

**WYROK**

**z dnia 5 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2013 r.

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska „EKOMEL” sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie aglomeracji Pruszcz we wsi Pruszcz, Zadania 8, 9, 10, 12 i 13* (nr postępowania ZP.271.2.2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Pruszcz z siedzibą w Pruszczu**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „MEL-KAN” sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska „EKOMEL” sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zawiadomienia tego wykonawcy o poprawieniu stwierdzonych w kosztorysie ofertowym omyłek polegających na niezgodności z przedmiarem robót, niepowodujących istotnych zmian treści oferty:**
  - przez wpisanie w opisie pozycji 1.2.1.2.1. pkt 7. (kosztorys ofertowy dla zadania 8. i 9. dotyczący kosztów kwalifikowanych) sformułowania *Podbudowa mineralno-bitumiczna – w miejsce sformułowania Podbudowy z kruszyw łamanych,*
  - przez wpisanie w pozycji 1.2.1.3.2.3. pkt 1. (kosztorys ofertowy dla zadania 8. i 9.

dotyczący kosztów kwalifikowanych) obmiaru 1189 m – w miejsce obmiaru 275 m, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dla wartości tej pozycji i wartości oferty,

– przez dopisanie w opisie pozycji: 1.2.1.3.2.3. pkt 6., 3.2.1.2.2.2. pkt 6., 4.2.1.2.2. pkt 7., 3.2.1.2.2.2. pkt. 6. (kosztorys ofertowy dla zadania 8. i 9. dotyczący kosztów kwalifikowanych) sformułowania *kinetą PE i pokrywą żeliwną*,

– przez dopisanie w kosztorysie ofertowym dla zadania 12. pozycji 4.2.5. z przedmiaru robót *Wykonanie różnych budowli i elementów betonowych drobnowymiarowych o objętości do 1,5 m<sup>3</sup> – 3,76 m<sup>3</sup>*, z ceną jednostkową i wartością wynoszącą 0 zł

– przez dopisanie w kosztorysie ofertowym dla zadania 13. pozycji z przedmiaru poz. 3.2.5. *Rury ochronne (osłonowe) z PCW o średnicy nominalnej 110 mm – 9 m*, według ceny jednostkowej z poz. 2.2.2.2.3.2. pkt 8. kosztorysu ofertowego, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dla wartości dopisanej pozycji i wartości oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego: Gminę Pruszcz z siedzibą w Pruszczu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska „EKOMEL” sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego: Gminy Pruszcz z siedzibą w Pruszczu** na rzecz **odwołującego: Przedsiębiorstwa Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska „EKOMEL” sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach** kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pruszcz z siedzibą w Pruszczu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie aglomeracji Pruszcz we wsi Pruszcz, Zadania 8, 9, 10, 12 i 13* (nr postępowania ZP.271.2.2013)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 lutego 2013 r. pod nr 25419-2013, w tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp

18 marca 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: Przedsiębiorstwu Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska „EKOMEL” sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach – zawiadomienie o odrzuceniu jego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

22 marca 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec tych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił zaniechanie czynności poprawienia innych omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia prowadzonego postępowania.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem przyjętego przez Zamawiającego w SIWZ i umowie założenia, że oferta zawiera cenę określoną za cały przedmiot zamówienia (wynagrodzenie ryczałtowe) oraz poprawienia innych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.
4. Ponowne dokonanie oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.
5. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (oferta z najniższą ceną) zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zacytował treść otrzymanego od Zamawiającego uzasadnienia decyzji

o odrzuceniu oferty:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2) PZP zamawiający odrzuca Państwa ofertą ponieważ jej treść jest nieodpowiednia względem zapisów siwz.

W treści złożonej ofert wprowadzono niżej wymienione zmiany w stosunku do przedmiarów – SIWZ w zakresie przyjętych rozwiązań technologicznych i materiałowych bez zgody Zamawiającego co powoduje odrzucenie oferty.

1. W kosztorysie ofertowym dla zadania 8 i 9 (koszty kwalifikowane) w poz. 1.2.1. 2.1. pkt. 7 wpisano: „Podbudowy z **kruszyw łamanych**, warstwa górna, grubość warstwy po zagęszczeniu 8cm-odtworzenie” a powinno być zgodnie z przedmiarem tj.: „Górna warstwa **mineralno- bitumiczna**, grubość warstwy 8cm-odtworzenie”.
2. W kosztorysie ofertowym dla zadania 8 i 9 (koszty kwalifikowane) w poz. 1.2.1.3 2.3- pkt. 1 wpisano: „Kanały z rur PVC o średnicy zewnętrznej 200mm łączone na wcisk- **obmiar 275m**” a powinno być zgodnie z przedmiarem tj.: „Kanały z rur kanalizacyjnych PVC o średnicy zewnętrznej 200mm łączonych na wcisk- **obmiar 1189m**”
3. W kosztorysie ofertowym dla zadania 8 i 9 (koszty kwalifikowane) w poz. 1.2.1.3 2.3- pkt. 6; 3.2.1.2.2- pkt. 6; 4.2.1.2.2.- pkt. 7, 3.2.1.2.2.2- pkt. 6 wpisano: „Studzienki kanalizacyjne systemowe o średnicy 315-425mm z zamknięciem rurą teleskopową” a powinno być zgodnie z przedmiarem tj.: „Studzienki kanalizacyjne systemowe o średnicy 315-425mm z zamknięciem rurą teleskopową, **kinetą PE i pokrywą żeliwną**”.
4. W waszym kosztorysie ofertowym dla zadania 12 nie ujęto pozycji z przedmiaru robót: poz. 4.2.5 Wykonanie różnych budowli i elementów betonowych drobnowymiarowych o objętości do 1,5m<sup>3</sup>
5. W waszym kosztorysie ofertowym dla zadania 13 nie ujęto pozycji z przedmiaru robót: poz. 3.2.5 Rury ochronne (osłonowe) z PCW o średnicy nominalnej 110mm -9m

