

WYROK

z dnia 30 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 września 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **19 września 2014 r.** przez wykonawcę: **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01 -518 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Krakowski - Zarząd Dróg Powiatu Krakowskiego, ul. Włociańska 4, 30-138 Kraków,**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa odcinków drogi powiatowej nr 2162K o łącznej długości 5450 mb w miejscowościach Wężeń Górny, odcinek 2178 mb, Wężeń Górny- Prandocin- Iły, odcinek 3272 mb” (Biuletyn Zamówień Publicznych z 26.08.2014, numer ogłoszenia 283692 - 2014., znak: ZP/271/31/14), w dniu 19 września 2014 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu z dnia 15 września 2014 r. o wyniku przetargu, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołanie dotyczy zaniechania czynności nakazanych ustawą oraz czynności podjętych przez zamawiającego, tj.:

- odrzucenia oferty odwołującego;
- zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty;
- zaniechania poprawienia omyłek zawartych w ofercie odwołującego, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodującego istotnych zmian w treści oferty;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano- Drogowo-Mostowe „DROG-BUD” F. F., 34-116 Spytkowo, ul. Zamkowa 3;
- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Czynnościom zamawiającego - Zarządu Dróg Powiatu Krakowskiego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp”, tj.:

- 1) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w sytuacji gdy dokonanie tej czynności warunkuje poprawną ocenę oferty odwołującego i jako takie było niezbędne dla zakwalifikowania zawartych w niej omyłek;
- 2) art. 87 ust 2 pkt 3) poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłek o charakterze niepowodującym istotnych zmian w treści oferty;
- 3) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez odrzucenie oferty Skanska S.A.

wobec niezasadnego przyjęcia, że jest ona niezgodna z SIWZ, a niezgodności tej nie można poprawić;

- 4) art. 91 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowo-Mostowego „DROG-BUD” F. F., 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3, chociaż jego oferta nie miała najniższej ceny.

W związku z powyższym, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowo-Mostowego „DROG-BUD” F. F., 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Skanska S.A.;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Skanska S.A., w tym wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty i poprawienia w ofercie odwołującego omyłek o charakterze niepowodującym istotnych zmian w treści oferty oraz dokonania wyboru tej oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że powyższe naruszenia przepisów ustawy doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia gdyż złożona oferta, jako nie podlegająca odrzuceniu winna zostać wybrana przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Zdaniem odwołującego jego oferta została sporządzona w zgodzie z Prawem zamówień publicznych i SIWZ, za wyjątkiem omyłek o charakterze nieistotnym i jako takich polegających na poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp, zatem była ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający wbrew ww. przepisom oraz godząc w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania, naruszając tym samym interes Skanska S.A. odrzucił tę ofertę i wybrał droższą ofertę innego wykonawcy.

Odwołujący w poniższy sposób uzasadnił zarzuty wniesionego odwołania.

Pismem z dnia 15.09.2014 r. przesłanym faksem w dn. 15.09.2014 r.) zamawiający poinformował odwołującego, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Przebudowa odcinków drogi powiatowej nr 2162K o łącznej długości 5450 mb w miejscowościach Wężerów Górny, odcinek 2178 mb, Wężerów Górny – Prandocin- Iły, odcinek 3272 mb”* dokonał następujących czynności:

- odrzucenia oferty Skanska SA,
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowo-Mostowego „DROG-BUD” F. F., 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3 (dalej: DROG-BUD).

Zdaniem odwołującego wybór oferty wykonawcy DROG-BUD został dokonany z naruszeniem art. 91 Pzp, albowiem ta oferta nie była najkorzystniejsza w postępowaniu, biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert, gdzie cena stanowiła 100% wagi; oferta wybranego wykonawcy była droższa od oferty Skanska S.A., a nie było żadnego prawnego uzasadnienia dla odrzucenia oferty Skanska S.A. jako niezgodnej z SIWZ. W szczególności gdy zamawiający wbrew zasadom ustawy Pzp nie wyczerpał uprzednio procedury wyjaśnień treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący powołał się na poglądy orzecznictwa i piśmiennictwa, że zamawiający w sytuacji gdy poweźmie wątpliwość co do zgodności treści oferty z SIWZ ma obowiązek przeprowadzenia procedury zmierzającej do wyjaśnienia jej treści oraz wprowadzenia do niej nieistotnych, dopuszczalnych przez prawo zmian. Pominięcie tych procedur sprawia, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest nieuzasadnione i przedwczesne, gdyż zamawiający jest zobowiązany do podjęcia w postępowaniu wszelkich dostępnych mu procedur i wykonania czynności umożliwiających wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności takich, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w postępowaniu. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ewentualnego ustalenia, że dana oferta nie odpowiada treści SIWZ (*wyrok KIO z dnia 29.01.2014 r. KIO 64/14, LEX nr 1430961*).

Dalej odwołujący argumentował, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust 1 Pzp, (z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych, ograniczonych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp) (*Wyrok KIO z dnia 20.05.2014 r., KIO 884/14; KIO 895/14, LEX nr 1472360*).

