

WYROK
z dnia 29 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Katarzyna Prowadzisz
Małgorzata Rakowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) oraz PB JAEKEL - BUD - TECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialności Spółka komandytowa z siedzibą w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) oraz PB JAEKEL - BUD - TECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Sosnowcu i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) oraz PB JAEKEL - BUD - TECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Sosnowcu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:.....
Członkowie:
.....

Sygn. akt KIO 2337/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Górnictwa Węglowego w Zabrzu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *pn. Obiekt Prinz Schonaich i Warsztat Elektryczny - wykonanie prac budowlanych, konserwatorskich wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach projektu „Rewitalizacja i udostępnienie przemysłowego Dziedzictwa Górnego Śląska”, znak sprawy ZP/21/MGW/2018* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 sierpnia 2018 r., za numerem 2018/S 146-333571. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 13 listopada 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. (pełnomocnik) oraz PB JAEKEL - BUD - TECH Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Sosnowcu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechania poprawienia oferty Odwołującego z uwagi na omyłki w kosztorysie ofertowym dla branży Zagospodarowanie Terenu, Mur Oporowy - Etap 1, które są możliwe do poprawienia, a z ostrożności procesowej ewentualnie od zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty oraz od zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy możliwe jest poprawienie omyłek w ofercie - kosztorysie ofertowym dla branży Zagospodarowanie Terenu, Mur Oporowy - Etap 1,
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego - kosztorysie

ofertowym dla branży Zagospodarowanie Terenu, Mur Oporowy - Etap 1, co doprowadziłoby do zgodności oferty z SIWZ, a z ostrożności procesowej art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty,

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu, unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego, z ostrożności ewentualnie nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a także wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że jego oferta została niezasadnie odrzucona. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, zostałaby sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Zatem w sytuacji potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania danego zamówienia i nieosiągnięcie zysku, jaki został założony w związku z uzyskaniem niniejszego zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że powziął informację o czynności Zamawiającego w dniu 31 października 2018 roku wskutek doręczenia przez Zamawiającego pisma datowanego na dzień 30 października 2018 roku stanowiącego zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zważywszy na treść art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 14 ust. 2 ustawy pzp Odwołujący pozostaje uprawniony do wniesienia odwołania w terminie 10 dni, tj. do dnia 13 listopada 2018 roku włącznie (z uwagi na dni ustawowo wolne od pracy), a tym samym termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych obejmujących rewitalizację i udostępnienie przemysłowego dziedzictwa Górnego Śląska na przykładzie Kopalni Królowa Luiza w Zabrzu obejmującą swoim zakresem zmianę sposobu użytkowania obiektów, z podziałem na 3 etapy: Etap I (objęający zakres podstawowy), Etap II (objęty zakresem Opcji Nr 1) oraz Etap III (objęty zakresem Opcji Nr 2). Zgodnie z rozdziałem 14 SIWZ „Opis sposob obliczania ceny”, podstawą obliczenia ceny ofertowej winny być Przedmiary robót opracowane przez Zamawiającego. Jednocześnie, obliczenie ceny winno być dokonane przez wykonawcę poprzez sporządzenie Kosztorysów ofertowych na podstawie Przedmiarów robót opracowanych przez Zamawiającego. Zgodnie z instrukcją Zamawiającego Kosztorysy ofertowe należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, która polega na obliczeniu ceny kosztorysowej, jako sumy iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych. Zamawiający, prowadząc postępowanie, dołączył do dokumentacji postępowania kosztorysy ofertowe oraz przedmiary robót, zarówno w formacie PDF, jak i w formacie ATH (zawarte w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załączniki Nr 1 do SIWZ), które wykonawcy zobowiązani byli wypełnić i załączyć wraz z ofertą. Zamawiający przewidział kosztorysowy sposób zapłaty wynagrodzenia. W dniu 22 sierpnia 2018 r. Zamawiający dokonał modyfikacji przedmiarów robót, poprzez zamieszczenie na stronie internetowej przedmiarów robót w formacie ATH (plik w formacie „edytowalnym”, który służył do przygotowania kosztorysów ofertowych) dla następujących pozycji dla branży: Zagospodarowanie Terenu - Mur Oporowy Etap 1 oraz Zagospodarowanie Terenu - Mur Oporowy Etap 2: dla Etapu I - usunięto przedmiary: „04.Mur oporowy-prz.ath”, „Niecka_mur oporowy” i zastąpiono je przedmiarem „04.Mur oporowy etap I.ath”; dla Etapu II - usunięto przedmiar „04.Mur oporowy-prz.ath” i zastąpiono przedmiarem: „04.Mur oporowy etap 2.ath”. Jak się okazało już po terminie złożenia ofert: przedmiar dla Etapu 2 (format ATH) nazwa: 04.Mur oporowy etap 2.ath wprowadzony przez Zamawiającego zmianą z 22 sierpnia 2018 r. był poprawny i odpowiadał przedmiarowi w formacie PDF stanowiącym załącznik do SIWZ; przedmiar dla Etapu 1 (format ATH) nazwa: 04.Mur oporowy etap I.ath wprowadzony przez Zamawiającego zmianą z 22 sierpnia 2018 r. był błędny, nie odpowiadał przedmiarowi w formacie PDF stanowiącym załącznik do SIWZ. Co szczególnie istotne w przedmiotowej sprawie, prawidłowe przedmiary robót dla branży Zagospodarowanie Terenu - Mur Oporowy dla