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty nastąpiło niejako automatycznie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) pzp, bez próby wyjaśnienia jej treści, z powodu – jak twierdzi Zamawiający – wprowadzenia zmian w stosunku do przedmiarów – SIWZ w zakresie przyjętych rozwiązań technologicznych i materiałowych bez zgody Zamawiającego. Odwołujący podał, że Zamawiający wprowadził w SIWZ pkt 21.2 a) następujące postanowienie: ...Wprowadzenie przez Wykonawcę w złożonej ofercie jakichkolwiek zmian w zakresie przyjętych rozwiązań technologicznych i materiałowych bez zgody Zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty. Według Odwołującego na tej, niezgodnej z ustawą pzp przesłance Zamawiający oparł się przy odrzuceniu wszystkich ofert, pomimo że w ofercie Odwołującego nie zmieniono ani rozwiązań technologicznych, ani materiałów w stosunku do projektu budowlanego, *choć* było to ustawowo dopuszczalne przy

spełnianiu „równoważności”. Odwołujący podał również, że Zamawiający wprowadził do SIWZ w pkt 21.2 e) następujące postanowienie: *...Dopuszcza się możliwość zastosowania materiałów i urządzeń „równoważnych” odpowiadających parametrom techniczno-użytkowym na poziomie nie niższym, które zostały wskazane z imienia w projekcie budowlanym.* Zdaniem Odwołującego tym bardziej bezzasadne wydaje się automatyczne odrzucenie wszystkich ofert, w tym oferty Odwołującego, bez próby wyjaśnienia ich treści.

W opinii Odwołującego istotne jest, że Zamawiający ustalił formę ryczałtu jako wynagrodzenie za wykonanie umowy (pkt 21.2 SIWZ i § 10 ust. 1 projektu umowy), a jest to wynagrodzenie za całość dzieła, *w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej.* Istotą ceny ryczałtowej jest jej stałość, a rzeczywisty rozmiar prac wykonanych w następstwie udzielenia zamówienia publicznego nie ma wpływu na określoną w umowie wysokość ceny. Przepisy ustawy pzp nie definiują pojęcia ryczałtu, jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na jego zdefiniowanie, przykładowo wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998 r. (sygn. akt II CKN 913/97). Wynagrodzenie ryczałtowe określa się z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytworzenia dzieła, co potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 października 2012 r. (sygn. akt 1516/12): *Zgodnie z kodeksem cywilnym wynagrodzenie ryczałtowe dotyczy całości przedmiotu umowy, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów. Poza zakresem badania zamawiającego powinny zatem pozostać dane wyjściowe przyjęte przez Odwołującego się przy obliczaniu przez niego ceny oferty. Zamawiający powinien przyjąć, iż zaoferowana cena jest ceną prawidłową bez względu na sposób jej obliczenia.* Odwołujący ocenił, że ze względu na powyższe zarówno przedmiar, jak i sporządzony na jego podstawie kosztorys pełnią funkcje pomocnicze. Według Odwołującego zauważone zmiany i omyłki w kosztorysie nie powinny być podstawą do odrzucenia jego oferty, co potwierdza utrwalony pogląd doktryny i orzecznictwa, także cytowany powyżej wyrok Izby: *...Izba stoi zatem na stanowisku, iż zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią kosztorysu a treścią przedmiaru nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wykonawca i tak będzie miał obowiązek wykonać zamówienie zgodnie z dokumentacją projektową.*

Odwołujący stwierdził, że zdając sobie sprawę, że ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia oferentów z obowiązku składania ofert, których treść będzie odpowiadała wymaganiom Zamawiającego, *chciałby się odnieść do hipotetycznej sytuacji przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego przez Zamawiającego (co obecnie nie ma miejsca).* Wówczas zauważone omyłki w kosztorysie byłyby niezgodnością z treścią SIWZ w oparciu o przywołany art. 89 ust.1 pkt. 2 pzp, ale zdaniem Odwołującego nie skutkowałyby

odrzuceniem jego oferty ze względu na funkcjonalne powiązanie tego przepisu z art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp (*Zamawiający poprawia w ofercie: ...3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty...*). W ocenie Odwołującego możliwe jest poprawienie wymienionych pozycji kosztorysowych, gdyż nie chodzi tu o zmianę oświadczenia woli Odwołującego, lecz korektę błędnego przejawu owej woli.

Odwołujący w następujący sposób odniósł to do wyszczególnionych przez Zamawiającego zmian:

Ad 1.

Wyżej wymieniona pozycja pokazana została przez Zamawiającego w przedmiarze jako KNNR 6 0113 04, który w nakładach materiałów wyszczególnia tłuczeń kamienny niesortowany i miał kamienny. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zmieniając opis pozycji wprowadził go w błąd, gdyż jeżeli chciał wyceny warstwy mineralno-bitumicznej, to powinien wskazać odpowiednią pozycję KNR lub KNNR czy też kalkulację indywidualną lub w ostateczności dopisać słowo *analogia* (choć Odwołujący nie jest do końca przekonany, czy warstwa bitumiczna jest analogiczna do tłuczni kamiennego; nie byłby to zabieg prawidłowy, ale przynajmniej zwróciłby uwagę kosztorysantów na zmianę w pozycji kosztorysowej). Odwołujący stwierdził, że Zamawiający może winić tylko siebie i nie powinien zarzucać Odwołującemu zmianę rozwiązań technologicznych i materiałowych.

Ad 2.

Odwołujący przyznał, że w tej pozycji faktycznie nastąpiła niezamierzona omyłka, którą jednak Zamawiający mógł poprawić przez wstawienie właściwego obmiaru z przedmiaru robót tzn.1189 m. Odwołujący wyliczył, że spowoduje to wzrost wartości jego oferty o 31.955,33 zł brutto, czyli o 1,86%, co jego zdaniem nie stanowi istotnej zmiany.

Ad 3.

Ponieważ w tych pozycjach kosztorysowych Zamawiający podał w przedmiarze robót KNR-W 2-18 0517/02, a w rozwinięciu tej pozycji automatycznie pojawia się w materiałach kineta PE i pokrywa żeliwna oraz trzon studzienki, uszczelki i pospółka, nie ma potrzeby dopisywać w opisie tych materiałów, bo wtedy należałoby we wszystkich pozycjach kosztorysowych wypisywać materiały, co byłoby – jak stwierdził Odwołujący – bezsensowne. Odwołujący nie traktuje tego jako błąd, ale zapewnił, że zarówno kinety PE i pokrywy żeliwne zostały wycenione w ofercie, jak i pozostałe materiały niewymienione przez Zamawiającego w opisie.

Ad 4. i 5.

