowiem po odrzuceniu ofert RAM-BUD i UOB D. P., uzyska najwyższą ilość punktów w rankingu ofert.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Zamawiający w Rozdziale I pkt 1 (Sposób przygotowania ofert) ppkt 2b wskazał, że oferta wykonawcy powinna zawierać kosztorys ofertowy. Wymaganie to zostało następnie powtórzone na stronie 11 SIWZ. Szczegółowa charakterystyka i zakres oraz ilość robót do wykonania zostały opisane w przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej załączonych do SIWZ. Stosownie do postanowień Rozdziału III pkt 2 SIWZ oraz § 6 ust. 2 Wzoru umowy cena oferty jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Wartość poszczególnej pozycji kosztorysowej liczona jest

jako iloczyn ilości j.m. w danej pozycji kosztorysowej i ceny jednostkowej podanej przez Wykonawcę dla danej pozycji kosztorysowej.

Odwołujący, po analizie kosztorysów ofertowych złożonych w ofertach RAM-BUD i UOB D. P., stwierdził, że oferty tych wykonawców nie odpowiadają treści SIWZ w następującym zakresie.

Odnosnie oferty RAM-BUD złożonej w części II zamówienia

1. Wykonawca RAM-BUD w kosztorysie ofertowym „125-23-132” dotyczącym robót sanitarnych zaoferował rozwiązania, które nie odpowiadają rozwiązaniom wymaganych w SIWZ. Mianowicie, wykonawca ten zaoferował w:

- poz. 6 „Baterię umywalkową ścienną M1306 fi15”, podczas gdy Zamawiający w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ wymagał „Baterii umywalkowej lub zmywakowej stojącej o średnicy nominalnej 15mm”;

- poz. 17 „zawór hydrantowy mosiężny M519S fi50 na ścianie”, podczas gdy Zamawiający wymagał „Zaworu hydrantowego o średnicy nominalnej 25mm montowanego na ścianie z wężem półsztywnym l-30m”. Wykonawca zaoferował zawór, którego nie da się zastosować w toku realizacji zamówienia, gdyż rurociągi zostały zaprojektowane z rur fi25 mm. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że zaoferowany przez RAM-BUD zawór nie zawiera węża do hydrantu;

- poz. 48 „Zawór mosiężny przelotowy gwintowany M3007 fi10”, podczas gdy Zamawiający wymagał „Zaworu przelotowego o średnicy nominalnej 20mm”.

2. Wykonawca RAM-BUD w kosztorysie ofertowym robót elektrycznych zaoferował rozwiązania, które nie odpowiadają wymogom SIWZ. Mianowicie zaproponował wykonanie instalacji z przewodów kablowych, które nie odpowiadają wymaganiom określonym w przedmiarze robót. W tym zakresie odwołujący wskazano następujące niezgodności:

- w przedmiarze robót w „elemencie 1” żądano wykonania „Zasilania: z YKY 5x25 z tablicą TR” podczas gdy wykonawca zaoferował „Zasilania: z YKY 4x25 z tablicą TR”. Wykonawca potwierdził i powielił swój błąd w poz. 3, w której zaoferował kable 4x25 mm, podczas gdy zamawiający wymagał przewodów 5x25 mm.

- w poz. 9 wykonawca zaoferował podłączenie przewodów o przekroju żyły do 6mm<sup>2</sup>, podczas gdy zamawiający wymagał podłączenia przewodów o przekroju żyły do 25 mm<sup>2</sup>;

- w poz. 25 wykonawca zaoferował przewody YDYżo 3x2,5 mm, podczas gdy zamawiający oczekiwał 5x2,5 mm. Zaoferowanie niezgodnych z treścią SIWZ przewodów kablowych potwierdza „Skrócone zestawienie RMS” złożone wraz z ofertą RAM-BUD, w którym brak jest następujących przewodów, których wymagał Zamawiający:- YDY 5x1,5mm - 104m, - YDY 5x2,5mm - 52m, - YKY-1kV 5x2,5mm - 52m, - YDY 3x2,5mm - 52m (Zamawiający:

208m, REM-BUD: 156m), - YDY 5x6mm - 20,8m (Zamawiający wymagał przewodu YDY, RAM-BUD zaoferował YKY).

3. Wykonawca RAM-BUD w kosztorysie ofertowym „125-00-001” dotyczącym robót budowlanych zaoferował rozwiązania, które nie odpowiadają rozwiązaniom wymagany w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej. Zaoferował w:

- poz. 14 „Posadzki z płytek terakota 15x15 cm układane na klej metodą zwykłą”, podczas gdy Zamawiający wymagał wykonania „Posadzek z płytek o wymiarach 30x30 cm, układanych metodą kombinowaną”;
- poz. 15 „Cokoliki, bez przycinania z płytek terakota 10x10 cm na klej układane metodą zwykłą”, podczas gdy wymagano „Cokolików z płytek o wysokości cokolika równej 15 cm”.
- poz. 17, 22, 24, 26 „Zbrojenie elementów budynków i budowli pręty żebrowe fi do 7mm.”, podczas gdy zgodnie z SIWZ Rozdział II (str. 24) oraz dokumentacją projektową stanowiącą załącznik do SIWZ rysunki: „Rzut fundamentów” oraz „Rzut konstrukcji przyziemia” wymagał we wskazanych pozycjach zbrojenia o przekroju do fi 12mm. Wykonanie tych elementów z prętów zbrojeniowych zaoferowanych przez RAM-BUD będzie stanowić niedopuszczalną niezgodność realizacji względem projektu dotyczącego konstrukcji budynku;
- poz. 31 „Skrzydła drzwiowe wewnętrzne 1-dzielne pełne o pow. ponad 1,6 m<sup>2</sup> konfekcjonowane z ościeżnicą”, podczas gdy wymagano „Skrzydeł drzwiowych płytowych zewnętrznych jednodzielnych pełnych o pow. ponad 1,6 m<sup>2</sup> fabrycznie wykończone wraz z ościeżnicą”.