Zdaniem odwołującego, omyłki, na które powołał się zamawiający odrzucając ofertę Skanska S.A., wbrew jego twierdzeniom nie mają charakteru istotnego, a więc nie są nieusuwalne i jako takie nie uprawniają do odrzucenia oferty odwołującego, z poniższych względów:

- a) po pierwsze - niezgodność znaku sprawy wpisanego w Formularzu cenowym ze znakiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prawnie irrelevantna, jako że oznaczenie to nie stanowi treści oferty, a wymóg wpisania znaku sprawy w Formularzu cenowym jest wymogiem jedynie formalnym, mającym na celu ułatwienie

zidentyfikowania tego dokumentu i przypisania go do konkretnego postępowania. Trudno przyjąć założenie, iż w ofercie oznaczonej z nazwy i opatrzonej aktualną datą znajduje się jakaś „inna” oferta, skoro sam tytuł Formularza cenowego wskazywał na rodzaj postępowania. Na marginesie odwołujący jedynie zaznaczył, że ww. niezgodność nie uniemożliwiła zamawiającemu w żadne sposób tej identyfikacji.

b) podobnie treść punktu 3 Formularza cenowego nie stanowi treści oferty, jako że jest to jedynie tytuł, a nie pozycja Formularza podlegająca wycenie. Przy tym odwołujący stwierdził, że w zakresie robót objętych poz. od 3.1 do 3.8 mieści się również odwodnienie, które wchodzi m.in. w zakres przedmiotu zamówienia zgodnie z punktem 2.2 w Rozdziale I SIWZ.

Pozostałe niezgodności opisane przez zamawiającego, uznał odwołujący za nieistotne omyłki, nie wpływające na merytoryczną ocenę jego oferty (dowód: Formularz cenowy Skanska S.A. str. 4 oferty).

Odwołujący podkreślał, iż przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone przez zamawiającego powtórnie w związku z faktem, iż poprzednio prowadzone - zostało unieważnione z braku wystarczających środków na pokrycie zobowiązań, które wiązały by się realizacją umowy. Odwołujący składał ofertę również w poprzednim postępowaniu. Biorąc pod uwagę treść SIWZ z obydwu postępowań, uznał że w obu opis przedmiotu zamówienia jest taki sam i przedstawił porównanie opisów poniżej;

Zapisy SIWZ z pierwszego przetargu

Rozdział I – Opis Przedmiotu zamówienia.

1, Przedmiotem zamówienia jest przebudowa odcinków drogi powiatowej nr 2162K w miejscowościach Wężerów Górny, Prandocin-Iły. Zadanie realizowane w ramach "Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - Etap II Bezpieczeństwo - Dostępność - Rozwój."

Droga powiatowa nr 2162K łączy się z drogą krajową nr 7 Kraków - Warszawa oraz drogami gminnymi i powiatowymi na terenie gminy Słomniki oraz gminy i powiatu Proszowice. Ułożenie nowej nawierzchni podniesie parametry użytkowe drogi powiatowej, zwiększy przepustowość i płynność ruchu. Znaczącym parametrem jest również uporządkowanie spływu wód opadowych z pasa drogowego poprzez udrożnienie przepustów. Na odcinku od km 1+744 do 2+178 nośność drogi zostanie dostosowana do kategorii ruchu KR4, na pozostałych odcinkach do KR2."

Zapisy SIWZ z drugiego przetargu

1. Przedmiotem zamówienia jest przebudowa odcinków drogi powiatowej nr 2162K w miejscowościach Wężerów Górny, Prandocin - Iły. Zadanie realizowane w ramach

"Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - Etap 11 Bezpieczeństwo - Dostępność - Rozwój."

Droga powiatowa nr 2162K łączy się z drogą krajową nr 7 Kraków - Warszawa oraz drogami gminnymi i powiatowymi na terenie gminy Słomniki oraz gminy i powiatu Proszowice, Ułożenie nowej nawierzchni podniesie parametry użytkowe drogi powiatowej, zwiększy przepustowość i płynność ruchu. Znaczącym parametrem jest również uporządkowanie spływu wód opadowych z pasa drogowego poprzez udrożnienie przepustów. Na odcinku od km 1+744 do 2+178 nośność drogi zostanie dostosowana do kategorii ruchu KR4 (2 832,50 m2), na pozostałych odcinkach do KR2 (25 080 m2).

Zapisy SIWZ z pierwszego przetargu

2. Zakres robót obejmuje:

- 2.1. Wykonanie nawierzchni asfaltowych
- 2.2. Wykonanie odwodnienia drogi
- 2.3. Wykonanie chodnika
- 2.4. Wykonanie oznakowania poziomego

Zapisy SIWZ z drugiego przetargu

2. Zakres robót obejmuje:

- 2.1. Wykonanie nawierzchni asfaltowych
- 2.2. Wykonanie odwodnienia drogi
- 2.3. Wykonanie chodnika
- 2.4. Wykonanie oznakowania poziomego

Zapisy SIWZ z pierwszego przetargu

3. Szczegółowy zakres robót i sposób ich wykonania został określony w Formularzu cenowym i w Specyfikacjach Technicznych wykonania i odbioru robót (ST)

Zapisy SIWZ z drugiego przetargu

3. Szczegółowy zakres robót i sposób ich wykonania został określony w Formularzu cenowym i w Specyfikacjach Technicznych wykonania i odbioru robót (ST)

Zapisy SIWZ z pierwszego przetargu

4. Dokładna lokalizacja i zakres robót oraz termin ich wykonania będzie określony w protokole przekazania placu budowy.

Zapisy SIWZ z drugiego przetargu

4. Dokładna lokalizacja i zakres robót oraz termin ich wykonania będzie określony w protokole przekazania placu budowy.

Zapisy SIWZ z pierwszego przetargu

5. Wymagania dotyczące robót przewidzianych do wykonania przedstawia rozdział III - niniejszej specyfikacji zawierający Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót (ST) związanych z wykonaniem zamówienia.