Etapu 1 (plik o nazwie: 04.Mur oporowy-prz-etap I.PDF) i Etapu 2 (plik o nazwie: Mur oporowy-prz-etap II.PDF) są identyczne co do zakresu robót (określają takie same pozycje przedmiarowe), a różnią się jedynie ilością robót do wykonania, oznaczonych w przedmiarze. Odwołujący przygotowując ofertę wycenił i dołączył do oferty: dla Etapu I - kosztorys przygotowany w oparciu o przedmiar robót w formacie ATH zmieniony przez Zamawiającego 22 sierpnia 2018 r., plik o nazwie: 04.Mur oporowy etap I.ath, dla Etapu II - kosztorys przygotowany w oparciu przedmiar robót w formacie ATH zmieniony przez Zamawiającego 22 sierpnia 2018 r., plik o nazwie: 04.Mur oporowy etap 2.ath. Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego poinformował, że *złożony przez Wykonawcę Kosztorys ofertowy dla Etapu 1 stanowiący treść oferty nie odpowiada treści SIWZ określonej w szczególności w przedmiarach robót. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że treść oferty Wykonawcy w zakresie określonym w Kosztorysie ofertowym - Mur oporowy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie określonym w Przedmiarze robót - Prace remontowo- konserwatorskie - mur. Wykazanej wyżej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można uznać za inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.*

Odwołujący podniósł, iż nie zgadza się z taką konstatacją Zamawiającego, która doprowadziła do odrzucenia jego oferty. W ocenie Odwołującego mamy bowiem do czynienia z „klasyczną” omyłką, polegającą na dołączeniu do oferty, na skutek błędu samego Zamawiającego, który w zmianie SIWZ z 22 sierpnia 2018 r.; zamieścił na swojej stronie internetowej błędny kosztorys w formacie ATH dla branży Zagospodarowanie Terenu - Mur Oporowy dla Etapu 1, który to kosztorys został następnie wyceniony przez Odwołującego. Niezależnie od powyższego, omyłka ta mogła być w prosty sposób skorygowana i poprawiona przez Zamawiającego na podstawie danych zawartych w ofercie Odwołującego. Co równie istotne, Odwołujący w formularzu ofertowym zobowiązał się do *wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia*. Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, która opisuje przedmiot świadczenia, a nie tylko i wyłącznie załączonym do oferty kosztorysem (wykonanym na podstawie przedmiaru robót). Wprowadzenie do ustawy pzp przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 miało przeciwdziałać odrzucaniu ofert zawierających błahе omyłki (definiowane ogólnie jako drobne, niezamierzone niedokładności), niemające charakteru pisarskich, czy rachunkowych, które powodują niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Na jego podstawie dopuszczalne jest m.in. korygowanie kosztorysów ofertowych zawierających braki w wycenie pozycji kosztorysowych, co nie jest kwestionowane w orzecznictwie KIO. Zmiany w tych dokumentach są *zresztą chyba najczęstszymi spośród zmian dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3. Przyczyną tego jest niewątpliwie częsta obszerność kosztorysów, zawierających setki i tysiące pozycji. Zresztą błędy w kosztorysie ofertowym, niewielkie w swej treści, ale bardzo niekorzystne w skutkach dla zamawiającego, dały początek nowelizacji przepisu art. 87 i wprowadzenia do niego ust. 2 pkt 3*. Jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy nowelizującej przepisy ustawy pzp intencją ustawodawcy było właśnie umożliwienie zamawiającym dokonywanie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Zamawiający powinien ustalić zatem, w pierwszej kolejności, czy dostrzeżona niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma w ogóle charakter omyłki, czy też nieusuwalnego, w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, merytorycznego błędu. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dokonał takiej czynności, mając ku temu ustawowe możliwości. Zamawiający nie zwrócił się o złożenie wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie treści złożonej oferty, co mogłoby pomóc Zamawiającemu prawidłowo ocenić ofertę Odwołującego. Niemniej jednak, poprawienie kosztorysów złożonych przez Odwołującego nie nastroczałoby Zamawiającemu żadnych trudności z uwagi na fakt, że wszelkie niezbędne dane znajdują się w innym kosztorysie Odwołującego, mianowicie w „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 2” (str. 141-143 oferty Odwołującego), który określa taki sam zakres rzeczowy robót, co prawidłowy kosztorys i przedmiar dla „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1”. Skoro zatem zakres rzeczowy robót określony i wyceniony według cen jednostkowych przez Odwołującego w ofercie - „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 2” (str. 141-143 oferty Odwołującego) (kolumny: „1 L.p.”, „2 Podstawa wyceny”, „3 Opis”) odpowiada zakresowi rzeczowemu określonymu w kosztorysie „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1” to Zamawiający, na podstawie treści oferty Odwołującego tj. „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 2” (str. 141-143 oferty Odwołującego) mógł i powinien dokonać poprawienia oferty Odwołującego w zakresie kosztorysu „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1”, przykładowo w ten sposób, że: skoro przedmiary dla branży „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1” oraz „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 2” są identyczne co do zakresu rzeczowego robót, to do wyceny robót „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1” Zamawiający przyjmie identyczny zakres rzeczowy robót oraz ceny jednostkowe zaoferowane przez Odwołującego zgodnie z kosztorysem „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 2” w kolumnie: 6 „Cena zł” (str. 141-143 oferty Odwołującego); ceny jednostkowe z kosztorysu „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 2” (kolumna: 6 „Cena zł”) zostaną zastosowane do obliczenia wartości łącznych danych