Odnosnie oferty RAM-BUD w części III zamówienia

4. Wykonawca RAM-BUD w kosztorysie ofertowym „125-23-132” dotyczącym robót sanitarnych zaoferował rozwiązania, które nie odpowiadają rozwiązaniom wymagany w SIWZ. Mianowicie, wykonawca ten zaoferował w:

- poz. 6 „Baterię umywalkową ścienną M1306 fi5”, podczas gdy Zamawiający w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ wymagał „Baterii umywalkowej lub zmywakowej stojącej o średnicy nominalnej 15mm”;
- poz. 17 „zawór hydrantowy mosiężny M519S fi50 na ścianie”, podczas gdy Zamawiający wymagał „Zaworu hydrantowego o średnicy nominalnej 25mm montowanego na ścianie z wężem półsztywnym l-30m”. Odwołujący podnosi, że wykonawca zaoferował zawór, którego nie da się zastosować w toku realizacji zamówienia, gdyż rurociągi zostały zaprojektowane z rur fi25 mm. Zaoferowany zawór nie zawiera węża do hydrantu;
- poz. 48 „Zawór mosiężny przelotowy gwintowany M3007 fi 10” podczas gdy Zamawiający wymagał „Zaworu przelotowego o średnicy nominalnej 20mm”.

5. Wykonawca w kosztorysie ofertowym dotyczącym robót elektrycznych zaoferował rozwiązania, które nie odpowiadają rozwiązaniom wymagany w SIWZ. Wykonawca

zapropował wykonanie instalacji z przewodów kablowych, które nie odpowiadają wymaganiom określonym w przedmiarze robót. Odwołujący wskazuje na następujące niezgodności:

- w przedmiarze robót w „elementie 1.” Zamawiający żąda wykonania „Zasilania: z YKY 5x25 z tablicą TR”, wykonawca zaoferował wykonanie „Zasilania: z YKY 4x25 z tablicą TR”. Wykonawca potwierdził i powielił swój błąd w poz. 3, w której zaoferował kable 4x25mm, podczas gdy Zamawiający wymagał przewodów 5x25mm.
- w poz. 9 wykonawca podłączenie przewodów o przekroju żyły do 6mm<sup>2</sup>, podczas gdy Zamawiający wymagał podłączenia przewodów o przekroju żyły do 25mm<sup>2</sup>;
- w poz. 25 wykonawca zaoferował przewody YDYżo 3x2,5mm, podczas gdy Zamawiający oczekiwał 5x2,5mm. Zaoferowanie niezgodnych z treścią SIWZ przewodów kablowych potwierdza „Skrócone zestawienie RMS” złożone wraz z ofertą, w którym brak jest następujących przewodów, których wymagał Zamawiający:
  - YDY 5x1,5mm - 104m
  - YDY 5x2,5mm - 52m
  - YKY-IkV 5x2,5mm - 52m
  - YDY 3x2,5mm - 104 (Zamawiający: 208m, RAM-BUD: 104m)
  - YDY 3x1,5mm - 104 (Zamawiający: 312m, RAM-BUD: 208m)

Odnosnie oferty UOB D. P. złożonej w części II zamówienia

6. Wykonawca w kosztorysie ofertowym branża budowlana/sanitarna/elektryczna zaoferował rozwiązania, które nie odpowiadają rozwiązaniom wymagany w projekcie budowlanym i przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ. Jak wynika z „zestawienia materiałów”, które stanowi integralną część kosztorysu ofertowego, wykonawca zaoferował wykonanie elementów konstrukcji budynku, w tym ław fundamentowych, rdzeni, wieńców oraz nadproża żelbetowego NI z „prętów żebr. skoś. do zbr. bet. fi8-10mm” (poz. 2 s. 69 oferty). Tymczasem Zamawiający, zgodnie SIWZ Rozdział II (str. 24) oraz dokumentacją projektową „Przebudowa i zmiana kształtu dachu budynku świetlicy wiejskiej w miejscowości Tury” - rysunki: „Rzut fundamentów” oraz „Rzut konstrukcji przyziemia”, wymagał wykonania żelbetowych elementów konstrukcji budynku z prętów zbrojeniowych o przekroju do fi 12mm. Wykonanie tych elementów z prętów zbrojeniowych zaoferowanych będzie stanowić niedopuszczalną niezgodność realizacji względem projektu konstrukcji budynku.

7. Jak wynika z powołanego wyżej „zestawienia materiałów” UOB D. P. zaproponował wykonanie izolacji termicznej stropu z „płyty z wełny min. do izol. poddaszy - 200mm” (poz. 48 s. 69 oferty). Tymczasem Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział II (s. 25) oraz z dokumentacją projektową „Przebudowa i zmiana kształtu dachu budynku świetlicy

wiejskiej w miejscowości Tury" stanowiącą zał. do SIWZ - rysunek: „Przekrój pionowy A-A”, wymagał wykonania izolacji termicznej stropu z wełny mineralnej o grubości 300mm. Odwołujący wskazuje, że zaoferowane rozwiązanie stanowi pogorszenie warunków izolacji termicznej (przenikania ciepła przez przegrody) względem projektu.