Zapisy SIWZ z drugiego przetargu

5. Wymagania dotyczące robót przewidzianych do wykonania przedstawia rozdział III - niniejszej specyfikacji zawierający Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót (ST) związanych z wykonaniem zamówienia.

dowód: 3) wyciąg z SIWZ z postępowania o numerze ZP/271/27/14. MH

Stąd też odwołujący stwierdził, że znał doskonale przedmiot zamówienia, który podległ wycenie w kolejnym postępowaniu. Zresztą aktywnie uczestniczył na etapie zadawania pytań w wyjaśnianiu wątpliwości związanych z zakresem przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przekazał taki sam, co do zasady Formularz cenowy. Przyznał, że zmiany zostały wprowadzone i miały na celu m.in. umożliwienie zmniejszenia kosztów inwestycji. Uzasadniał, że dysponował więc dwiema wersjami Formularza cenowego (z pierwszego postępowania i obecnego), które co do zasady miały prawie identyczny układ. Po dokonaniu kalkulacji pozycji z „nowego” Formularza w odrębnym arkuszu kalkulacyjnym pracownik odwołującego, który zajmował się wyceną nie dostrzegł, iż przenosząc dane z przedmiotowego arkusza kalkulacyjnego do Formularza cenowego (w pierwotnej wersji) nie ujął wszystkich detalicznych zmian dokonanych w treści pozycji w stosunku do „starego” Formularza.

Powyższe dotyczyło wycofania z Formularza Cenowego pozycji: dot. wykonywania podbudowy z betonu asfaltowego AC22P 25/55-60 grub 8cm, która to robota była dość kosztochłonna.

Odnosząc się szczegółowo do podniesionych przez zamawiającego niezgodności w ofercie Odwołujący podnosił:

- poz. 1.3: opisana została w Formularzu cenowym do oferty Skanska, jako: *„Rozebranie nawierzchni części drogi z betonu asfaltowego, Odwóz materiału na koszt wykonawcy”* jest pozycją tożsamą z wymaganą pozycją *„Rozebranie warstw bitumicznych nawierzchni. Odwóz materiału na koszt wykonawcy”*. Jest tak dlatego, że rozebranie nawierzchni części drogi z betonu asfaltowego polega na rozbiórce warstw bitumicznych, które wykonane są z betonu asfaltowego. Beton asfaltowy jest warstwą bitumiczną nawierzchni, z której składa się między innymi konstrukcja nawierzchni - w ocenie odwołującego w tej pozycji mamy do czynienia z faktycznym brakiem sprzeczności z wzorem Formularza cenowego przekazanego przez zamawiającego;
- poz. 3.1: opisana w Formularzu cenowym do oferty Skanska jako *„Wykonanie i oczyszczenie przepustów pod zjazdami indywidualnymi o śr 50 cm znajdującymi się w części drogi powiatowej”* jest pozycją tożsamą z wymaganą pozycją *„Oczyszczenie przepustów pod zjazdami indywidualnymi o śr 50 cm znajdującymi się w części drogi powiatowej”*. W tej

pozycji faktycznie zostało skalkulowane jedynie oczyszczenie przepustu - omyłkowo jedynie pozostawiono opis „wykonanie”. Zamawiający nie powinien mieć jednak wątpliwości, co do takiej omyłki skoro w Formularzu dwie pozycje niżej widnieje pozycja wykonania przepustu z ustaloną ceną jednostkową na kwotę ponad 2 tysiące złotych, w obliczu gdy omawiana pozycja została wyceniona na kwotę 6,54 zł za metr;

- poz.3.3: w tej pozycji omyłkowo do opisu „*Wykonanie przepustu rurowego pod drogą powiatową o śr. 60 cm*” nie dołączono dalszego fragmentu „*z PP, SN 8, 2 rury o długości 12 m każda*”. Odwołujący zaznaczał, że co do ilości rur zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, gdyż wskazuje na nią kolejna rubryka „Ilość jednostek miary”. Odwołujący utrzymywał, że prawidłowo wycenił wymagane przez zamawiającego wykonanie przepustu rurowego pod drogą powiatową o średnicy 60 cm z PP, SN 8 rury o długości 12 m każda, jednakowoż omyłkowo nie umieścił części opisu. Na udokumentowanie tego faktu odwołujący przedłożył kopię oferty dostawcy rur, do którego zwrócono się za pytaniem ofertowym w trakcie wyceny oferty. dowód: 4) oferta dostawcy na rury wymagane przez zamawiającego.