Odwołujący przyznał, że faktycznie przez pomyłkę kosztorysanta nie uwzględniono tych dwóch pozycji o nieistotnej – jak stwierdził – wartości. W ocenie Odwołującego Zamawiający

może samodzielnie je poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 np. przez *zerowanie pozycji*, gdyż generalnie taką opcję poprawiania kosztorysów stosuje się, również w ocenie Izby (w odwołaniu wymieniono wyrok z 15 października 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 2105/12). Skoro Odwołujący nie podał cen jednostkowych ww. pozycji przedmiaru robót, należy przyjąć, że wycenił realizację tych pozycji za cenę 0 zł (w odwołaniu wskazano na wyrok z 3 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 556/12). Odwołujący zadeklarował, że pomimo wyzerowania 2 pozycji będą one wykonane. Zdaniem Odwołującego poprawienie omawianych dwóch pozycji kosztorysowych nie spowoduje istotnych zmian w treści jego oferty.

W opinii Odwołującego należy zgodzić się z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie z SIWZ, a niezgodności, które popełnia stanowią niezamierzone omyłki (w odwołaniu wyrok Izby z 3 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 556/12). Odwołujący stanowczo podkreślił, że jego oferta zawiera niezamierzone omyłki w 3. pozycjach kosztorysu ofertowego z łącznej ilości 455 pozycji, które Zamawiający może poprawić. Zdaniem Odwołującego powyższe rozważania pokazują, że niewłaściwie jest utożsamianie pominięcia pozycji, nieodzwierciedlenia jej nazwy czy ilości jednostek w kosztorysie – z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego w jego kosztorysie ofertowym znajdują się wszystkie informacje potrzebne Zamawiającemu do poprawienia wyszczególnionych pozycji kosztorysowych: ceny jednostkowe poszczególnych pozycji są zawarte w innych elementach, sąsiednich pozycjach, a ceny robocizny, materiałów i sprzętu w zestawieniach, a Zamawiający zna również ilości i KNR-y z załączonych przez siebie przedmiarów. Inną opcją poprawienia jest *zerowanie pozycji* nieujętych w kosztorysie. Zatem obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie omyłek w ofercie Wykonawcy, tzn. również w kosztorysie jako integralnej części oferty. Zakładając, że w konsekwencji poprawienia omyłek cena oferty nieznacznie wzrośnie, to i tak nie zmieni to jej pozycji w rankingu ofert, gdyż nadal będzie ofertą z najniższą ceną (ponad 200.00,00 zł brutto tańszą od następnej). Odwołujący oświadczył, że wyraża zgodę na poprawienie nieistotnych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści złożonej oferty.

2 kwietnia 2013 r. wpłynęła faksem do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

W ocenie Zamawiającego nie zaniechał obowiązku dokonania wszelkich czynności istotnych dla stwierdzenia, czy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż postąpił zgodnie z ustawą pzp, przez co dochował szczególnej staranności przy prowadzeniu

postępowania oraz dokonywania czynności badania złożonej oferty. Przede wszystkim Zamawiający porównał zaoferowany w ofercie Odwołującego przedmiot zamówienia z wymaganiami technicznymi zakreślonymi postanowieniami SIWZ, i zgodnie z przedmiarami, które stanowiły podstawę wyceny oferty oraz były obowiązujące do wyceny oferty i zgodnie z zapisami siwz: zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z zakresami robót określonymi w projekcie budowlanym (Załącznik Nr 10). Wprowadzenie przez Wykonawcę w złożonej ofercie jakichkolwiek zmian w zakresie przyjętych rozwiązań technologicznych i materiałowych bez zgody Zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty. Wszelkie nie zgodności w tym względzie skutkują odrzuceniem oferty. Zamawiający ocenił, że skala niezgodności oferty w zakresie przedmiotu zamówienia, którą stwierdził (przywołując w tym miejscu treść uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego) – jest duża. Odnośnie nieujęcia w kosztorysie ofertowym 2 pozycji, Zamawiający stwierdził, że nie jest uprawniony do poprawienia takich błędów dopisując Wykonawcy dane pozycje i dokonując ich wyceny za Wykonawcę, gdyż wykraczałoby to poza art. 87 ust. 1-2 pzp. Według Zamawiającego nie może również za Wykonawcę do kosztorysu ofertowego dopisać kinety PE i pokrywy żeliwnej oraz dokonać ich wyceny. W ocenie Zamawiającego *tym samym podtrzymanie instytucji odrzucenia niezgodnej oferty stało się koniecznością prawną*. Zamawiający dodał, że wykonał wszystkie czynności zgodnie z prawem i podtrzymał zasadę równego traktowania wynikającą z art. 7 ust. 1 pzp.

Zamawiający ocenił, że wadliwie sporządzonego kosztorysu ofertowego nie może wyjaśnić i sprostować z mocy art. 87 ust. 1 pzp. Zdaniem Zamawiającego przemawiają za tym następujące orzeczenia Izby:

- Wyrok z 25 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 510/11): *Przepis ten w zdaniu drugim wyraźnie przewiduje natomiast, że w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego przepisu, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Oznacza to zatem, że wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Korekta treści oferty możliwa jest tylko w oparciu o art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp. Zakazu negocjacji nie należy jednak utożsamiać z niedopuszczalnością posługiwania się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jako źródła wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.*
- Wyrok z 20 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2173/10): *W ocenie Izby treść oferty Odwołującego nieś odpowiada treści SIWZ. Nie jest bowiem uzasadnione twierdzenie, iż. wystarczającym w świetle zapisów SIWZ było wskazanie nazw oferowanych modeli.*



*Tak, jak wskazywał to Zamawiający, postanowienia opisu przedmiotu zamówienia określające parametry zamawianego sprzętu były ogólnymi wskazaniem i powinny one zostać skonkretyzowane w postanowieniach oferty. Tymczasem Odwołujący, wbrew temu co twierdził, nie wskazał konkretnego modelu oferowanego urządzenia ale . nazwy handlowe rodziny sprzętu, na którą składa się wiele różnych modeli charakteryzujących się różnymi parametrami funkcjonalnymi. Tym samym ewentualne wezwanie do wyjaśnienia, skierowane do Odwołującego, prowadziłoby do istotnych zmian w treści złożonej przez niego oferty. Oznaczałoby bowiem konkretyzację wskazania każdego z oferowanych przez niego urządzeń wraz z dokładnym określeniem jego parametrów opisujących każde z nich, a zatem czynność, którą Odwołujący powinien dokonać konstruując ofertę złożoną Zamawiającemu.*