8. Wykonawca w kosztorysie ofertowym (jak wynika z zestawienia materiałów) nie wycenił wentylatorów ściennych fi100, które były uwzględnione w zestawieniu materiałów do przedmiaru robót elektrycznych poz. 50.

Odnośnie oferty UOB D. P. w części III zamówienia

9. Wykonawca w kosztorysie ofertowym branża budowlana/sanitarna/elektryczna zaoferował rozwiązania, które nie odpowiadają rozwiązaniom wymagany w projekcie budowlanym i przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ. Jak wynika bowiem z „zestawienia materiałów”, które stanowi integralną część kosztorysu ofertowego, wykonawca UOB D. P. zaoferował wykonanie elementów konstrukcji budynku, w tym ław fundamentowych, rdzeni, wieńców oraz nadproża żelbetowego NI z „prętów żebr. skoś. do zbr. bet. fi8-10mm” (poz. 2 s. 69 oferty). Tymczasem Zamawiający, zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział II (str. 24) oraz dokumentacją projektową „Przebudowa i zmiana kształtu dachu budynku świetlicy wiejskiej w miejscowości Tury” stanowiącą załącznik do SIWZ - rysunki: „Rzut fundamentów” oraz „Rzut konstrukcji przyziemia”, wymagał wykonania żelbetowych elementów konstrukcji budynku z prętów zbrojeniowych o przekroju do fi 12mm. Wykonanie tych elementów z prętów zbrojeniowych zaoferowanych będzie stanowić niezgodność realizacji względem projektu dotyczącego konstrukcji budynku.

10. Dalej, jak wynika z powołanego wyżej „zestawienia materiałów” zaproponował wykonanie izolacji termicznej stropu z „płyty z wełny min.do izol.poddaszy - 200mm” (poz. 48 s. 69 oferty). Tymczasem Zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział II (s. 25) oraz z dokumentacją projektową stanowiącą załącznik do SIWZ - rysunek: „Przekrój pionowy A-A”, wymagał wykonania izolacji termicznej stropu z wełny mineralnej o grubości 300mm. Odwołujący wskazuje, że zaoferowane w ofercie rozwiązanie stanowi pogorszenie warunków izolacji termicznej budynku (przenikania ciepła przez przegrody) względem projektu.

11. Wykonawca w kosztorysie ofertowym (jak wynika z zestawienia materiałów) nie wycenił wentylatorów ściennych fi100, które były przez Zamawiającego uwzględnione w zestawieniu materiałów do przedmiaru robót elektrycznych poz. 50.

12. W świetle powyższego treść oferty wykonawcy RAM-BUD jak i treść oferty UOB D. P. jest niezgodna z treścią SIWZ. Nie jest możliwe usunięcie opisanych niezgodności pomiędzy treścią ww. ofert a treścią SIWZ w żaden sposób przewidziany ustawą Pzp. Każda próba usunięcia opisanej powyżej niezgodności musiałaby bowiem polegać na zastąpieniu zaoferowanych materiałów innymi, niewskazanymi w ofertach materiałami, spełniającymi



wymagania SIWZ. Tymczasem zarówno art. 84 ust. 1 jak i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabraniają dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert. Zakaz modyfikacji treści oferty poprzez składanie wyjaśnień został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Również w orzecznictwie KIO nie budzi wątpliwości, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a zwłaszcza nie mogą służyć usuwaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Stanowisko powyższe Izba wyraziła wielokrotnie, np. w wyroku KIO 425/12,; „zgodnie z regulacją art. 87 ust 1 ustawy PZP zamawiający w toku badania i oceny ofert jest uprawniony do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, które nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, ani nie mogą stanowić negocjacji między zamawiającym a wykonawcami.” Do analogicznych wniosków Izba doszła w wyroku KIO 1118/12, stwierdzając, że: „w doktrynie oraz orzecznictwie prezentowany jest pogląd, iż wyjaśnienia nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty danego wykonawcy. Tak jednoznacznie stanowi art. 87 ust 1 zdanie drugie ustawy PZP wskazując, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust, 1a i 2. dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Powyższa norma prawna stanowi wzorzec kontroli dla czynności, zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego w toku wyjaśniania treści oferty.” Jeszcze kategoryczniej powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO 41/13: Jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust 1 pzp zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ. treści oferty.” Stanowisko Izby w tym zakresie nie zmieniło się także w najnowszym orzecznictwie. W wyroku KIO 1156/18, Izba wskazała, że: „Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia służą sprecyzowaniu lub wytłumaczeniu informacji, które są już w ofercie zawarte. Wyjaśnienia nie mogą natomiast skutkować uzupełnieniem oferty o nowe treści, które nie były w niej pierwotnie zawarte. Co do zasady jest to niedopuszczalne, ponieważ może prowadzić to do zmiany treści oferty, co zostało przez ustawodawcę zakazane w art. 87 ust. 1 ustawy.”

Ponadto, że niedopuszczalne byłoby poprawienie opisanych powyżej niezgodności treści oferty wykonawcy RAM-BUD jak i treści oferty UOB D. P. z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli jako innej omyłki. Dokonanie poprawki na tej podstawie wymagałoby bowiem uprzedniego zwrócenia się odpowiednio do wykonawcy RAM-BUD oraz do UOB D. P. o wyjaśnienia jakie inne materiały spełniające wymagania SIWZ oferują Zamawiającemu w miejsce materiałów wskazanych w ofertach. Niedopuszczalność takich „wyjaśnień” została omówiona powyżej.