- poz. 3.4: odwołujący przyznał, że w tej pozycji analogicznie jak w poprzedniej, zabrakło części opisu, a mianowicie „*o śr. 60 cm*”, jednakże zamawiający nie powinien tego traktować jako niezgodność z SIWZ, gdyż niewątpliwie w przedmiocie zamówienia, opisanego również innymi pozycjami Formularza wskazano na przepust o średnicy fi 600, a tylko dla przepustów o takiej średnicy należało zrobić umocnienie wlotu i wylotu, natomiast dla innych o średnicy fi 500 przewidziano obrukowanie skarp kostką betonową na wlocie i wylocie z przepustów;

- poz. 3.6: analogicznie odwołujący przyznał, że nie ujął sformułowania „*gr.10 cm,*” jednak wskazywał, że jest omyłka nie mająca charakteru istotnego, gdyż jak wynika z wyceny - jej wartość oszacowano na kwotę 136,03 zł, a sposób jej wykonania narzuca technologia robót;

- poz. 5.2: ostatnia ze wskazanych „niezgodności” dotyczy braku sformułowania w pozycji: „*Wykonanie warstwy z betonu asfaltowego AC 16W PMB 25/55-60 grub. 8 cm po zagęszczeniu -jezdnia*” brzmiącego „*na uprzednio skropionej i oczyszczonej powierzchni*”. Odwołujący wyjaśniał, iż zgodnie z postanowieniami Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D 05.03.05. podłoże pod warstwę wiążącą z betonu asfaltowego powinno być na całej powierzchni oczyszczone oraz skropione lepiszczem (pkt 5.4 i 5.7 - przygotowanie podłoża). dowód: 5) wyciąg z SSTD 05.03.05. W związku z tym, że zakres związany ze skropieniem emulsją asfaltową w tym oczyszczeniu jest wyszczególniony w pozycji 4.8. W pozycji 5.2. wyceniono ułożenie masy bitumicznej AC 16W PMB 25/55-60 o grubości 8 cm. Oczyszczenie przed skropieniem jest nieodłącznym elementem wykonania połączenia

międzywarstwowego, koniecznym aby uzyskać wymaganą trwałość nawierzchni dlatego też - nie można robić zarzutu sprzeczności treści tej pozycji z treścią SIWZ skoro z innego miejsca tego dokumentu wynika, iż oczekiwane czynności zostały wycenione.

Odwołujący podsumował, że w związku z powyższym, pomimo zaistniałych omyłek w kilku pozycjach Formularza cenowego - w istocie wycenił i zaoferował przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego dokumentacją techniczną, w tym Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót.

Dokonane przez siebie omówienie odstępstw od opisu przedmiotu zamówienia (w tym w Formularzu ofertowym) uznał za potwierdzenie, iż w ofercie odwołującego nie doszło do merytorycznej sprzeczności z treścią SIWZ, ale niezgodności są drobne i powinny być przez zamawiającego rozwiane w drodze wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie ewentualnie w drodze poprawienia omyłek na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp doprowadzone do pełnej zgodności z oczekiwaniami zamawiającego.

Odwołujący dodał, że suma pozycji nr 3 Formularza cenowego związana z oczyszczeniem i konserwacją przepustów (32 708,75 zł brutto), stanowi 1,18 % wartości oferty, a poszczególne pozycje w tym dziale, które zamawiający zakwestionował w wyniku rozstrzygnięcia postępowania stanowią 0,32% procentowy udział w kwocie całej oferty. Z tego odwołujący wywiódł, że pomyłki mają charakter bagatelny w stosunku do wartości całości zadania.

Odwołujący przytoczył wybrane orzecznictwo KIO, dotyczące tych kwestii. W tym wyrok z dnia 20 maja 2014 r. sygn. akt. KIO 884/14; KIO 895/14, w którym stwierdzono: *„Można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.”*

Odwołujący przekonywał, że jak wynika z powyższego zamawiający powinien w pierwszym rzędzie poddać analizie zaistniałe okoliczności, czy doszło w przedmiotowym przypadku do niezgodności zobowiązania wynikającego z oferty odwołującego z zakresem oczekiwanym w SIWZ, czego zamawiający nie uczynił odrzucając ofertę bez żadnych wyjaśnień.

W dalszej kolejności, biorąc pod uwagę orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jaki i wykładnię przepisów Pzp przez doktrynę w zakresie poprawiania omyłek w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, również tu zamawiający według odwołującego nie powinien mieć wątpliwości, co do konieczności zastosowania tych mechanizmów, gdyż potwierdza to orzecznictwo: *„Dyspozycja art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania*

jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z SIWZ. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia "nieświadomości" wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty ze specyfikacją czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z SIWZ. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z niedbalstwa, zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań SIWZ, etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ, która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a specyfikacją, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego. tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (co znajdzie ostateczny wyraz w braku zgody na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest bardzo trudne).

Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust, 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia "istotności" oraz definiowanej a contrario "nieistotności", a także możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust, 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem

samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Powyższe oczywiście nie dotyczy zmian formalnego sposobu prezentacji czy przedstawienia essentialiae negotii oferty bez dokonywania zmian ich ustalonego rzeczywistego znaczenia i treści, dotyczy natomiast zakazu istotnego zmieniania samego zobowiązania wyrażonego w ofercie. Zmiana zobowiązania ofertowego musi więc być zakresowo ograniczona. Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art 87 Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty (np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania innych danych w ofercie zawartych lub wynikających z SIWZ), ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. ” (wyrok z dnia 24 kwietnia 2012 r., Sygn. akt: KIO 823/12).