- *Wyrok z 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO 9/09): ...należy zauważyć, że art. 87 ust. 1 ustawy, przywoływany przez Zamawiającego jako podstawa skierowanego do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dokumentacji techniczno – ruchowej, nie może stanowić podstawy prawnej do żądania uzupełnienia dokumentu. Uzupełnieniu, ale tylko w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, podlegają wyłącznie dokumenty żądane na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy, czyli dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ, czyli dokumenty, o których mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Natomiast na podstawie przywoływanego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Zamawiający może żądać od wykonawcy co najwyżej wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym również wyjaśnień dotyczących spełniania przez oferowane urządzenia wymogów SIWZ. Jeśliby wykonawca w ramach udzielonych w tym trybie wyjaśnień powołał się samodzielnie na takie, nieżądane w SIWZ dokumenty, mogłyby one stanowić podstawę udzielonych wyjaśnień, o ile oczywiście nie zmieniałyby treści oferty. W sytuacji, gdy Zamawiający samodzielnie żąda na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy dokumentów, których przedłożenia nie wymagał w SIWZ, a następnie odrzuca z tego tytułu ofertę jako sprzeczną z SIWZ, czyni to z naruszeniem przepisów prawa.*

*Zdaniem Zamawiającego dane niezgodności kosztorysu ofertowego względem dokumentacji projektowej, wbrew stanowisku Odwołującego, nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, ponieważ są to bardzo istotne treści oferty wpływające na wynik postępowania.*

*W ocenie Zamawiającego w podanych przez niego pozycjach Odwołujący celowo*

usunął materiał kinetę PE i pokrywę żeliwną, co zgodnie z następującym wyrokiem Izby dyskwalifikuje daną ofertę tylko z tego tytułu – wyrok z 27 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 49/09): *Skład orzekający Izby nie dopatrył się również naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, nakładający na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (pkt 2), jak również poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (pkt 3), gdyż stwierdzona wada w ofercie Odwołującego nie stanowi omyłki, lecz celowe działanie – „poprawienie” przedmiaru. Niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie da się poprawić. Odwołujący świadomie i celowo wpisał w swojej ofercie - w kosztorysie ofertowym ilość wkładek niezgodną z podaną przez Zamawiającego w przedmiarze robót, co potwierdził również na rozprawie. Zatem, w tym przypadku nie możemy mówić o omyłce, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.*

Zamawiający stwierdził, że o braku możliwości zakwalifikowania niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarami robót jednoznacznie przesądza utrwalona linia (orzecznicza) Krajowej Izby Odwoławczej:

- Wyrok z 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 11/09): (...) *Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty (...) sposób spłaty wierzytelności wynikającej z realizacji zamówienia jest istotny dla Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień siwz nadał mu walor essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Ustalenie wysokości faktur oraz dat ich wystawienia i realizacji stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 in initio Pzp) (...) „oczywistość” omyłki rachunkowej winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty. W okolicznościach sprawy podstawą do ingerencji Zamawiającego stanowiłyby dopiero wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;*
- Wyrok z 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt 16/09): (...) *w ofercie Odwołującego występuje rozbieżność co do zadeklarowanego przez Odwołującego terminu realizacji zamówienia. Nie jest to jednak oczywista omyłka pisarska, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Rozbieżność w ofercie Odwołującego, polegająca na podaniu, oprócz terminu zgodnego z żądaniem Zamawiającego, innego terminu stanowi, w okolicznościach niniejszej*

*sprawy, omyłkę o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. „inną omyłkę” polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty (...) przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty; Odwołujący wykazał w treści odwołania i na rozprawie, iż złożone przez niego w treści oferty oświadczenia wskazują na wypełnienie wszystkich wymogów i warunków określonych w SIWZ dotyczących terminu wykonania zamówienia. Wynika to z całości treści oferty, w tym z oświadczeń złożonych w formularzu ofertowym.*

- *Wyrok z 21 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 20/09): (...) rozbieżności pomiędzy kwotą wpisaną w rubryce „Wymagania ogólne” w tabeli elementów rozliczeniowych a kwotą wpisaną w rubryce „Wymagania ogólne” zawartej w kosztorysie dotyczącym robót drogowych nie wynikają z przeprowadzenia jakichkolwiek działań arytmetycznych. Są to różne, niezwiązane ze sobą wartości. Kwota 80.000,00 zł wpisana w Kosztorysie dotyczącym robót drogowych obejmuje te części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które dotyczą robót drogowych. Natomiast pozycja „Wymagania ogólne” na kwotę 1.000.000,00 zł ujęta w tabeli elementów rozliczeniowych obejmuje pozostałe części ze specyfikacji technicznej „Wymagania ogólne”, które nie dotyczą robót drogowych (Wymagania ogólne w zakresie Inżynierskim i Kolejowym) (...) Uprawnienie wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie oferty dotyczy wyłącznie innych omyłek, aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (...) rozbieżności zawarte w treści oferty Odwołującego nie mogą zostać uznane za omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przede wszystkim z tego względu, iż dokonane przez Zamawiającego poprawienie oferty Odwołującego spowodowało istotną zmianę w jej treści.*
- *Wyrok z 26 lutego 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 157/09, 159/09, 174/09): (...) Oceniając zarzut zaniechania dokonania czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty konsorcjum X ze specyfikacją zważyć należało, iż niesporne jest, że w złożonej ofercie Odwołujący nie uwzględnił zmian do SIWZ zamieszczonych przez zamawiającego na stronie internetowej. Zatem treść oferty zawarta w kosztorysie ofertowym instalacji wodno-kanalizacyjnej wynika z faktu nie uwzględnienia modyfikacji treści SIWZ przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Różnice polegają na zaoferowaniu odmiennych ilości*

*kompletów, sztuk i zastosowaniu innego materiału i wskazują na złożenie oferty do specyfikacji o treści odmiennej od obowiązującej w dacie składania ofert. Powstałej rozbieżności skład orzekający nie przypisuje charakteru omyłki stwierdzając, że nie każda niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może być uznana za efekt omyłki. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie zachowując należytej staranności w profesjonalnym obrocie zaniechał uwzględnienia zmian SIWZ przy składaniu oferty. Zaoferowanie innych urządzeń sanitarnych niż wymagane przez zamawiającego stanowi niezgodność treści oferty w stosunku do wymagań specyfikacji. Doprowadzenie treści oferty do zgodności z siwz wymaga poprawienia zarówno nazwy urządzenia (materiału) jak i określenia odpowiednio właściwej, oferowanej przez wykonawcę ceny tego urządzenia. W ocenie składu orzekającego dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W konsekwencji należało uznać, że powstałe rozbieżności świadczą o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie mając charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższą ocenę potwierdza dodatkowo fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny określonych w art. 8 SIWZ, a Zamawiający przewiduje również ewentualne udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe lub uzupełniające, co w sytuacji braku wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu uniemożliwić może również rozliczenie wykonanych etapowo robót. Tym samym, wobec braku podstaw zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.*

Oraz ostatnie orzecznictwo w tym zakresie (tym razem Zamawiający ograniczył się do podania samych sygnatur: KIO 120/12, KIO 143/12, KIO 197/12, KIO 55/12.