Warunkiem sine qua non dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to, iż Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. Pogląd powyższy został wyrażony przez Izbę m.in. w wyroku KIO 1975/14: „Izba stoi jednak na stanowisku że omyłki w treści oferty podlegają poprawieniu na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie dokonać tej poprawy samodzielnie oraz istnieje wyłącznie jedna możliwość poprawienia oferty. Nie można pomijać, że oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy, który kształtuje ją samodzielnie. Wyjaśnienia składane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz poprawa oferty przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp mają na celu odtworzenie prawidłowej treści oświadczenia woli wykonawcy, które zostało zniekształcone w sposób przypadkowy. Nie bez kozery ustawa w art. 87 ust 2 Pzp dopuszcza możliwość poprawienia oferty wyłącznie w zakresie omyłek. Nie jest dopuszczalne, aby zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 2 Pzp samodzielnie kształtował treść oświadczenia woli wykonawcy, jeśli obiektywnej wiedzy o treści takiego oświadczenia nie można wywieść ze złożonej oferty (por. wyrok KIO 994/14).” Do analogicznych wniosków Izba doszła również w wyroku z 5 października 2012 r., KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12, zgodnie z którym: (...) Zamawiający poprzedzając poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp wyjaśnieniami na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp wprost naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. który stanowi, że: „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Ponadto wskazać zgodnie z linią orzecniczą KIO, na co wskazywali Odwołujący i Przystępujący po jego stronie wykonawcy, czynność poprawienia innych omyłek na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp winna być dokonana przez Zamawiającego w sposób samodzielny w oparciu o samą treść oferty oraz treść SIWZ - stanowiącą dla oferty punkt odniesienia, tj. wzorzec określony w art. 82 ust 3 ustawy Pzp. Podobnie w wyroku KIO 1946/11, Izba przyjęła, że: „(...) możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełnienia przez wykonawcę”. Innymi orzeczeniami wskazującymi na niedopuszczalność poprawiania innej omyłki w oparciu o uzyskane od wykonawcy wyjaśnienia są wyrok KIO 429/12, KIO 1323/12, KIO 55/12 oraz KIO 758/12, KIO 774/12.

Kwestia powyższa nie budzi również wątpliwości Sądów Okręgowych. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 21 stycznia 2010 r., V Ca 1051/10 (Zamówienia Publiczne w orzecznictwie - Zeszyty Orzecznicze, Zeszyt nr 8, s. 66), podkreślono, iż: „z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 zd. 2 wynika, iż zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu. W sprawie niniejszej poprawienie błędnych pozycji w kosztorysie oferty zmuszałoby Zamawiającego do prowadzenia swoistych negocjacji przed dokonaniem poprawek, w celu ustalenia jakie pozycje zamiast błędnie wstawionych należałoby wpisać, co odbiera niniejszym pomyłkom przymiot oczywistości i uniemożliwiając samodzielne wprowadzenie poprawek przez zamawiającego sprzeciwia się treści art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. zatem nie mogło zostać dokonane.”

Podsumowując oświadczenia złożone przez wykonawców RAM-BUD i UOB D. P. w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego i zestawieniu materiałów odnośnie sposobu wykonania robót budowlanych były jednoznaczne, tj. materiały przewidziane przez tych wykonawców do wykonania robót nie są zgodne z wymaganymi. Dlatego poprawienie którejkolwiek z tych ofert skutkowałoby zmianą pierwotnie złożonego oświadczenia woli zawartego już w ofercie, po upływie terminu składania ofert, i wytworzeniem nowej treści oferty, co w świetle art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

II Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcami oraz zmianę treści ofert złożonych przez tych wykonawców, zamiast odrzucenia ofert RAM-BUD i UOB D. P. w częściach II i III zamówienia jako nieodpowiadających treści SIWZ.

13. W toku postępowania, tj. w dniu 31.10.2019 r., Odwołujący wniósł do Zamawiającego dwa pisma wskazujące na uchybienia i niezgodności znajdujące się w ofertach RAM-BUD i UOB D. P., złożonych w częściach II i III za mówienia, skutkujące koniecznością odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

14. Jak wynika z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji postępowania, Zamawiający wystąpił do wykonawców z wezwaniem do ustosunkowania się do wskazanych w pismach „nieścisłości w kosztorysach ofertowych wykonawców i dokumentacji technicznej”.

15. Wykonawca UOB D. P. pismem z 05.11.2019 r., a wykonawca RAM-BUD pismem z 7.11.2019 r., ustosunkowali się do wskazanych w ofertach uchybień i niezgodności, twierdząc, że niezgodności w ofertach stanowią oczywistą omyłkę pisarską.

16. Odwołujący podnosi, po pierwsze, że wykonawcy nie kwestionują faktu, że w ich ofertach mają miejsce niezgodności pomiędzy zaoferowanymi rozwiązaniami a wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Niezgodności tych w ocenie Odwołującego nie można potraktować jako oczywistej omyłki pisarskiej. W wyroku KIO 832/19 wskazano, że „Jak wynika z poglądów orzecznictwa dotyczących oczywistej omyłki pisarskiej/błędu pisarskiego - błąd pisarski to widoczne wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów. Oczywistość błędu wynikać powinna bądź z natury samego błędu, bądź z porównania rozstrzygnięcia z uzasadnieniem, z treścią wniosku lub też innymi okolicznościami. Inne oczywiste omyłki to takie, które ze swojej istoty stają na równi z błędami pisarskimi, czyli polegają na wyrażeniu czegoś, co widocznie jest niezgodne z myślą, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słowa (np. wyrok WSA w Warszawie z 29 czerwca 2007r., sygn. VI SA/Wa 433/07; wyrok WSA w Warszawie z 1 kwietnia 2009 r., sygn. V SA/Wa 113/09; wyrok SO w Gdańsku z 21 maja 2008 r., sygn. XII Ga 151/08).