Biorąc pod uwagę powyższą treść orzeczenia, odwołujący wskazywał, iż postępowanie zamawiającego nosi znamiona wskazanych w treści odwołania naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości poniżej progów wskazanych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy odrzucenia oferty odwołującego, a więc jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 września 2014 r. do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba postanowiła nie dopuścić dowodu wnioskowanego przez odwołującego w postaci szczegółowej kalkulacji kosztów jego oferty – jako dotyczącego przyjętych przez odwołującego założeń kalkulacyjnych w oparciu o prawidłowy opis pozycji w Formularzu

cenowym. Izba postanowiła nie dopuścić tego dowodu, gdyż decydujące znaczenie ma zobowiązanie wykonawcy wykonania zakresu robót zgodnego z przedłożonym w ofercie Formularzem cenowym. Odwołujący przyznał niezgodności w złożonej ofercie z obowiązującym przedmiarem wywodząc, że mają one charakter omyłkowy i żądał ich poprawienia. Wobec czego teza dowodowa, że mimo tego kalkulacja cenowa została przeprowadzona poprawnie - pozostaje w sprzeczności z tymi wnioskami.

Izba postanowiła pominąć dowody zgłoszone w odwołaniu w postaci odwołania się przez odwołującego do postanowień poprzedniego unieważnionego postępowania na zbliżony przedmiot zamówienia, tj. na „Przebudowę odcinków drogi powiatowej nr 2162K o łącznej długości 5450 mb w miejscowościach Wężeń Górnym, odcinek 2178 mb, Wężeń Górnym-Prandocin-Iły, odcinek 3272 mb”, gdyż było bezsporne, że odwołujący zastosował Formularz cenowy z poprzedniego unieważnionego postępowania, zamiast zmienionego Formularza cenowego z danego postępowania, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 26.08.2014, numer ogłoszenia 283692 - 2014., znak: ZP/271/31/14.MH). Liczy się natomiast jedynie przedmiot zamówienia opisany w tym postępowaniu.

Izba postanowiła nie dopuścić wnioskowanego dowodu w postaci oferty dostawcy rur PPSN8 Fi 600 na okoliczność, że do niniejszego przetargu odwołujący zbierał oferty cenowe dostawców na ten właśnie materiał. Okolicznością powszechnie wiadomą, że Skanska S.A. jest dużym wykonawcą, realizującym wiele podobnych robót, w związku z czym zapytanie ofertowe niekoniecznie musiało dotyczyć tego przetargu, a poza tym tego rodzaju dowód nie mógłby mieć znaczenia przy ocenie zgodności treści oferty Skanska z treścią SIWZ.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi: „Przebudowa odcinków drogi powiatowej nr 2162K o łącznej długości 5450 mb w miejscowościach Wężeń Górnym, odcinek 2178 mb, Wężeń Górnym-Prandocin-Iły, odcinek 3272 mb”.

Kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena.

Zapisy SIWZ Rozdział I. Opis przedmiotu zamówienia.

Punkt 3. Szczegółowy zakres robót i sposób ich wykonania został określony w Formularzu cenowym i w Specyfikacjach Technicznych wykonania i odbioru robót (ST).

X. Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej.

1. Ceny jednostkowe oferty zostaną skalkulowane na podstawie zakresu zamówienia określonego w formularzu cenowym, wzorze umowy oraz w rozdziale I i III niniejszej

specyfikacji a także wizji w terenie i wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

2. Wykonawca określi ceny jednostkowe na wszelkie roboty wymienione w formularzu cenowym. Ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom.

3. Cenę oferty dla całości zadania stanowić będzie suma iloczynów jednostek i ceny jednostkowej w zaokrągleniu do setnych części złotego w formularzu cenowym.

4. Ceny przedstawione w kosztorysie ofertowym i w ofercie należy określić w złotych i setnych częściach złotego wraz z należnym podatkiem.

XI. Wzajemne rozliczenia finansowe realizacji przedmiotu zamówienia.

1. Rozliczanie robót będzie następować fakturami częściowymi, w oparciu o harmonogram rzeczowo finansowy, po cenach jednostkowych zgodnych z formularzem cenowym w oparciu o książkę obmiarów i wykaz robót wykonanych, sprawdzonych i odebranych przez Inspektora Nadzoru Zamawiającego.

Wzór umowy - § 3.

1. Wykonawca zobowiązuje się realizować powierzone roboty zgodnie ze Specyfikacją Techniczną (ST), dokumentacją techniczną, Formularzem Cenowym (przedmiarem) oraz Harmonogramem rzeczowo – finansowym. Opracowany Harmonogram rzeczowo – finansowy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia w dniu podpisania umowy.

Wzór umowy - § 8.

1. Całkowite wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy ustalone na podstawie oferty z dnia ... 2014 r. wynosi ...zł (brutto) słownie:../100, w tym należny podatek VAT.

2. Strony ustalają następujący sposób rozliczania wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy:

1) fakturami częściowymi, w oparciu o harmonogram rzeczowo - finansowy, po cenach jednostkowych zgodnych z Formularzem Cenowym w oparciu o książkę obmiarów i na podstawie protokołów odbioru częściowego robót wykonanych, sprawdzonych i odebranych przez Inspektora Nadzoru Zamawiającego.

W dniu 04.09.2014 r. zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej wzór formularza cenowego w aktualnej i obowiązującej wersji.

Termin składania ofert został wyznaczony do 11.09.2014 r.

Oferty złożyło 4 wykonawców.

Oferta odwołującego zawierała najniższą cenę – 2 783 200,53 zł.