Zamawiający dodał, że w prowadzonych procedurach na roboty budowlane bez względu na rodzaj wynagrodzenia zawsze musi żądać od wykonawców kosztorysu ofertowego sporządzonego dokładnie według przedmiarów dokumentacji projektowej zgłoszonej wnioskiem aplikacyjnym do JW. i zgodnie z wytycznymi Departamentu Polityki Regionalnej Urzędu Marszałkowskiego weryfikować zgodność tych dokumentów, ponieważ podczas swoich kontroli wszelkie rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym wykonawcy a przedmiarem robót w dokumentacji projektowej traktuje jako niezgodności oferty z treścią SIWZ i są to koszty niekwalifikowane.

Na koniec Zamawiający stwierdził, że nie miał innego *prawnego* wyboru jak tylko odrzucić ofertę Odwołującego, zgodnie z wyrokami:

- KIO/UZP 1750/09, KIO 579/10, KIO 1367/10, KIO 1334/10
- KIO 59/11, KIO 121/11, KIO 374/11, KIO 957/11,

- KIO 1105/11, KIO 473/12, KIO/UZP 1623/09,

- KIO 579/10, KIO 59/11, KIO 121/11

oraz w orzecznictwie Sądów Okręgowych:

- Poznań X Ca 457/09 z 11.02.2009r.

- Warszawa XXIII Ca 203/09 z 12.05.2009r,

- Szczecin VIII Ca 136/09 z 24.07.2009r,

- Kraków XII Ca 429/09 z 29.01.2010r,

- Warszawa XXIII Ca 418/09 z 10.07.2010r,

- Szczecin VIII Ca 1211/09 z 28.01.2010r,

- Kielce VII Ca z 15.01.2010r.

26 marca 2013 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z 25 marca 2013 r., zawierające zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „MEL-KAN” sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Przystępujący w pełni poparł zastosowaną przez Zamawiającego instytucję odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ Zamawiający *wypełnił ją* zgodnie z przepisami ustawy pzp i postanowieniem pkt 21.2 a) SIWZ: *zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z zakresami robót określonymi w projekcie budowlanym (Załącznik Nr 10). Wprowadzenie przez Wykonawcę w złożonej ofercie jakichkolwiek zmian w zakresie przyjętych rozwiązań technologicznych i materiałowych bez zgody Zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty.*

Odwołujący nie ujął w kosztorysie ofertowym względem obowiązkowego przedmiaru robót (załącznik nr 10) dwóch istotnych pozycji (w tym miejscu przywołano pozycje wskazane w pkt 4. i 5. uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego). W ocenie Przystępującego Zamawiający nie ma mocy art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp uprawnień wynikających do dopisania tych pozycji do kosztorysu ofertowego i dokonania ich wyceny. Również w szeregu pozycji w ofercie Odwołującego nie ujęto kinety PE i pokrywy żeliwnej – które to materiały Odwołujący wyciął z danej pozycji KNR – Zamawiający nie posiada na podstawie treści oferty żadnej wiedzy w jakiej cenie miałyby doliczyć koszty tych materiałów. Ponadto

pomyłka o ponad 900 mb rur kanalizacyjnych PVC o średnicy zewnętrznej 200 mm nie może stanowić nieistotnej omyłki treści oferty względem postanowień SIWZ. Przystępujący stwierdził, że *dany dokument również nie może być wyjaśniony z art. 87 ust. 1 ani poprawiony na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, ponieważ nie można wyjaśniać niezłożonych istotnych treści oferty dopisujących przedmiot zamówienia*, bo doprowadziłoby to do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą po terminie składania ofert i do zmiany oświadczenia woli danego Zamawiającemu po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne w procedurze zamówienia publicznego.

Jako dowody poparcia powyższego stanowiska, Przystępującą przytoczył następujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- KIO 120/12, KIO 143/12: Izba stwierdziła, iż obydwa odwołania podlegają uwzględnieniu. Zarzuty odwołania Konsorcjum EGBUD i odwołania CARBOTECH dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp przez dopuszczenie do zmiany treści oferty Przystępującego Konsorcjum DO RBUD przez nieuprawnione poprawienie tej oferty w zakresie mocy znamionowej silnika Dmuchawy Aerzen Typ GM25S-G5 – uznano za zasadne.
- KIO 197/12: *Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że kosztorys ofertowy został sporządzony w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ. Wbrew wymaganiom Zamawiającego, zabrakło w nim zestawienia, dotyczącego cen nakładów rzeczowych, sprzętowych i materiałowych.*
- KIO 55/12: *W ocenie Izby powyższej niezgodności treści oferty Odwołującego z istotnymi – merytorycznymi wymogami SIWZ nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazany przepis zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia oferty wykonawcy, jeśli spełnione są w tym względzie określone wymogi opisane w dyspozycji wskazanego przepisu. Po pierwsze koniecznym jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z omyłkowym, tj. niezamierzonym działaniem ze strony wykonawcy, który doprowadził do popełnienia błędu w ofercie, które to popełnienie błędu możemy stwierdzić w oparciu o samą treść oferty. Po drugie stwierdzony błąd w ofercie musi mieć charakter merytoryczny - powodujący niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Po trzecie zaś poprawienie tego nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie możemy mówić o spełnieniu pierwszej z wymienionych przesłanek, tj. o omyłkowym działaniu wykonawcy, które możliwe byłoby do naprawy bez udziału wykonawcy i składania przez niego po upływie terminu do składania ofert odrębnego, a więc dodatkowego, a zarazem odmiennego niż złożone w treści oferty, oświadczenia woli. Słusznie wskazywał Zamawiający, że chcąc dokonać poprawienia oferty Odwołującego musiałby uzyskać od niego dodatkowe oświadczenie*

*woli i tym samym prowadzić z Odwołującym niedozwolone negocjacje, co stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.*

Tym samym – zdaniem Przystępującego – odrzucenie oferty Odwołującej z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stało się konieczne i ma pełne uzasadnienie w przepisach prawa.