pozycji kosztorysu oraz ceny całkowitej zakresu robót określonym w prawidłowym kosztorysie „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1”; łączna cena danych pozycji kosztorysowych kosztorysu „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1” (kolumna 7 „Wartość zł 5x6”) zostanie obliczona jako iloczyn cen jednostkowych z kosztorysu „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 2” (kolumna: 6 „Cena zł”) oraz ilości przedmiarowych wskazanych w prawidłowym kosztorysie „Zagospodarowanie terenu - Mur oporowy Etap 1” (kolumna 5 „Ilość”). Przeliczone wartości poszczególnych pozycji kosztorysu (kolumna 7 „Wartość zł 5x6”) zostaną zsumowane w celu ustalenia całkowitej wartości robót kosztorysowych bez podatku VAT. Ustalona w powyższy sposób całkowita wartości robót kosztorysowych bez podatku VAT zostanie podstawiona do tabeli: Zestawienie kosztorysów ofertowych (str. 5 oferty Odwołującego), część: Zabrze Wolności - Wartość Inwestycji Etap 1, pozycja nr 4. Zagospodarowanie Terenu - Mur oporowy Etap 1” w poniższy sposób, co pozwala również na ustalenie całkowitej wartości robót za Etap 1 (wartość netto ustalona po zsumowaniu poszczególnych pozycji kosztorysowych), wartość podatku VAT zgodnie z formularzem ofertowym według stawki 23%, co pozwala na ustalenie wartości brutto) oraz całkowitej wartości robót łącznie dla Etapu 1, Etapu 2 i Etapu 3. Zamawiający mógł bez trudu dokonać poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie danych zawartych w ofercie Odwołującego, bez konieczności poszukiwania ich poprzez zwracanie się o wyjaśnienia do Odwołującego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r., sygn. akt KIO 2365/13, KIO 2370/13.

Odnosząc się do uzasadnienia prawnego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązany jest poprawić w ofercie Odwołującego tzw. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (a dodatkowo niezwłocznie zawiadomić o tym Odwołującego). Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp mówi wprost o tym, że po spełnieniu dwóch zawartych w nim przesłanek, Zamawiający nie tyle ma prawo, co jest zobowiązany dokonać poprawki zidentyfikowanej niezgodności. Przesłanki, o których mowa powyżej, mówią o tym, że (i) zauważona nieprawidłowość musi mieć charakter omyłki oraz (ii) poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Nie budzi wątpliwości w ocenie Odwołującego, że nawet przyjmując założenie o zaistniałej niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ, wskazane przesłanki zostały spełnione w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, co powinno skutkować poprawieniem oferty Odwołującego. W odniesieniu do omyłkowego charakteru nieprawidłowości Odwołujący zaznaczył, że co do zasady, wskazane pojęcie nie powinno być interpretowane zawężająco. Oczywistym jest, że omyłka nie może być konsekwencją celowego działania ze strony wykonawcy (np. wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO 47/09). Omyłkę należy jednak rozumieć nie tylko jako omyłkę techniczną (pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen czy wartości), ale jako wszelkie niezgodności treści oferty wykonawcy, który się ich dopuszcza działając w przekonaniu, że składa oświadczenie w pełni zgodne z treścią SIWZ. Spełnienie drugiej przesłanki wyznacza nieostre pojęcie „niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Posługując się pojęciem nieostrym Ustawodawca zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek. Sformułowanie to może budzić pewne wątpliwości, ponieważ trudno jest jednoznacznie wskazać gdzie leży granica między istotnymi a nieistotnymi zmianami w treści oferty. W związku z powyższym granicę tę każdorazowo należy odnieść do danych okoliczności faktycznych sprawy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się, np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się nawet do ich essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Na potwierdzenie Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09. Odwołujący zaznaczył, że ewentualna korekta w zakresie kosztorysów ofertowych, nie może być uznana za istotną ingerencję w treść oferty Odwołującego. Ewentualne zmiany miałyby na tyle marginalny charakter, że nie można by mówić w takiej sytuacji o powstaniu całkiem nowego oświadczenia woli (zmiana ceny całkowitej z kwoty 24.848.992,87 zł na 25.041.664,18 zł, to jest o kwotę 192.671,31 zł, czyli o 0,78% pierwotnej wartości). Wobec czego, nieuprawnione byłoby twierdzenie, jakoby poprawienie omyłki, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp prowadziło do istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 24 października 2012 r., sygn. akt KIO 2200/12. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmienne od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że zarówno zakres zmian, które powinny zostać wykonane w kosztorysie Odwołującego został już w ofercie przewidziany - możliwy do ustalenia na podstawie oferty Odwołującego, jak i wartość tych zmian jest marginalna, zatem Zamawiający miał obowiązek dokonać poprawy omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Jednocześnie istnieją uzasadnione podstawy do przyjęcia, że Odwołujący dopuścił się w zakresie powyższego niezamierzonej omyłki,