Zamawiający powiadomił pismem z dnia 15.09.2014 r., że wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowo-Mostowe „DROG-BUD” F. F., 34-116 Spytkowice, ul. Zamkowa 3, która uzyskała w jedynym kryterium cena 100 punktów i podawała cenę 2 839 192,43 zł.

Jednocześnie poinformował o odrzuceniu ofert pozostałych wykonawców, w tym oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia ponieważ:

- znak sprawy formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do oferty nie odpowiada znakowi sprawy przedmiotowego postępowania,
- treść punktu 3 Formularza Cenowego nie jest zgodna z treścią punktu 3 obowiązującego Formularza Cenowego przedmiotowego postępowania,
- zakres rzeczowy robót wyceniony w poz. 1.3,3.1,3.3,3.4,3.6,5.2 Formularza cenowego nie jest zgodny z obowiązującym Formularzem Cenowym przedmiotowego postępowania.

W związku z tym, niezgodności tych nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie powodując istotnych zmian w treści oferty.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta zawierała najniższą cenę. Był zatem uprawniony, aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny jego oferty – które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać go na poniesienie szkody.

Izba zgodziła się z twierdzeniami odwołującego, że niezgodność znaku sprawy wpisanego w Formularzu cenowym (ZP/271/27/14.MK) ze znakiem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (ZP/271/31/14.MK) nie wpływa na ocenę treści oferty, a wymóg wpisania znaku sprawy w Formularzu cenowym ma charakter formalny, mający za zadanie ułatwienie zidentyfikowania danego dokumentu i przypisania go do konkretnego postępowania. Dokument ten został złożony w aktualnym postępowaniu, a więc do niego się odnosi, także tytuł punktu 3 Formularza cenowego nie stanowi treści oferty, jako że jest to jedynie oznaczanie grupy robót z kosztorysu ofertowego, a nie pozycja kosztorysu według Formularza - podlegająca wycenie. Wskazanie takich niezgodności nie mogło być powodem odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła jednak podstaw do uwzględnienia wszystkich, z pozostałych zarzutów odwołania. Okolicznością bezsporną pozostawało, że zaoferowane świadczenie w Formularzu cenowym – kosztorysie ofertowym, według wyspecyfikowanych elementów wraz z ceną całkowitą i cenami jednostkowymi stanowi istotną treść oferty. Zamawiający w sposób jednoznaczny żądał w SIWZ – „Wykonawca określi ceny jednostkowe na wszelkie roboty wymienione w formularzu cenowym.”

Odwołujący przyznał również stwierdzone przez zamawiającego odstępstwa w treści jego oferty – w pozycjach 1.3,3.1,3.3,3.4,3.6,5.2 Formularza cenowego, które stały się podstawą czynności zamawiającego odrzucenia tej oferty, które tłumaczył popełnieniem omyłek.

Ad. Zarzut dot. poz. 1.3 Formularza cenowego.

Obowiązujący opis – rozebranie warstw bitumicznych nawierzchni, odwóz materiału na koszt wykonawcy.

Opis w ofercie Skanska – rozebranie nawierzchni części drogi z betonu asfaltowego, odwóz materiału na koszt wykonawcy.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że skoro wykonawca Skanska zaoferował tylko rozebranie nawierzchni części drogi z betonu asfaltowego, to nie wiadomo o jaką część chodzi, zamawiający niewątpliwie wymagał rozebrania warstw bitumicznych w całości. Ilość, co do wielkości powierzchni, czy długości drogi jest podana w metrach, natomiast rozebranie warstw bitumicznych nawierzchni w całości - mogłaby potwierdzać ilość m³ odwożonego materiału, ale takich danych formularz nie zawiera. Treść oferty Skanska w tym elemencie nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Ad. Zarzut dot. poz. 3.1 Formularza cenowego.

Wyszczególnienie robót w Formularzu cenowym brzmi – oczyszczenie przepustów pod zjazdami indywidualnymi o średnicy 50 cm znajdującymi się w części drogi powiatowej.

Wyszczególnienie robót w ofercie Skanska w poz. 3.1 – wykonanie i oczyszczenie przepustów pod zjazdami indywidualnymi o średnicy 50 cm znajdującymi się w części drogi powiatowej.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego - wymieniona pozycja przedmiaru nie przewidywała wykonania przepustów, a wykonawca niezgodnie z tym zaoferował ich wykonanie, a zatem należało przyjąć, że i wycenił wykonanie przepustów o średnicy 50 cm, bez względu na wysokość tej wyceny. Z tego powodu zasadnie oferta wykonawcy Skanska została uznana za niezgodną z treścią SIWZ. Takiego zakresu robót zamawiający nie

zamawiał, a skoro przyjął by ofertę odwołującego musiałby te roboty odebrać i za nie zapłacić.

Ad. Zarzut dot. poz. 3.3 Formularza cenowego.

Według SIWZ opis pozycji powinien mieć brzmienie - wykonanie przepustu rurowego pod drogą powiatową o średnicy 60 cm z PP,SN8 2 rury o długości 12 m każda.

Skanska zaoferowała - wykonanie przepustu rurowego pod drogą powiatową o średnicy 60 cm bez dookreślenia, że ma on być wykonany z PP,SN8 2 rury o długości 12 m każda.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że nie zaoferowanie wykonania przepustu z użyciem wskazanego dokładnie materiału skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Owe 2 przepusty pod drogą miały być wykonane z rur polipropylenowych o oznaczonej danym symbolem grubości i właściwościach. Z tego powodu zasadnie oferta wykonawcy Skanska została uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

Ad. Zarzut dot. poz. 3.4 Formularza cenowego.