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 którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano w tym zakresie również żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem 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 Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie odrzucenie oferty Odwołującego przez Zamawiającego, naraża Odwołującego na szkodę polegającą na niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. z uwzględnieniem załączników, oferty Odwołującego, a także protokołu postępowania.

Odnosnie dokumentów złożonych przez Zamawiającego na rozprawie na dowód, że instytucja decydująca o przyznaniu środków unijnych nie dopuszcza do rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem inwestorskim, jak również nie pozwala na

poprawienie w kosztorysie ofertowym pomyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż są one uznawane za koszty niekwalifikowane:

- 1) umowy o dofinansowanie tego zadania na (19 str. + załącznik na 2 str.),
- 2) pisma Marszałka Województwa z 1 marca 2013 r. zawierające wytyczne właściwego sposobu przeprowadzenia postępowania (na 4 str.),
- 3) pisma z 12 lipca 2010 r. Urzędu Marszałkowskiego do Wójta Gminy Pruszcz.
- 4) pisma z 4 maja 2010 r. potwierdzającego wysłanie dokumentacji innego postępowania do kontroli przez Urząd Marszałkowski

– Izba stwierdziła, że nie mają one żadnego znaczenia dla rozstrzyganej sprawy. W szczególności należy zauważyć, że z umowy o dofinansowanie (§ 6 ust. 1 i 8) wynika jedynie, że Gmina jako beneficjent ma obowiązek przedłożenia Samorządowi Województwa dokumentacji z przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli tego nie uczyni lub w wyniku oceny zostanie stwierdzone, że postępowanie zostało przeprowadzone z naruszeniem przepisów ustawy pzp, mającym wpływ na wynik tego postępowania, będzie to podstawą do negatywnej oceny tego postępowania. Pismo z pkt 4 dowodzi, że Gmina w przeszłości wysyłała taką dokumentację. Natomiast pismo z pkt 3 dotyczy stwierdzonych w toku kontroli niezgodności kosztorysu wybranego wykonawcy z przedmiarem robót. Wreszcie z pkt 12. wytycznych (załączonych do pisma z pkt 2.) wynika, że jednym z najczęściej występujących uchybień w skontrolowanych postępowaniach jest występowanie takich rozbieżności.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnieniu, gdyż Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby żadna z opisanych w zawiadomieniu z 18 marca 2013 r. sytuacji nie uprawniała Zamawiającego do stwierdzenia definitywnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie biorąc pod uwagę, że przepis ten wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza



jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego co do zasady porównanie zaofiarowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez wskazanie konkretnie oferowanych rozwiązań czy parametrów – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. W przypadku robót budowlanych opis przedmiotu zamówienia ma charakter najbardziej sformalizowany, gdyż w art. 31 ustawa pzp w szczególny sposób reguluje, że ma być on dokonany za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (albo za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego – dotyczy zaprojektowania i wykonania robót), przy czym w rozporządzeniu wykonawczym określono szczegółowy zakres i formę tych dokumentów. Z wydanego w tej sprawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.) wynika jednoznacznie, że przedmiar robót stanowi drugi (pierwszym jest projekt budowlany) podstawowy element dokumentacji projektowej, przy czym w paragrafach od 6 do 10 określono sposób sporządzenia przedmiaru. Zamawiający zawsze ma obowiązek opisać roboty budowlane w ten sposób, natomiast od jego decyzji zależy zakres i forma prezentacji treści oferty składanej przez wykonawcę, w szczególności czy wymaga przedstawienia kosztorysu ofertowego, czyli wycenionego przedmiaru robót, i na jakim poziomie szczegółowości. Oczywiście wprowadzenie kosztorysowego wynagrodzenia spowoduje konieczność zażądania złożenia kosztorysu ofertowego wyceniającego elementy rozliczeniowe, gdyż bez tego nie będzie można dokonać rozliczenia faktycznie wykonanych robót. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy jest przede wszystkim ułatwieniem dla wykonawcy przy wyliczeniu ceny za jaką zobowiązuje się podjąć realizacji opisanych przez zamawiającego w dokumentacji projektowej robót budowlanych.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, co składało się na wymaganą przez Zamawiającego treść oferty w kontekście charakteru wynagrodzenia za wykonane roboty. Wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie z postanowień s.i.w.z. wynika, że cena oferty stanowi ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie robót objętych przedmiotem zamówienia, czyli opisanych dokumentacją

projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru oraz przedmiarem. Zgodnie z brzmieniem pkt 21.1.: *Oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty / dostawy, montażu, uruchomienia, szkolenia/ z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług), kosztów wynikających z warunków gwarancji oraz ewentualnych upustów i rabatów. Przede wszystkim w pkt 21.2. sprecyzowano m.in., co następuje: Cena ryczałtowa zamówienia powinny zawierać w sobie wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia przy zachowaniu następujących założeń: a) zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z zakresami robót określonymi w projekcie budowlanym (Załącznik Nr 10). Wprowadzenie przez Wykonawcę w złożonej ofercie jakichkolwiek zmian w zakresie przyjętych rozwiązań technologicznych i materiałowych bez zgody Zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty. Zaleca się przeprowadzenie wizji lokalnej terenu budowy celem sprawdzenia warunków placu budowy oraz warunków związanych z wykonaniem prac będących przedmiotem przetargu a także celem uzyskania informacji koniecznych i przydatnych do oceny prac, gdyż wyklucza się możliwość roszczeń wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania umowy. Wykonawca zobowiązany jest do porównania przedmiaru robót z dokumentacją projektową. W przypadku nie ujęcia w przedmiarze elementu robót występującego w dokumentacji projektowej należy przedmiar uzupełnić o ten element i ująć go do oferty; b) cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z przedmiaru robót oraz koszty tj.: ... [w obszernym wypunktowaniu wyszczególniono te koszty], c) nie dopuszcza się stosowanie tzw. upustów (zarówno do wyliczonych cen jednostkowych jak również do ogólnej ceny oferty); d) Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w załączonym przedmiarze robót; e) prace będące przedmiotem zamówienia zostaną wykonane na podstawie szczegółowych uzgodnień. Zastosowane materiały i urządzenia winny odpowiadać deklaracjom zgodności z Polskimi Normami, atestami i aprobatami technicznymi. Dopuszcza się możliwość zastosowania materiałów i urządzeń „równoważnych” odpowiadających parametrom techniczno-użytkowym na poziomie nie niższym, które zostały wskazane z imienia w projekcie budowlanym. Należy zwrócić również uwagę na treść załącznika nr 2 do SIWZ, stanowiącego przygotowany przez Zamawiającego formularz oferty pn. Oferta cenowa, który rozpoczyna się od następującego sformułowania: *Nawiązując do ogłoszenia w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie aglomeracji Pruszcz we wsi Pruszcz, Zadania 8, 9, 10, 12 i 13”. Oferuję realizację przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową: ...* Natomiast bezpośrednio po polach przeznaczonych na podanie wartości netto, kwoty podatku VAT i wartości brutto oferty, zamieszczono między innymi oświadczenia następującej treści:*