która wynikała z przekazania przez Zamawiającego błędnego przedmiaru w formacie ATH dla Etapu I, co nie zmienia faktu, że Odwołujący zaoferował całość przedmiotu zamówienia a także prawidłowo wycenił oferowane świadczenie. Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i Zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty Odwołującego, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający miał wszelkie dane ku temu, aby dokonać samodzielnie poprawy oferty Odwołującego w zakresie jednego z kosztorysów ofertowych. Nie czyniąc tego, Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, co doprowadziło do niesłusznego odrzucenia oferty Odwołującego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 825/13 oraz wyrok z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1127/10. Z ostrożności procesowej, Odwołujący podkreślił, że gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty przez Odwołującego, to mógł skorzystać z instytucji wezwania do wyjaśnień, przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy pzp i w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego dokonać odpowiedniej poprawy jego oferty. Zamawiający jednak takiej czynności również nie dokonał.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Odwołujący wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowania przywołanego przepisu „treść oferty” i „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia” jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie KIO poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący popełnił kwalifikującą się do poprawienia omyłkę w kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą. Wyprecyzowane przez Zamawiającego, pominięte pozycje w kosztorysie Odwołującego, można było „naprawić” poprzez ich przekalkulowanie z kosztorysu ofertowego dla Etapu 2, który obejmuje identyczny zakres rzeczowy robót. Zamawiający miał zatem solidne podstawy do uznania, że owe pominięte pozycje zostały uwzględnione w odpowiedni sposób, i - co istotne - wycenione w kosztorysach przez Odwołującego. W warunkach wynagrodzenia kosztorysowego ma to o tyle znaczenie, że o rzeczywistym, należnym wynagrodzeniu wykonawcy decyduje liczba rzeczywiście wykonanych robót, których ceny zaoferowane przez wykonawcę mają zasadnicze znaczenie dla ustalenia jego wynagrodzenia. Stąd też, wszystkie te elementy były dostępne Zamawiającemu wraz z ofertą Odwołującego. Powołał się na wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 64/14. Wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 ustawy pzp, z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie Zamawiającego Odwołujący podkreślił - zgodnie z ugruntowanym i jednolitym orzecznictwem Izby - iż skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek Zamawiającego, jeśli stwierdzone niejasności mogłyby skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy pzp i prowadzić by mogło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza. Tym samym sankcja przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp winna nastąpić dopiero po wyczerpaniu dozwolonych prawem możliwości zmierzających chociażby do wyjaśnienia oferty w celu ustalenia jej zgodności z SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający każdorazowo, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp winien - po pierwsze - uzyskać całkowite przekonanie, że oferta jest niezgodna z SIWZ, a następnie rozważyć możliwość poprawienia takiej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający takich czynności nie wykonał, a przez to nie jest możliwe twierdzenie, jakoby oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ, przez co należałoby ją odrzucić.

W odniesieniu do zarzutu 3 odwołania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu niesłuszenie pozbawił go szansy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz realizacji tej umowy. Podkreślił, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, stosując do wszystkich ofert te same kryteria oceny, a ocena z ich zastosowaniem ma być oparta na informacjach

(oświadczeniach), wynikających z treści oferty. W konsekwencji w niniejszym postępowaniu Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego i nie dokonując wyboru najkorzystniejszej jego oferty, naruszył art. 91 ust. 1 ustawy pzp. W konsekwencji naruszył zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasadę udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, o których to zasadach stanowi art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp.

W dniu 23 listopada 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach. Na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach stał się uczestnikiem postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający podzielił zamówienie na trzy Etapy, przy czym Etap I stanowił zamówienie podstawowe (gwarantowane), natomiast Etapy II i III zostały objęte prawem opcji (pkt 4.1.1. - 4.1.3. SIWZ). *Zlecenie na realizację zakresu robót objętych prawem opcji następować będzie w drodze pisemnego powiadomienia w ramach zawartej umowy (pkt 4.3. SIWZ).*

Na ofertę składać miały się m.in. Kosztorysy ofertowe - 28 kosztorysów Etapu I, 7 kosztorysów Etapu II i 7 kosztorysów Etapu III sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie Przedmiarów robót opracowanych przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Rozdziału 14 SIWZ. (12.3.2. SIWZ).