Powyższe stwierdzenia wskazują, że instytucja omyłki pisarskiej (błędu pisarskiego), w szczególności z przymiotem „oczywistej” jest materią bardzo delikatną, tzn. ze swojej istoty wymagającą wyłączności jej klasyfikacji jako owej oczywistej omyłki. Istotą bowiem tej omyłki jest widocznie mylne działanie piszącego, niezgodne z jego prawdziwym zamiarem i w sposób oczywisty narzucające się prawidłowe brzmienie błędnej informacji.

Zauważenia wymaga, że gdyby faktycznie w ofertach RAM-BUD oraz UOB D. P. miały miejsce oczywiste omyłki pisarskie, Zamawiający od razu wychwyciłby je i dokonałby czynności poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Żadne z tych działań nie miało jednak miejsca w niniejszym postępowaniu, a Zamawiający nie podjął żadnych czynności nawet po złożeniu wyjaśnień przez wykonawców.

Abstrahując od niewłaściwej podstawy prawnej wezwań Zamawiającego z 4.11.2019 r. (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), złożone przez wykonawców wyjaśnienia stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert. Każdy z wykonawców w wyjaśnieniu zastępuje zaoferowany uprzednio przedmiot zamówienia innym rozwiązaniem, oczywiście spełniającym już wymagania Zamawiającego. Świadczą o tym sformułowania używane przez wykonawców w ich wyjaśnieniach, tj. „w ofercie jest...” oraz „w ofercie powinno być..”.

Ogólne oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym o wykonaniu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ nie może sanować merytorycznej niezgodności treści ofert z treścią SIWZ, w szczególności mając na uwadze kosztorysowy charakter wynagrodzenia obowiązujący w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy zaoferowali rozwiązania nie odpowiadające wymaganiom określonym przez Zamawiającego, a niezgodności występujące w ich ofertach nie zostały i nie mogą zostać w jakikolwiek sposób konwalidowane.

Analiza procesu wyjaśniania prowadzi do wniosku, że po upływie terminu składania ofert doszło do nieuprawnionej zmiany treści ofert RAM-BUD oraz UOB D. P., a akceptacja przez Zamawiającego tak złożonych przez wykonawców wyjaśnień, brak jakiegokolwiek działania określonego w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji wybór tych ofert jako najkorzystniejszych odpowiednio w części II i III zamówienia, świadczą o prowadzeniu pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami RAM-BUD oraz UOB D. P. niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty.

III 17. Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 stanowi konsekwencję wcześniejszych zarzutów. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak zostało wykazane, Zamawiający powinien odrzucić oferty z postępowania, w konsekwencji Zamawiający powinien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą także w części II i III zamówienia.

Zamawiający - Gmina Kościelec – w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Przedstawił następującą argumentację.

W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Przebudowa i wyposażenie świetlic wiejskich w miejscowościach Dobrów, Ruszków Pierwszy i Tury” z podziałem na 3 części, na etapie dokonanych czynności badania, oceny i wyboru ofert nie doszło do naruszenia przepisów Ustawy pzp, w szczególności przepisu art. 7 ust 1 i 3 oraz przepisu art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 ust 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3.

W trakcie postępowania Zamawiający nie naruszył także przepisów ustawy pzp w zakresie zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej w części II i III zamówienia przez Wykonawcę: RAM-BUD R. O. oraz zaniechania dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II i III zamówienia, oraz czynności odrzucenia oferty w części II i III zamówienia przez Wykonawcę: Usługi Ogólno-Budowlane D. P.

Działając na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy pzp Zamawiający dokonał wstępnej oceny ofert, w wyniku której za najkorzystniejsze uznano niżej wymienione oferty:

Część I - ZADANIE NR 1 Przebudowa i wyposażenie świetlicy wiejskiej w miejscowości Dobrów - P.P.H.U. „MISZBUD” J. M., z ceną ofertową za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości: 657 928,77 zł oraz okresem gwarancji 72 miesiące;

Część II - ZADANIE NR 2 - Przebudowa i wyposażenie świetlicy wiejskiej w miejscowości Ruszków Pierwszy - RAM-BUD R. O., z ceną ofertową w wysokości: 894 667,29 zł brutto oraz okresem gwarancji wynoszącym 72 miesiące;

Część III - ZADANIE NR 3 - Przebudowa i wyposażenie świetlicy wiejskiej w miejscowości Tury - Usługi Ogólno-Budowlane D. P., z ceną ofertową w wysokości: 692 982,04 zł brutto oraz Okresem gwarancji wynoszącym 72 miesiące.

Działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy pzp zamawiający wezwał następnie ww. oferentów do złożenia dokumentów wskazanych w SIWZ. Przedłożone w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy dokumenty i oświadczenia potwierdziły okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. ustawy pzp.

W toku czynności badania oceny ofert, Wykonawca P.P.H.U. „MISZBUD” J. M. w piśmie z dnia 30.10.2019 zwrócił się do Zamawiającego o odrzucenie ofert firm RAM-BUD R. O. oraz Usługi Ogólno-Budowlane D. P., na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3 jako niezgodnych z treścią SIWIZ .