*oświadczamy, że cena brutto obejmuje wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia opisane w SIWZ w tym koszty transportu, montażu, uruchomienia; oświadczamy, że uzyskaliśmy od Zamawiającego wszelkich informacji niezbędnych do rzetelnego sporządzenia niniejszej oferty zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ; oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze SIWZ, zakresem robót, dokumentacją techniczną, projektem umowy oraz dokonaliśmy wizji lokalnej i nie wnosimy żadnych zastrzeżeń oraz uznajemy się za związanych określonymi w niej zasadami postępowania, przez okres 30 dni od daty otwarcia ofert. Z kolei zgodnie z brzmieniem § 10 wzoru umowy (stanowiącego załącznik nr 4 do s.i.w.z.): 1. Cena brutto wykonania całego przedmiotu umowy została określona jako wynagrodzenie ryczałtowe i wynosi: .... złotych, w tym podatek VAT ... % (słownie: ...). 2. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu umowy w pełnym zakresie, zgodnie z przedmiarem robót, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentacją techniczną oraz ofertą. 3. W uzasadnionych przypadkach dopuszcza się wprowadzanie zmian w stosunku do dokumentacji realizacji robót budowlanych 1) na wniosek Wykonawcy, za zgodą Zamawiającego, w trakcie prowadzenia robót, mogą być dokonywane zmiany technologii wykonania elementów robót. Dopuszcza się je tylko w przypadku, gdy proponowane przez Wykonawcę rozwiązanie jest równorzędne lub lepsze funkcjonalnie od tego, jakie przewiduje dokumentacja wykonania robót budowlanych. W tym przypadku Wykonawca przedstawia projekt zamienny zawierający opis proponowanych zmian wraz z rysunkami. Projekt taki wymaga akceptacji i zatwierdzenia do realizacji przez Zamawiającego. 2) w przypadku gdy z punktu widzenia Zamawiającego zachodzi potrzeba zmiany rozwiązań technicznych wynikających z umowy, Zamawiający sporządza protokół konieczności, a następnie dostarcza dokumentację na te roboty wraz ze zleceniem ich wykonania. 4. W przypadku, gdy określone w ust. 3 pkt 2 zmiany spowodują wzrost kosztów, roboty te będą traktowane jako dodatkowe i Zamawiający złoży na ich wykonanie dodatkowe zamówienie, w trybie wynikającym z ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przywołanych postanowień jednoznacznie wynika, że cena oferty stanowi kwotę, która zostanie wpisana do umowy jako kwota ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Potwierdza to również okoliczność, że w razie gdyby na etapie wykonywania umowy zaistniała konieczność zmian technologii wykonania robót czy zmian rozwiązań technologicznych w stosunku do umowy (a więc i opisu przedmiotu zamówienia), które powodowałyby wzrost kosztów (nie sprecyzowano w stosunku do czego), będzie to przedmiotem dodatkowego zamówienia, a zatem *de facto* odrębnej umowy zawartej w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp po przeprowadzeniu negocjacji z wykonawcą umowy w sprawie zamówienia podstawowego. Jaki charakter i wysokość wynagrodzenia ustalą strony w toku tych negocjacji, jak również kwestia, czy wprowadzenie takiego postanowienia jest zgodne z*

zaleceniami kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie zmienia tego, że Zamawiający za realizację zamówienia przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Na taką ocenę charakteru wynagrodzenia nie wpływa również wynikający z § 14 ust. 1 lit. g umowy obowiązek przedstawienia kosztorysu powykonawczego jako jednego z zestawu dokumentów wymaganych przy odbiorze każdego z dwóch etapów jej realizacji (przy czym etap I to realizacja zadań 8 i 9, a etap II – pozostałych zadań). Ponieważ z § 14, a także w treści całej umowy nic innego nie wynika, nie sposób temu przypisać innego znaczenia niż sposobu kontroli robót wykonanych w ramach danego etapu w kontekście przewidzianej w § 11 płatności wynagrodzenia w dwóch transzach, to jest odpowiednio za etap I i etap II.

Odwołujący złożył ofertę na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego, a zatem wyraził wolę wykonania zakresu robót opisanego w dokumentacji projektowej za cenę, którą podał w tym formularzu. Odwołujący złożył również wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy, który posłużył mu do wyceny tego zakresu robót. Na pierwszy rzut oka można stwierdzić, że kosztorys ten ma zupełnie inny układ graficzny i numerację pozycji kosztorysowych niż przedmiary załączone do s.i.w.z. – zamiast odrębnych dokumentów dla każdego zadania, jak w przypadku przedmiarów (dodatkowo z podziałem na koszty kwalifikowane i niekwalifikowane) – jest to jeden dokument z ciągłą numeracją pozycji. Wynika to z zastosowania programu do kosztorysowania posiadanego przez Odwołującego, w którego przypadku sporządzenie kosztorysu ofertowego nie polegało tylko na wypełnieniu rubryk cena i wartość dla każdej z pozycji przedmiaru. W ocenie Izby taki sposób sporządzenia kosztorysu niewątpliwie zwiększył prawdopodobieństwo wystąpienia omyłek przy wprowadzaniu danych z przedmiarów obejmujących zbiór kilkuset pozycji. Zamawiający stwierdził 5 takich przypadków odstępstw, których zaistnienie było niesporne pomiędzy Stronami przedmiotowego postępowania odwoławczego. Natomiast istotą sporu jest, czy Zamawiający miał postawy uznać, że rozbieżności te mają charakter nieusuwalny i odrzucić ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią s.i.w.z., a zatem niepodlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Już w tym miejscu Izba zaznacza, że uznała za nieudowodnioną tezę Zamawiającego (wysnutą w odpowiedzi na odwołanie) o świadomym i celowym wprowadzeniu przez Odwołującego do kosztorysu ofertowego zmian w stosunku do przedmiarów robót. Zamawiający nie podał żadnych okoliczności, które miałyby o tym świadczyć i nie zostało to przyznane przez Odwołującego. Odnośnie pierwszej przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – zdaniem Izby nie można wywieść z tego przepisu, że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie

z treścią s.i.w.z., ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z s.i.w.z., nie zdając sobie z tego sprawy. Jako właściwy punkt wyjścia należy przy tym przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści s.i.w.z., zmierzając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji w zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią s.i.w.z. należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z s.i.w.z, co w praktyce jest niezwykle trudno wykazać. Natomiast brak podstaw, aby nie uznawać za omyłkowe złożenia oświadczenia woli na skutek błędnego wyobrażenia wykonawcy o treści s.i.w.z., chyba że wykonawca będzie obstawał przy swoim rozumieniu treści s.i.w.z. W rozstrzyganej sprawie mamy do czynienia z błędem w wyrażeniu treści kosztorysu ofertowego, gdyż Odwołujący znał, akceptował i nie miał mylnego wyobrażenia o treści opisu przedmiotu zamówienia, w tym przedmiarów robót.