W pkt 14 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące sposobu ustalenia ceny:

14.1. Podstawą obliczenia ceny ofertowej są Przedmiary robót opracowane przez Zamawiającego zawarte w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załączniki Nr 1 do SIWZ. 14.2. Obliczenia ceny oferty Wykonawca dokonuje poprzez sporządzenie Kosztorysów ofertowych na podstawie Przedmiarów robót opracowanych przez Zamawiającego stanowiących załącznik Nr 1 do SIWZ. 14.3. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, która polega na obliczeniu ceny kosztorysowej, jako sumy iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT). 14.3.2. Cena jednostkowa [...] uwzględnia wszystkie koszty robocizny, materiałów, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk. 14.3.3. Ceny jednostkowe [...] przyjmowane do kalkulacji uproszczonej nie uwzględniają podatku od towarów i usług (VAT). 14.3.4. Ceny jednostkowe [...] nie mogą uwzględniać krotności wykonania określonej pozycji przedmiaru robót. 14.4. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić przy zachowaniu następujących założeń: 14.4.1. W kosztorysie ofertowym nie może być pominięta żadna pozycja przedmiarów robót. 14.4.2. Poszczególne pozycje przedmiarów robót należy wycenić zgodnie z opisem pozycji zawartym w przedmiarach robót. 14.4.3. W kosztorysie ofertowym nie może wprowadzać żadnych pozycji dodatkowych. 14.4.4. W kosztorysie ofertowym można wprowadzić własną numerację pozycji, zachowując jednak ich

kolejność przyjętą w przedmiarach robót.

Do porównania i oceny ofert Zamawiający będzie brał pod uwagę cenę brutto całości zamówienia, tj. Etapu I — zakresu podstawowego, Etapu II- zakresu objętego Opcją Nr 1, Etapu III - zakresu objętego Opcją Nr 2 (pkt 14.9 SIWZ).

Zgodnie z § 22 załącznika nr 3 do SIWZ (wzór umowy) wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy. Za ostateczną wartość wykonanych robót budowlanych (ostateczne wynagrodzenie WYKONAWCY) Strony uznają iloczyn ilości odebranych robót budowlanych, ustalonych na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych przez Inspektora nadzoru obmiarów i odpowiadających im określonych Umową i Ofertą cen jednostkowych (pkt 22.1.3. SIWZ).

W formularzu ofertowym wykonawcy składali oświadczenie o następującej treści: oferuję/my wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia [w tym miejscu wskazać należało ceny ofertowe dla całego Etapu I, II i III]. Oświadczam (-y), że powyższa cena wynika z zawartego w ofercie Kosztorysu ofertowego i zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty.

Zawiadomieniem nr 1 z dnia 20 sierpnia 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie pkt 15 - kryteria oceny ofert. Ustalono zostały trzy kryteria oceny ofert: Cena Etap I - zakres podstawowy - waga 56 %, Cena Etapy II i II łącznie - zakresy objęte prawem opcji - waga 4 % oraz okres gwarancji na roboty budowlane - waga 40%.

Ustalono, że przedmiary dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i II (Mur oporowy) w formacie pdf nie podlegały zmianom do terminu składania ofert. Przedmiary te przewidywały identyczny przedmiotowo zakres robót, natomiast różne ilości obmiarowe. Przedmiary dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i II (Mur oporowy) w formacie ath nie odpowiadały przedmiarom w formacie pdf, dlatego też Zamawiający Zawiadomieniem nr 2 z dnia 22 sierpnia 2018 r. dokonał zmiany SIWZ w załącznikach do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonych na stronie internetowej w formacie ath, w następujący sposób: 1. W folderze Przedmiary/Przedmiary_ath/Etap I: 1.1. usuwa się przedmiary: „04.Mur oporowy-prz.ath” i przedmiar „Niecka mur oporowy”, 1.2. wprowadza się przedmiar „04.Mur oporowy etap I.ath” stanowiący załącznik do niniejszego zawiadomienia, 2. W folderze Przedmiary/Przedmiary_ath/Etap II: usuwa się przedmiar „04.Mur oporowy-prz.ath” i zastępuje się go przedmiarem „04.Mur oporowy-prz-etap 2.ath” stanowiący załącznik do niniejszego zawiadomienia. 3. W wypadku wątpliwości treść przedmiarów w wersji pdf należy traktować jako nadrzędną wobec przedmiarów w wersji ath, które należy traktować jedynie jako pomocnicze. Dla Etapu I przedmiaru - Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy, Zamawiający załączył do pisma - Zawiadomienia nr 2 przedmiar w formacie ath, który nie odpowiadał przedmiarowi w formacie pdf.

Izba ustaliła, że zakres przedmiotowy kosztorysów ofertowych dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i II (Mur oporowy) złożonych przez Odwołującego nie jest tożsamy, przy czym treść kosztorysu ofertowego dla Etapu I jest niezgodna z treścią przedmiaru w pliku pdf. W kosztorysach inwestorskich dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i II (Mur oporowy) dokonano różnego oszacowania tożsamyh prac np. poz. 6 d.l: koszt składowania i utylizacji ziemi i gruzu, cena jednostkowa w Etapie I: 119,68 zł, cena jednostkowa w Etapie II: 91,87 zł.

Odwołujący do oferty dołączył kosztorys dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) o innej treści niż stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ przedmiar dla tej branży w formacie pdf, a zgodnej z treścią przedmiaru zamieszczonego przez Zamawiającego w formacie ath. Dla Etapu II (Mur oporowy) Odwołujący złożył kosztorys zgodny z przedmiarem robót zamieszczonym przez Zamawiającego w formacie pdf.