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 04.11.2019 roku wezwał Wykonawców, tj.: firmę RAM-BUD R. O. oraz firmę Usługi Ogólno-Budowlane D. P. do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazanych nieścisłości w kosztorysach ofertowych Wykonawców i dokumentacji technicznej.

W pismach z dnia 07.11.2019 roku RAM-BUD R. O. oraz z 05.11.2019 Usługi Ogólno-Budowlane D. P., przedłożyli wyjaśnienia do wskazanych przez Zamawiającego nieścisłości w kosztorysach ofertowych oraz dokumentacji technicznej.

W treści wyjaśnień wskazano, że powstałe nieścisłości są wynikiem omyłek pisarskich i nie mają wpływu na ostateczną wartość złożonej oferty.

W wyniku przeprowadzenia analizy przedłożonych wyjaśnień, Zamawiający uznał, że pomimo nieścisłości zapisów w kosztorysach ofertowych z dokumentacją techniczną, nie doszło do zmiany treści złożonych ofert, a ponadto nieścisłości te nie będą miały wpływu na realizację przedmiotowego zamówienia. Zamawiający zakwalifikował powyższe nieścisłości jako wynik omyłek pisarskich, które nie zmieniły treści ofert oraz ich wartości. Istotne także jest, że każda z wartość wskazana w danych pozycjach wartościowo pozostaje bez zmian.

Zamawiający wyjaśnia, że kwalifikując powstałe rozbieżności jako omyłki pisarskie miał na względzie również fakt, że w przedmiarach robót Zamawiającego widnieje ok. 200 pozycji dla każdego z poszczególnych zadań, co może skutkować zaistnieniem omyłek w kosztorysach ofertowych.

Istotne także jest, że w powyższych wyjaśnieniach oferenci oświadczyli jednoznacznie, że wszystkie materiały zostaną użyte zgodnie z projektem budowlanym, SIWZ oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych.

Niezgodności mają zdaniem Zamawiającego charakter niezgodności nieistotnych oraz omyłek których skorygowanie nie doprowadziło do zmiany treści ofert. Przedmiotowe rozbieżności w ofertach nie wpłynęły w sposób oczywisty na możliwości porównania tych

ofert z ofertą odwołującego złożona w postpowaniu, co oznacza że nie zaistniały przesłanki do ich odrzucenia. Powyższy pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 23.02.2007 (sygnatura akt XGa 23/07)

Mając na uwadze powyższe uznaje za bezzasadny zarzut odwołującego dotyczący naruszenia w toku prowadzonego postępowania art. 7 ust 1 i 3, gdyż zarówno na etapie przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania zapewniono zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający nie naruszył również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż okoliczności faktyczne wskazane powyżej nie uzasadniały odrzucenia ofert, co oznacza że zarzut zaniechania dokonania tej czynności jest bezzasadny.

Zamawiający realizując obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp, w związku z rozbieżnościami wezwał oferentów do udzielenia wyjaśnień do złożonych ofert.

W przedmiotowym postępowaniu nie doszło również do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający zażądał od Wykonawców wyłącznie udzielenia wyjaśnień, a nie podjął i nie prowadził żadnych czynności negocjacyjnych z Wykonawcami.

Tym samym Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert na podstawie kryteriów oceny określonych w SIWZ, stosownie do treści art. 91 ust. 1 ustawy pzp .

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wniósł o oddalenie w całości wniesionego odwołania.

Jak wynika z treści złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień, w wyniku uwzględnienia zastrzeżeń odwołującego, wykonawcy potwierdzili niezgodności w kosztorysach ofertowych oraz dokumentacji technicznej w pozycja przedstawionych w odwołaniu.

Wykonawca D. P. stwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta jest zgodna z siwz, projektem budowlanym oraz specyfikacją techniczną, ponieważ wszystkie pozycje w kosztorysie są zgodne z przedmiarem robót będącym załącznikiem do siwz. Zestawienie materiałów nie było dołączone przez zamawiającego do przedmiaru robót w branży budowlanej. Dołączenie do oferty zestawienia materiałów nie było obowiązkowe, zatem zapisy w zestawieniu materiałów uznał za oczywistą omyłkę pisarską. Potwierdził te, że zaoferowana przez niego cena nie ulega zmianie, a zadania zostaną wykonane zgodnie z dokumentacją.

Wykonawca RAM BUD R. O. w odpowiedzi na pismo zamawiającego przedstawił wyjaśnienia do nieścisłości w kosztorysach ofertowych. Stwierdził, że oferta w całości spełnia warunki siwz i jest wyceniona zgodnie z otrzymanym przedmiarem oraz dokumentacją

projektową. Wskazane nieścisłości zapisów kilku pozycji wymienionych w piśmie nie były zamierzoną intencją oraz oczywistą omyłką pisarską, a ich poprawienie nie powoduje zmiany treści oferty i nie wpływa na ostateczną wartość złożonej oferty, która pozostaje bez zmian.

Wskazał na zgodność wymienionych pozycji kosztorysu ofertowego zarówno co do ilości przedmiarowych i kosztorysowych uznając że wystąpiła tylko oczywista omyłka pisarska nie mająca celowego działania wykonawcy, nie powodująca w żadnym stopniu zmiany treści złożonej oferty.

Wskazał na zapisy siwz, zgodnie z którymi oczekuje się, aby wykonawca wykonał: „Roboty będące przedmiotem zamówienia należy wykonać zgodnie z załączoną dokumentacją będącą szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, na którą składają się” Szczegółowe Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, Opis techniczny, Informacja o bezpieczeństwie i ochronie zdrowia, Rysunki, przekroje, plany.”