Pozostaje zatem do rozważenia druga przesłanka wprost wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp – czy poprawienie omyłek wykrytych przez Zamawiającego spowoduje istotną zmianę treści oferty Odwołującego. W zakresie tej przesłanki należy wskazać na nieostry charakter kategorii „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty dokonywanych przez poprawienie stwierdzonych w niej omyłek. Nie oznacza to dowolności i rodzi potrzebę każdorazowej obiektywizacji oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z istotną zmianą treści oferty. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się tu zgodnie na zakaz dokonywania znaczącej ingerencji w treść złożonej oferty, prowadzącej do wytworzenia zupełnie nowego oświadczenia woli w stosunku do wynikającego z treści złożonej oferty. W orzecznictwie Izby i sądów okręgowych przyjmuje się przy tym możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*, a więc ceny ofertowej czy przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczonego zakresu ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Patrząc przez pryzmat tych wskazań należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zakres koniecznych zmian nie jest znaczny, gdyż omyłki popełniono w kilku spośród kilkuset pozycji kosztorysu, a ponadto ich poprawienie spowoduje nieznaczną zmianę ceny oferty. W toku rozprawy Zamawiający uznał odwołanie w zakresie pierwszej ze stwierdzonych niezgodności, uznając trafność argumentacji odwołania w tym zakresie (ponadto taka niezgodność wystąpiła również w ofercie Przystępującego, którego odwołanie Zamawiający uznał w całości w toku wcześniej zakończonych postępowania odwoławczego). Należy zauważyć, że skoro wskazanie w kosztorysie ofertowym podbudowy z innego materiału niż podany w przedmiarze nadaje się do poprawienia, to tym bardziej możliwe jest poprawienie polegające na *de facto* tylko na dopisaniu we wszystkich pozycjach dotyczących studzienek

kanalizacyjnych systemowych z zamknięciem rurą teleskopową, że obejmuje to również kinetę PE i pokrywą żeliwną. Nic nie wskazuje na to, że jest to coś więcej, niż poprawienie skróconego przez Odwołującego opisu. Zamawiający nie zaprzeczył, że zamieszczony przez niego opis pojawia się po rozwinięciu tej pozycji KNR, a zatem niekoniecznie w wersji skróconej. Bezprzedmiotowe są zatem twierdzenia Zamawiającego, że nie wie na ile ma wycenić te elementy. Nie ma również żadnego problemu z poprawieniem omyłki polegającej na zaniżeniu obmiaru w pozycji dotyczącej kanałów z rur PVC łączonych na wcisk – przy podanej cenie jednostkowej wyliczenie nowej wartości pozycji jest działaniem arytmetycznym. Spowoduje to nieznaczną zmianę ceny oferty. Wreszcie w ocenie Izby nie ma przeszkód dla dopisania dwóch pozycji przedmiaru, które przez omyłkę w ogóle nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym Odwołującego. W przypadku rur ochronnych Zamawiający mógł bez problemu przy wyliczeniu jej wartości odwołać się do ceny jednostkowej wskazanej w innej analogicznej pozycji. Nie ma przy tym znaczenia, że początkowo nie dostrzegł tego również Odwołujący, który podniósł to dopiero na rozprawie. Istnienie analogicznej pozycji i jej cena jednostkowa ma charakter obiektywnej okoliczności, którą Zamawiający mógł sam stwierdzić. Ponadto w tym przypadku zmiana ceny oferty będzie miała charakter wręcz znikomy. Pozostała ostatnia niezgodność dotycząca z nazwy *wykonania różnych budowli i elementów betonowych drobnowymiarowych o objętości do 1,5 m<sup>3</sup>*, dla której w kosztorysie – według zgodnego stanowiska Stron – nie ma analogicznej pozycji, która mogłaby stanowić punkt odniesienia przy ustalaniu jej wartości. Wyłącznie zatem wycena tej pozycji mogłaby być ewentualnie polem niedozwolonych negocjacji z Odwołującym. W ocenie Izby nie do zaakceptowania jest odrzucenie oferty z tego powodu, że Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie ustalić wartości pozycji dotyczącej *de facto* niespełna 4 m<sup>3</sup> betonu. W ocenie Izby nie wyklucza to możliwości poprawienia kosztorysu ofertowego przez dopisanie tej pozycji i wycenienie jej na 0 zł. Z kolei na przeszkodzie poprawieniu w ten sposób nie stoi na przeszkodzie uzasadnione przypuszczenie, że gdyby Odwołujący nie pominął tej jednostkowej pozycji przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego, zostałaaby ona wyceniona, a zatem cena oferty bez popełnienia tej omyłki mogłaby być wyższa. Biorąc pod uwagę jednoznaczne deklaracje Odwołującego brak podstaw do przypuszczenia, że stanie się to powodem braku jego zgody na dokonanie poprawienia tej omyłki w sposób, który był dostępny Zamawiającemu.

W związku z olbrzymią liczbą przywołanych w odpowiedzi na odwołanie orzeczeń, pozostających w rażącej dysproporcji w stosunku do własnych wywodów Zamawiającego, Izba pragnie poinformować, że mimo to zapoznała się z nimi (z wyjątkiem bliżej niesprecyzowanego wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach) i stwierdziła, że większość z nich, co dotyczy w szczególności wyroków wskazanych tylko z sygnatur, nie tyle odnosi się

do odmiennych stanów faktycznych, lecz w ogóle innych zagadnień prawnych niż te, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie.

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, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji. Z uwagi na związanie przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż odrzucenie oferty Odwołującego czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis.

**Przewodniczący: .....**