Złożony przez Odwołującego kosztorys dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) był identyczny przedmiotowo - ten sam zakres robót - jak złożony przez Odwołującego wraz z ofertą kosztorys dla Etapu III - Ściana oporowa. Dla tożsamyh prac Odwołujący zaoferował różne ceny jednostkowe np. poz. 1.d.1.: Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) za pomocą spycharek, grubość warstwy do 15 cm, cena jednostkowa w Etapie I: 3,96 zł, cena jednostkowa w Etapie III: 0,70 zł. Łącznie w 5 pozycjach w Etapie III Odwołujący zaoferował niższe ceny jednostkowe niż dla Etapu I za ten sam zakres prac, natomiast w pozostałych 19 pozycjach wyższe ceny jednostkowe.

Złożone przez Przystępującego kosztorysy ofertowe dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i II (Mur oporowy) zawierały różne ceny jednostkowe dla identycznego przedmiotowo zakresu robót np. poz. 14.d.1. Spoinowanie murów z kamienia łamanego z wykuciem [...], cena jednostkowa w Etapie I: 180,77 zł, cena jednostkowa w Etapie II: 151,44 zł. Łącznie w 9 pozycjach Przystępujący zaoferował inne ceny jednostkowe w Etapie I i II dla tożsamego zakresu prac.

Pismem z dnia 30 października 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał: W pkt 12.3.2. SIWZ Zamawiający określił, że na wartość oferty składają się kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie Przedmiarów robót opracowanych przez Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami Rozdziału 14 SIWZ. W pkt 14.4.1. SIWZ Zamawiający wskazał, że w kosztorysach ofertowych nie może być pominięta żadna pozycja przedmiaru robót. Treść kosztorysów ofertowych stanowi w przedmiotowym postępowaniu treść oferty co do rodzaju i ilości robót

budowlanych, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca. W przedmiarze robót Prace remontowo - konserwatorskie - mur Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót opisanych jako [w tym miejscu Zamawiający umieścił treść przedmiaru robót, który został dołączony do SIWZ w formacie pdf.] W złożonym przez Konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych ŚLĄSK Spółka z o.o. z Sosnowca (Oferta Nr 3) w ofercie Kosztorysie Ofertowym - Mur oporowy Wykonawca przedstawił zakres i wycenę robót co ilości pozycji przedmiarowych, opisu pozycji przedmiarowych oraz ilości jednostek przedmiarowych oferując wykonanie niżej wymienionych robót: [w tym miejscu Zamawiający umieścił treść załączonego przez Odwołującego nieprawidłowego kosztorysu]. Złożony przez Wykonawcę Kosztorys ofertowy stanowiący treść oferty nie odpowiada treści SIWZ określonej w szczególności w przedmiarach robót. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że treść oferty Wykonawcy w zakresie określonym w Kosztorysie ofertowym Mur oporowy nie odpowiada treści SIWZ w zakresie określonym w Przedmiarze robót — Prace remontowo - konserwatorskie - mur. Wykazanej wyżej niezgodności treści oferty z SIWZ nie można uznać za inną omyłkę niepowodującą istotnych zmian treści oferty, której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W uzasadnieniu prawnym odrzucenia Zamawiający wskazał: Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Okoliczność, iż Odwołujący złożył wraz z ofertą kosztorys dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) nieodpowiadający treści SIWZ (niezgodny z przedmiarem w formacie pdf) była bezsporna pomiędzy Stronami. Bezsporna była również okoliczność, iż załączony do SIWZ przedmiar dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) w formacie pdf był nieprawidłowy i nie odpowiadał przedmiarowi w formacie pdf.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający poprawia w ofercie: *inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona*. Co istotne, aby dokonać poprawienia w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) przepis powyższy został wprowadzony: *w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki"*. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych. Brak jest definicji legalnej omyłki, dlatego też należy sięgnąć do jej słownikowego znaczenia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: *omyłka* oznacza *niewielki błąd*. Nie ma również definicji legalnej błędu, jednak zgodnie z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN oznaczamy *lne* *mnienie* *czy niezgodność z obowiązującymi regułami*. Jak podkreślono w uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji ustawy uchwalonej 4 września 2008 r. wprowadzenie art. 87 ust. 2 pkt 3 miało na celu umożliwienie poprawiania omyłek w szczególności w kosztorysach ofertowych, które powodują zmianę wynagrodzenia, przykładowo zastosowanie niewłaściwych ilości jednostek (kg, ton itp.). Warto również zaznaczyć, że *zamawiający nie może poprawiać wszelkich niezgodności oferty z treścią siwz, powołując się na fakt, że w formularzu ofertowym złożono oświadczenie o zapoznaniu się z treścią siwz i związaniu jej postanowieniami*. *Możliwość poprawiania omyłek w ofercie nie może być utożsamiana z dostosowywaniem w każdym zakresie oferty do wymogów siwz* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2753/12). Warunkiem poprawiania omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. *Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie*. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy (tak też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2018). W myśl art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 z późn. zm.): *Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)*.