Według SIWZ opis pozycji powinien mieć brzmienie – wykonanie ścianek czołowych przepustu o średnicy 60 cm wraz z ławami fundamentowymi beton C20/25 pod przepust.

Skanska zaoferowała – wykonanie ścianek czołowych wraz z ławami fundamentowymi beton C20/25 pod przepust, bez wskazania średnicy.

Izba uznała, że dana niezgodność kwalifikowałaby się do poprawy, gdyby z innych względów oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Wykonawca wprowadzie w tej pozycji pominął oznaczenie średnicy przepustu pod drogą – 60 cm, dla którego mają być wykonane ścianki czołowe. Zarazem jednak nie mogła być zastosowana inna średnica ścianek czołowych przepustów pod drogą gdyż wynika ona ze średnicy samego przepustu 60 cm, zaoferowanego w poz. 3.3 kosztorysu ofertowego. Tylko tego rodzaju przepustom było dedykowane wykonanie ścianek czołowych. Ścianki czołowe przepustów pod zjazdami o średnicy fi 50 cm mają być wykonane w technologii obrukowania. Ilości (4 szt) wskazują też na ścianki czołowe pod przepustami drogowymi, gdyż na jeden przepust przypadają 2 ścianki czołowe.

Ad. Zarzut dot. pkt 3.6 Formularza cenowego.

Wg SIWZ opis pozycji powinien obejmować wykonanie zasypki piaskowej grubości 10 cm rur przepustów o średnicy 60 cm.

Skanska podała - wykonanie zasypki piaskowej rur przepustów o średnicy 60 cm, opuściła, iż grubość zasypki piaskowej ma wynosić 10 cm.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego – iż jest to niezgodność z SIWZ, albowiem wykonawca zaoferował wykonanie zasypki piaskowej, ale nie oznaczył warstwy tej zasypki jaką oferuje. Nawet jeżeli obowiązują standardy budowlane, to zamawiający wymagał wprost w kosztorysie ofertowym wskazania grubości zasypki 10 cm. Wykonanie właściwej warstwy zasypki gwarantuje odpowiednią stabilizację gruntu i brak jego osiadania. Z tego powodu zasadnie oferta wykonawcy Skanska została uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

Ad. Zarzut dot. poz. 5.2 Formularza cenowego.

Wg SIWZ opis punktu powinien mieć brzmienie – wykonanie warstwy z betonu asfaltowego AC16W PMB 25/55 – 60 grubości 8 cm po zagęszczeniu na uprzednio skropionej i oczyszczonej powierzchni.

Skanska zaoferowała - wykonanie warstwy z betonu asfaltowego AC16W PMB 25/55 – 60 grubości 8 cm po zagęszczeniu, nie został uwzględniony wymóg aby było to wykonane „na uprzednio skropionej i oczyszczonej powierzchni”.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż jest to poważne odstępstwo, ponieważ na całej powierzchni przed wykonaniem warstwy z betonu asfaltowego należało zaoferować oczyszczenie warstwy podkładowej oraz skropienie jej lepiszczem, a tego wykonawca Skanska w kosztorysie ofertowym nie przewidział, w szczególności wątpliwości mogą dotyczyć oczyszczenia warstwy podkładowej. Jeżeli nawet założyć, iż skropienie powierzchni lepiszczem było ujęte w pkt 4.7 Formularza cenowego, to wystąpił ewidentny brak zaoferowania oczyszczenia warstwy podkładowej, a pominięcie tego elementu robót mogłoby mieć wpływ na efekt jakościowy wykonanej drogi. Z tego powodu zasadnie oferta wykonawcy Skanska została uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

Pozostawało, zatem ustalenie, czy stwierdzone niezgodności z treścią SIWZ nadawały się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz czy zamawiający miał podstawy do wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty (...) dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Zamawiający nie ma więc obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień każdorazowo, o ile tylko stwierdza podstawy do odrzucenia oferty i rozważa możliwości jej poprawy, ale samodzielnie ocenia czy wezwanie jest dopuszczalne – nie spowoduje zmiany treści oferty, oraz czy w zgodzie z przepisami ustawy Pzp możliwe jest zastosowanie przewidzianych procedur sanacyjnych, umożliwiających doprowadzenie do zgodności treści

oferty wykonawcy z treścią SIWZ. Jeżeli zamawiający takich możliwości wyeliminowania nieprawidłowości oferty - jedynie poprzez wyjaśnienia jej treści zasadnie nie dostrzega, nie można mu przypisać zaniechania zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby wyjaśnienia wykonawcy Skanska, poza poz. 3.4. – wykonanie ścianek czołowych przepustu o średnicy 60 cm - musiałyby prowadzić do dokonania istotnych zmian w treści jego oferty, poprzez zmianę zaoferowanego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia i oznaczenie materiału - po upływie terminu składania ofert. Z powyższych względów zamawiający nie złamał przepisu art. 87 ust. 1 Pzp - nie wzywając wykonawcy Skanska S.A. do wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty.