Załączony przedmiar robót spełnia funkcję pomocniczą do przygotowania wyceny, natomiast rzeczywista wycena oferenta winna zostać sporządzona na podstawie załączonej dokumentacji projektowej i Specyfikacji technicznych robót”.

Strony postępowania odwoławczego przedstawiły w trakcie rozprawy stanowiska.

Odwołujący zauważył, że w kwestionowanych ofertach niesporne są odstępstwa od przedmiarów i dokumentacji projektowej.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zamawiający zakwalifikował znane nieścisłości jako omyłki pisarskie, natomiast tak sformułowany wniosek nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania - w szczególności brak jest dokonania czynności poprawienia omyłek uznanych za pisarskie. Przypomniał, że w ofertach konkurentów zostały zamienione określone materiały lub rozwiązania na inne, nieprzewidziane w dokumentacji, co oznacza w konsekwencji niedopuszczalną zmianę treści oferty w wyniku niedozwolonych negocjacji tych treści. Stwierdził, iż w dokumentacji postępowania zamieszczone są przedmiary, w tym plik pod nazwą „kosztorys bez wyceny”, który należało wypełnić, natomiast dwaj wykonawcy dokonali niedopuszczalnych zmian w stosunku do wymogów, a w efekcie powstały niezgodności wskazane w treści uzasadnienia odwołania.

Podkreślił w szczególności:

- fakt niezgodności w ofertach,
- dokonania przez wykonawców zmian w ofertach,
- brak jakiegokolwiek czynności zamawiającego po stwierdzeniu zaistnienia omawianych niezgodności.



Są to okoliczności niesporne.

Przypomniał, iż cena w postępowaniu jest określona jako kosztorysowa.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi. Stwierdził, że niesporny jest fakt nieścisłości treści dwóch ofert w stosunku do specyfikacji. Przypomniał, że w tym postępowaniu stosuje procedurę odwróconą według art. 24aa PZP. W związku z tym po ocenie ofert w dwóch zadaniach jako najkorzystniejszych zwrócił się na kolejnym etapie postępowania do wykonawców o wyjaśnienie treści ofert na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, oczekując informacji dotyczących stwierdzonych niezgodności, na które uprzednio wskazał odwołujący. Zamawiający oceniając dokonane przez wykonawców poprawki odnosił ich wagę do wartości całej oferty. Omyłki w stosunku do dokumentacji technicznej i złożone wyjaśnienia potwierdziły nieistotność omyłek, a poprawki nie spowodowały zmiany treści oferty i nie stwarzały ryzyka co do niewłaściwego wykonania zamówienia. W tym zakresie zamawiający wziął także pod uwagę jednoznaczne deklaracje wykonawców co do wykonania zamówienia w całości zgodnie z wymogami.

Stwierdził, że nie były prowadzone negocjacje z wykonawcami, którzy udzielali wyjaśnień. Przypomniał, że w wyniku dokonanych poprawek nie nastąpiła zmiana wartości zarówno w konkretnych pozycjach, jak i dla całości oferty wybranej w konkretnej części. W konsekwencji uznał dokonany wybór za zasadny przy braku podstaw do odrzucenia ofert.

Zauważa, że popełnione przez wykonawców uchybienia nie były świadome ani celowe, a dokonane w drodze wyjaśnień poprawki nie spowodowały istotnej zmiany treści złożonych ofert.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w tym rozumianą jako interes w uzyskaniu zamówienia na zadania – części zamówienia, w których zamawiający uznał za najkorzystniejsze oferty konkurencyjne.

W rozpoznawanej sprawie okoliczności faktyczne są niesporne. Należą do nich treść wymagań zamawiającego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, wymagana treść ofert wykonawców jako mająca zawierać kosztorys ofertowy oparty na opracowanym przez zamawiającego przedmiarze robót, kosztorysowy charakter ceny ofertowej (vide Rozdział III pkt 2, jakkolwiek w pkt I.1.10 siwz wskazano, że wykonawca określi cenę ryczałtową za wykonanie całości przedmiotu zamówienia), a przede wszystkim fakt niezgodności treści ofert dwóch wykonawców z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treści stanowiące o niezgodności z wymogami zostały szczegółowo przedstawione w pismach kolejno kierowanych przez odwołującego do zamawiającego, przez zamawiającego do wykonawców z prośbą o wyjaśnienie, a następnie w wyjaśnieniach wykonawców przedstawionych zamawiającemu oraz w uzasadnieniu odwołania złożonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wymienionych w dokumentacji postępowania.

Niesporne jest także, iż wykonawcy w ramach złożonych wyjaśnień potwierdzili niezgodności w swoich ofertach z wymogami opisu przedmiotu zamówienia i wskazując te niezgodności przedstawili prawidłową treść oferty. Powyższe zostało dokonane przez obydwu wykonawców w formule: „jest: ...”, „winno być: ...”.

Z powyższej formuły i treści wyjaśnień zamawiający oraz odwołujący wywodzą, iż wykonawcy dokonali zmiany treści złożonych ofert. Zapewne taka też była intencja wykonawców, by ich wyjaśnienia za taką zmianę uznać.

Skład orzekający poglądu takiego nie podziela jako nie opartego na przepisach prawa. Zmiana treści oferty przez wykonawcę, zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy pzp może nastąpić jedynie przed upływem terminu do składania ofert. Powyższe potwierdzają także stosowne zapisy siwz o możliwościach dokonywania poprawek jedynie bezpośrednio w treści oferty w drodze przekreśleń i parafowanych poprawek (pkt I.1.7 siwz), a zatem w okresie dysponowania ofertą przez wykonawcę, czyli przed jej złożeniem zamawiającemu. Z upływem wskazanego terminu wykonawca nie ma możliwości i prawa dokonywać zmian w swojej ofercie rozumianej jako oświadczenie woli złożone w formie wymaganej postanowieniami siwz.