Poprawiając omyłki w ofercie, Zamawiający jest zobowiązany zawiadomić o tym wykonawcę. W terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia wykonawca jest uprawniony wyrazić sprzeciw, którego brak jest równoznaczny ze zgodą na dokonane zmiany. Jeśli wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 zamawiający odrzuca jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że przedmiotem oceny Izby było ustalenie, czy Zamawiający był zobowiązany dokonać poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ polegającej na złożeniu wraz z ofertą nieprawidłowego kosztorysu dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy)? Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć negatywnie z następujących przyczyn.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że Odwołujący domagał się poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, przez zastosowanie danych wynikających ze złożonej przez niego oferty, a mianowicie cen jednostkowych podanych w kosztorysie dla Etapu II (Mur oporowy) przedstawiającym tożsamy zakres prac, jak zawarty w przedmiarze dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) załączonym do SIWZ w formacie pdf, którego kosztorys Odwołujący powinien był złożyć.

W ocenie Izby, Zamawiający nie mógł zastosować powyższego mechanizmu, gdyż jak wykazało postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie, ceny jednostkowe za identyczny zakres prac mogły się różnić. Zamawiający nie wprowadził w treści SIWZ zasady, zgodnie z którą wycena tożsamych prac dla różnych Etapów miałyby być identyczna. Aby uzyskać zamówienie Wykonawcy mogli zatem zaoferować różne ceny dla poszczególnych Etapów. Nie bez znaczenia w tym kontekście są ustalone przez Zamawiającego w SIWZ kryteria oceny ofert i różna waga nadana zamówieniu podstawowemu i opcjonalnemu: dla Etapu I - waga 56 %, dla Etapu II i III - waga 4 %. Zróżnicowanie cen dla zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego w kosztorysach ofertowych leżało zatem w interesie wykonawców. Co istotne, argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu sprowadzała się do twierdzenia, że ceny jednostkowe w kosztorysach dla Etapu I - gwarantowanego i Etapu II - opcjonalnego byłyby identyczne dla tożsamego zakresu robót. Tymczasem, jak wynika z dokumentacji postępowania - oferty Odwołującego i co wykazał Przystępujący na rozprawie, Odwołujący, który jak sam stwierdził wyceniał zamówienie pozostając w przekonaniu i świadomości, że składane przez niego kosztorysy są prawidłowe - inaczej wycenił tożsame prace w złożonym przez siebie błędnym kosztorysie dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i kosztorysie dla Etapu III (Ściana oporowa). Łącznie w 5 pozycjach w kosztorysie dla Etapu III (Ściana oporowa) Odwołujący zaoferował niższe ceny jednostkowe niż w kosztorysie dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) za ten sam zakres prac, natomiast w pozostałych 19 pozycjach wyższe ceny jednostkowe. Co więcej, jak Izba ustaliła w kosztorysach inwestorskich dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i Etapu II (Mur oporowy) Zamawiający inaczej oszacował identyczny przedmiot zamówienia - w kosztorysach inaczej został wyceniony tożsamy zakres prac. Ponadto, jak przyznał Odwołujący na rozprawie i jak wynika z dokumentacji postępowania, w ofercie Przystępującego w kosztorysach ofertowych dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i Etapu II (Mur oporowy) w 9 pozycjach zaoferowane zostały inne ceny jednostkowe za te same roboty budowlane. Powyższe okoliczności skutecznie podważają argumentację przedstawioną przez Odwołującego w treści odwołania, a także twierdzenia prezentowane na rozprawie oparte na założeniu, które to założenie nie wynika z żadnych regulacji ustawowych jak również nie zostało zawarte w dokumentacji postępowania, a co najważniejsze jego źródło nie zostało wskazane przez stronę, że ceny jednostkowe dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i Etapu II (Mur oporowy) byłyby identyczne.

Zaznaczyć również należy, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym, które zostało przyjęte w niniejszym postępowaniu, ustalenie cen jednostkowych ma ogromne znaczenie, gdyż właśnie po tych cenach będzie dokonywane rozliczenie faktycznie wykonanych robót. Racjonalność zróżnicowania cen w poszczególnych Etapach uzasadnia również okoliczność, że wykonawcy nie mogli mieć pewności co do realizacji zamówienia opcjonalnego, w Etapie II i III mogli zatem poczynić odmienne założenia co do kalkulacji ceny niż dla Etapu I. Przełożenie na wysokość ceny jednostkowej mogły również mieć przyjęte w przedmiarach dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) i Etapu II (Mur oporowy) różne ilości prac do wykonania. Przedmiary te były identyczne co do zakresu prac, ale różniły się ilością robót do wykonania w ramach poszczególnych zakresów.