Pozostała, zatem do rozważenia kwestia możliwości poprawy tej oferty samodzielnie przez zamawiającego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do prostowania w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przesłanka popełnienia omyłki w ofercie Skanska została wykazana, skoro wykonawca skorzystał z Formularza cenowego stosownego do poprzednio prowadzonego postępowania – unieważnionego przez zamawiającego. Niewątpliwie genezą wystąpienia omyłek była niedbałość wykonawcy, gdyż zmiana Formularza cenowego oferty została przez zamawiającego wyraźnie zapowiedziana i ogłoszona na jego stronie internetowej. Liczy się jednak sam fakt zaistnienia pomyłki i uprawdopodobnienia okoliczności jej popełnienia.

Przy tym Izba zauważa, że stanowisko odwołującego nie cechowało się w tym zakresie całkowitą konsekwencją, gdyż np. odnośnie pozycji 5.2. Formularza cenowego wykonawca wskazywał, że pominięte przez niego elementy robót „uprzednio skropionej i oczyszczonej powierzchni” wchodzi w zakres opisu pozycji 5.4 i 5.7 SSTD 05.03.05. - przygotowanie podłoża oraz w zakres pozycji 4.7 Formularza ofertowego - i dlatego zostały pominięte w poz. 5.2 Formularza ofertowego.

Takie tłumaczenie wskazywałby na celowe działanie niezgodne z SIWZ, nie mające charakteru omyłki. Jeżeli, bowiem wykonawca uznawał, że oznaczone roboty w Formularzu cenowym np. „oczyszczenie powierzchni” się dublują, winien to skarżyć na etapie odwołań wobec SIWZ.

Wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter kosztorysowy. W Formularzu cenowym, stanowiącym w istocie kosztorys ofertowy według przekazanego wykonawcom przedmiaru – wykonawca był zobowiązany ująć pełen opis danej pozycji oraz ją wycenić.

Przedmiar zamawiającego w opisie pozycji nie odwołuje się do numerów odnośnych postanowień STWiORB, na podstawie których – przywołanych także w kosztorysie ofertowym - można byłoby dokonać korekty niepełnego, czy wadliwego opisu danej pozycji.

Tak więc z samego faktu, że istnieje dokumentacja projektowa dla danego przetargu nie można wywodzić, iż wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z tą dokumentacją zgodnego, skoro wiążący był kosztorys ofertowy, przy którym rozliczanie robót będzie następować fakturami częściowymi, (...) po cenach jednostkowych zgodnych z Formularzem cenowym w oparciu o książkę obmiarów i wykaz robót wykonanych, sprawdzonych i odebranych przez Inspektora Nadzoru Zamawiającego.

Pozycje przedmiaru zostały ustalone i opisane na oznaczonym poziomie zagregowania poszczególnych zakresów robót i czynników cenotwórczych do nich przynależnych. Nawet z tych względów, dopisane pewnego elementu robót, a szczególnie wyłączenie robót, które w danej pozycji nie powinny się znaleźć (jak wykonanie przepustów z poz. 3.1. (w jednostce miary: kpl, a oczyszczenie przepustów - w jednostce miary - m) – nie poddaje się samodzielnej poprawie przez zamawiającego, gdyż nie może być mu wiadome, jaki parytet miałby przyjąć przy pomniejszaniu, czy też zwiększaniu ceny jednostkowej pozycji, w ramach dokonywanych korekt.

Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, że tylko opis pozycji był wadliwy, wycena zaś prawidłowa - w oparciu o zakres robót opisany w przedmiarze w SIWZ, gdyż takie twierdzenia nie poddają się weryfikacji dowodowej. Logiczne jest, że jeżeli wykonawca przyjmuje oznaczony zakres robót do wykonania, to i go wycenia, według własnej indywidualnej kalkulacji.

W ustalonych okolicznościach sprawy oferta odwołującego przewiduje częściowo odmienny sposób wykonania zamówienia, niż opis przywołany w Formularzu cenowym, nie oferuje też pełnego asortymentu materiałowego zapotrzebowanego przez zamawiającego. W konsekwencji należało też przyjąć, że i ceny jednostkowe w zakwestionowanych pozycjach zostały wyliczone w sposób wadliwy.

Odwołujący podnosił, że skutki cenowe według zamierzonej przez niego korekty własnej oferty byłby niewielkie, albo żadne. Jednakże zamawiający nie dysponował danymi, aby dokonać takich wyliczeń. Nie jest możliwe do ustalenia - jakie następstwa dla ceny oferty - przyniosłoby skorygowanie zakresu rzeczowego zamówienia w kosztorysie ofertowym odwołującego, gdyż nie został on sporządzony metodą szczegółową. Nie zostały zatem spełnione przesłanki dla sprostowania w ofercie wykonawcy Skanska S.A. popełnionych omyłek, powodujących niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków

zamówienia, gdyż powodowałyby to istotne zmiany w treści oferty, w szczególności dotyczące sposobu wykonania robót.

W sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, i oferta nie podlega poprawie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający zobligowany jest taką ofertę odrzucić.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

- art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, gdyż wyjaśnienia takie musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłek, gdyż poprawa miałaby charakter istotny;
- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Skanska S.A. gdyż była ona niezgodna z SIWZ, a niezgodności tej nie można było poprawić;
- art. 91 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowo-Mostowego „DROG-BUD” F. F., gdyż oferta ta wobec zasadnego odrzucenia oferty odwołującego – była najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