Przedstawione stanowisko potwierdza również fakt, że wraz ze złożeniem oferty, a w istocie, w treści oferty wykonawca składa oświadczenie o związaniu treścią oferty, co w sprawie rozpatrywanej było ujęte w treści podpisanego formularza ofertowego ze wskazaniem związania ofertą „do terminu określonego w siwz.”

Kolejną okolicznością wymagającą podkreślenia w sprawie rozpatrywanej jest fakt, iż po stwierdzeniu zaistnienia niezgodności w dwóch ofertach i potwierdzeniu niezgodności przez wykonawców, zamawiający nie dokonał w stosunku do tych wykonawców i przedmiotowych ofert żadnych czynności wynikających z przepisów ustawy pzp. Z okoliczności sprawy zdaje

się wynikać, że zamawiający uznał wyjaśnienia za prawidłowe i skuteczne w odniesieniu do treści ofert i dokonał ich wyboru uznając, że dokonuje wyboru ofert zawierających treści zmienione w wyniku otrzymanych wyjaśnień.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w przedstawionym stanie sprawy, zamawiający pomimo wiedzy o niezgodnościach treści dwóch spornych ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dokonał poprawnej oceny tych niezgodności ofert pod kątem ich uznania za zawierające nieścisłości, rozbieżności, omyłki lub błędy. Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie, w wyniku analizy wyjaśnień zamawiający uznał, że pomimo nieścisłości zapisów w kosztorysach ofertowych z dokumentacją techniczną, nie doszło do zmiany treści złożonych ofert, a ponadto nieścisłości te nie będą miały wpływu na realizację przedmiotowego zamówienia. „Zamawiający zakwalifikował powyższe nieścisłości jako wynik omyłek pisarskich, które nie zmieniły treści ofert oraz ich wartości. Istotne także jest to, że każda wartość wskazana w danych pozycjach wartościowo pozostaje bez zmian. Zamawiający wyjaśnia, że kwalifikując powstałe rozbieżności jako omyłki pisarskie miał na względzie również fakt, że w przedmiarach robót zamawiającego widnieje ok. 200 pozycji dla każdego z poszczególnych zadań, co może skutkować zaistnieniem omyłek w kosztorysach ofertowych” (str. 3 i 4 odpowiedzi na odwołanie).

W konsekwencji takiej oceny zamawiający nie podjął jednak żadnych czynności w postępowaniu w celu doprowadzenia treści ofert do zgodności z treścią siwz. Należy bowiem przypomnieć, że treść oferty dla jej skuteczności musi być zgodna z treścią siwz, a ewentualne poprawki treści dopuszczalne są w trybie art. 87 ust. 2 ustawy pzp, zatem zmian w treści oferty może dokonywać wyłącznie zamawiający na warunkach wskazanego przepisu. Jeśli zatem w ocenie zamawiającego wykonawcy popełnili omyłki pisarskie, powinien był poprawić takie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

Skład orzekający nie podziela jednak takiej kwalifikacji prawnej potwierdzonych omyłek. Nie można uznać za oczywiste omyłki pisarskie niezgodności, które nie są dostrzegalne bezpośrednio w trakcie analizy treści oferty, tu kosztorysu ofertowego. Przedstawione różnice niektórych parametrów w wymienianych pozycjach kosztorysowych nie są omyłkami pisarskimi, lecz dotyczącymi elementu oferowanego opisanego w określonej pozycji przedmiaru inwestorskiego, a w konsekwencji wypełnienia przez wykonawcę, kosztorysu ofertowego.

W ocenie Izby rodzaj omyłek, ich charakter i stosunkowo niewielka liczba w relacji do wielkości całego zamówienia na roboty budowlane, uzasadnia zakwalifikowanie omyłek jako podlegających poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Niespornie przyznane przez wszystkich uczestników omyłki polegają na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ich poprawienie nie spowoduje istotnych

zmian w treści oferty. Czynność poprawienia treści oferty w omawianym trybie bez wątplenia jest zadaniem zamawiającego, który już na obecnym etapie potwierdza swoją pewność co do sposobu i zakresu dokonania poprawienia omyłek tak, by poprawiona treść ofert była zgodna z zapisami specyfikacji, a w następstwie ewentualnego wyboru poprawionej oferty jako najkorzystniejszej, zawarta w konsekwencji treść umowy była zgodna z treścią oferty.

Powyższe ustalenia wskazują, że zarzuty odwołania dotyczące dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w części II oraz III nastąpiło z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy pzp. Również z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy pzp dokonywane były przez zamawiającego czynności ustalania oczekiwanej treści ofert, co do których niezgodność z treścią siwz była znana, jak również oczekiwanie złożenia dodatkowych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp w celu uzyskania potwierdzenia spełniania warunków udziału przez wykonawców.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp polegającego na zaniechaniu odrzuceniu ofert złożonych przez wskazanych wykonawców w częściach II i III wobec uznania, że w sprawie zaistniały przesłanki poprawienia omyłek w treści ofert umożliwiające doprowadzenie do zgodności ich treści z treścią siwz.

Wskazane okoliczności uzasadniają konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czynności wskazanym w sentencji niniejszego wyroku.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz 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 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....