W świetle powyższego uznać należy, że kosztorysy składane wraz z ofertą określały zakres prac i ceny jakie oferuje wykonawca, a zatem treść jego oświadczenia woli. Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego prowadziłoby do powstania oświadczenia woli, które faktycznie nie zostało przez Wykonawcę złożone. Zamawiający wykreowałby nowe oświadczenie woli, co oczywiście, prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty. Świadczy o tym również dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie przedstawiający sposób w jaki Zamawiający mógłby dokonać poprawy kosztorysu. W Tabeli 1 Odwołujący zamieścił prawidłowy kosztorys dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy), w którym Zamawiający miałby nanieść, poprawić ceny jednostkowe z kosztorysu złożonego przez Odwołującego dla Etapu II (Mur oporowy) - Tabela 2. Kosztorys zamieszczony w Tabeli 1 nie został jednak złożony przez

Odwolującego wraz z ofertą. Nie byłoby to zatem poprawienie (uzupełnienie, dopisanie, nadpisanie) omyłki, ale wykreowanie nowego kosztorysu. Zamawiający w istocie nie tylko nie posiadał danych (nie mógł ich wywieść z treści oferty), na podstawie których mógłby dokonać poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, ale nie posiadał również materiału - kosztorysu dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) w brzmieniu określonym przez Zamawiającego w treści SIWZ w przedmiarze w formacie pdf, na którym ewentualnych poprawek mógłby dokonać, gdyż taki nie został złożony wraz z ofertą. Tym samym, brak jest jakiegokolwiek oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie Etapu I. O istotności zmiany przesądzą okoliczności konkretnej sprawy, a w tym przypadku, okoliczność iż wartość ewentualnych zmian wyniosłaby 0,78% ceny całkowitej oferty i nie miałyby wpływu na ranking ofert, pozostaje irrelevantna dla ustalenia istotności zmiany.

Przyjęcie za prawidłowe stanowiska podniesionego przez Odwołującego, że wystarczające jest ogólne oświadczenie woli, że wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową prowadziłyby do kuriozalnej sytuacji, w której wykonawcy mogliby złożyć wraz z ofertą jeden kosztorys, a następnie domagać się od Zamawiającego poprawienia (stworzenia nowych, wymaganych treścią SIWZ) kosztorysów w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Oświadczenie woli nie może zostać wykreowane przez Zamawiającego, a to po jego stronie leżałoby ustalenie jaka jest treść oferty Odwołującego, gdyż poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp dokonuje się bez ingerencji ze strony wykonawcy. Ponadto, oświadczenie woli zawarte w formularzu ofertowym, na jakie powoływał się Odwołujący stanowiło o zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, ale na warunkach określonych przez Wykonawcę. Warunkami tymi były ceny ofertowe wynikające z kosztorysów dołączonych do oferty. Skoro dołączony do oferty kosztorys nie odpowiadał treści SIWZ to znaczy, że Wykonawca złożył oświadczenie woli co do innego niż wymagany zakres robót.

Okoliczność, że Zamawiający załączył do SIWZ nieprawidłowy kosztorys dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) w formacie ath, w ocenie Izby, nie uprawnia i nie stanowi uzasadnienia do poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiający dokonując zmiany treści SIWZ przedmiarów dla Etapu I i II w formacie ath wskazał, że nadrzędne pozostają przedmiary w formacie pdf a w formacie ath mają wyłącznie pomocniczy charakter. Wykonawca składając ofertę musi dolożyć należytej staranności, tak aby pozostawała ona zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, czego w tym wypadku Odwołujący zaniechał.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z tym przepisem 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 oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Co istotne, wyjaśnianie treści złożonej oferty nie może prowadzić do dokonania jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie, nawet jeżeli zmiany te byłyby korzystne dla zamawiającego. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić też do uzupełniania oferty o wymagane w SIWZ dokumenty. Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy pzp nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty. Wszelkie wyjaśnienia czy poprawki mogą nastąpić jedynie na skutek czynności zamawiającego. Negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień może polegać np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, informacji, której brak było w złożonej przez wykonawcę ofercie. Tymczasem wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, mają służyć do wyjaśnienia wątpliwości, które powziął zamawiający.

Istotnie, poprawienie innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp mogłoby zostać poprzedzone wezwaniem do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Jednak w niniejszej sprawie, ustalenie przez Zamawiającego cen jednostkowych dla kosztorysu dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wezwanie Odwołującego do wyjaśnień, niewątpliwie stanowiłoby niedozwolone negocjacje treści oferty i sprowadzałoby się właściwie do określenia, jakie jest oświadczenie woli Wykonawcy, a zatem do niedozwolonego wprowadzenia do oferty nowej treści, która pierwotnie się tam nie znajdowała, czyli kosztorysu dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) w brzmieniu zgodnym z przedmiarem w formacie pdf, załączonym do SIWZ.

W konsekwencji nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy pzp.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp).

Podkreślić należy, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż niezgodność treści oferty z SIWZ to niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Niezgodność taka zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu jego wykonania ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom.

Jak już zostało wskazane treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie, w jakim Odwołujący złożył kosztorys dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) o innym zakresie prac niż określone przez Zamawiającego w przedmiarze dla Etapu I (Zagospodarowanie terenu. Mur oporowy) w formacie pdf. Dlatego też, Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ, z uwagi na zaferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy* (art. 7 ust. 3 ustawy pzp). Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, dlatego też zarzut naruszenia powyższych przepisów ustawy pzp należało uznać za nieuzasadniony.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....