

WYROK

z dnia 6 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 6 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 2 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Monumentum sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja budynku Urzędu Miasta w Nysie* (nr postępowania BZP.271.27.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Nysa**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD sp. z o.o. z siedzibą**

w Nysie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu: po pierwsze - unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD sp. z o.o. z siedzibą w Nysie, po drugie - unieważnienie odrzucenia oferty złożonej przez Monumentum sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, po trzecie - uwzględnienie tej oferty przy powtarzaniu w prowadzonym postępowaniu czynności, po czwarte - zawiadomienie Monumentum sp. z o.o. z siedzibą w Nysie o poprawieniu stwierdzonych przez Zamawiającego rozbieżności w opisie pozycji kosztorysowych w stosunku do opisu pozycji z przedmiaru jako omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego.

2.2. zasądzić od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), na którą składają się koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Opolu**.

Uzasadnienie

Gmina Nysa {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Modernizacja budynku Urzędu Miasta w Nysie* (nr postępowania BZP.271.27.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 lipca 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 567931-N-2020.

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

28 sierpnia 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD sp. z o.o. z siedzibą w Nysie {dalej: „Mobud” lub „Przystępujący”} oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Monumentum sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

2 września 2020 r. (pismem z tej daty) Monumentum sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Momentum” lub „Odwołujący”} wniosło w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 - przez odrzucenie oferty Monumentum.
- 2.Art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 - przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Mobudu, pomimo że podlega on wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.
- 3.Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez odrzucenie oferty Monumentum, pomimo że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).
- 4.Art. 24 ust. 1 pkt. 17 - przez niewykluczenie z postępowania Mobudu, pomimo że nie {w związku z treścią uzasadnienia, Izba uznała za oczywiste, że „nie” zostało wpisane omyłkowo} spełnione przesłanki tego przepisu.
- 5.Art. 26 ust. 3 - przez zaniechanie wezwania Mobudu do złożenia dokumentów i wyjaśnień co do spełnienia warunku postępowania wynikającego z rozdziału 5 pkt 1 ppkt 2 lit c tiret pierwszy SIWZ.
- 6.Art. 87 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania Monumentum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (dotyczy poz. kosztorysowych nr 13, 14, 19, 20).
- 7.Art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Mobudu, który nie wykazał on spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej do realizacji przedmiotu zamówienia tj. posiadania doświadczenia w zakresie realizacji dwóch robót budowlanych, z których każde obejmowały swoim zakresem w szczególności konserwację elewacyjnych okładzin kamiennych, hydrofobizację kamienia i miały wartość nie mniejszą niż 500 tys. zł brutto, oraz odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia odrzucenia oferty Monumentum.
- 2.Unieważnienia wyboru oferty Mobudu.
- 3.Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym oferty Monumentum z uwzględnieniem art. 87 ust. 1 pzp.
- 4.Powtórzenia badania i oceny oferty Mobudu.
- 5.Wykluczenia Mobudu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej.
- 6.Wykluczenia Mobudu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

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

{ad pkt 1., 3. i 6. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający podał następujące uzasadnienie odrzucenia oferty:

Po analizie kosztorysu ofertowego wykonawcy, Zamawiający stwierdził następujące niezgodności oferty z treścią SIWZ. W kosztorysie ofertowym:

- 1.Pozycja kosztorysu nr 13 - zamiast akrylowej masy dyspersyjnej oraz cementu - Wykonawca zastosował roztwór asfaltowy do gruntowania - co jest niezgodne z technologią określoną w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia oraz z przedmiarem robót;*
- 2.Pozycja kosztorysu nr 14 - zamiast akrylowej masy dylatacyjnej - Wykonawca zastosował roztwór asfaltowy do gruntowania - co jest niezgodne z technologią określoną w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia oraz z przedmiarem robót;*
- 3.Pozycja kosztorysu nr 19 - zamiast środka glono i grzybobójczego do dezynfekcji - Wykonawca zastosował emulsję gruntującą Atlas Uni Grunt - co jest niezgodne z technologią określoną w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia oraz z przedmiarem robót;*
- 4.Pozycja kosztorysu nr 20 - zamiast szpachli elewacyjnej z mikrowłóknem - Wykonawca zastosował podkładową masę tynkarską ATLAS CERPLAST - co jest niezgodne z technologią określoną w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia oraz z przedmiarem robót;*

Wyżej wskazane zapisy kosztorysu ofertowego w zastosowanej technologii - stanowią niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (w tym z dokumentacją projektową i STWiOR - opisując przedmiot zamówienia). (...)

Odwołujący zrelacjonował ponadto następujące okoliczności odnośnie treści SIWZ i treści oferty.

Zamawiający przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia, co potwierdza brzmienie następujących postanowień SIWZ:

- (§ 5 umowy) Za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 1 strony ustalają wynagrodzenie Wykonawcy na kwotę ryczałtową brutto (w tym podatek VAT)
- (pkt. 18.1.) Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN. Wykonawca zobowiązany jest podać cenę brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia określonego w punkcie 3 SIWZ z wyszczególnionym podatkiem VAT
- (pkt. 18.2.) Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.
- (pkt. 18.5.) Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały we wzorze umowy stanowiącym załącznik do niniejszej SIWZ.
- zgodnie ze sposobem obliczenia ceny Wykonawca został zobowiązany do podania ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia określonego w pkt 3. SIWZ.
- jak wynika z pkt. 3.1.1. SIWZ szczegółowy zakres robót jest ujęty w projekcie budowlanym, projekcie wykonawczym, specyfikacjach technicznych oraz przedmiarze robót.

Odwołujący przywołał również następujące postanowienia wzoru umowy:

- (§ 1) Szczegółowy zakres robót określony jest w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokumenty te stanowią integralną część umowy. Roboty muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami, dokumentacją techniczną w tym specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz na ustalonych umową warunkach.
- (§ 2) Wykonawca zobowiązuje się do realizacji robót zgodnie z harmonogramem.

Odwołujący zacytował również postanowienie zamieszczone w pkt 5.0. Wykonanie robót Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót {dalej: STWiOR}: Wszystkie roboty należy wykonać zgodnie z projektem, specyfikacją, wiedzą techniczną i instrukcjami producentów wybranych materiałów. Wybór materiałów przed wbudowaniem należy uzgodnić z Inwestorem. Przed wbudowaniem należy przedłożyć do akceptacji Inwestorowi karty techniczne, karty katalogowe oraz dokumenty dopuszczające do stosowania w budownictwie. Po akceptacji ww dokumentów, Inwestor zezwoli na ich wbudowanie". Odwołujący podsumował, że według powyższych postanowień

- w ofercie należało podać jedną cenę ryczałtową zawierającą realizację całości przedmiotu zamówienia wynikającego z projektu budowlanego, wykonawczego, specyfikacji technicznej, a nie tylko z przedmiarów;
- roboty mają być wykonywane zgodnie z dokumentacją techniczną i STWiOR oraz harmonogramem, a nie zgodnie z kosztorysem ofertowym.

Odwołujący podał również, że złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wytycznymi wynikającymi z zapisów SIWZ. Odwołujący potwierdził jednocześnie, że treść w wymienionych przez Zamawiającego pozycjach kosztorysu ofertowego (poz. 13,14,19,20) nie jest zgodna z treścią pozycji odpowiadających przedmiarowi robót, gdyż wynika wprost ze wskazanych przez Zamawiającego pozycji katalogowych:

- dla poz. 13. - KNR 19-010624-06 - Izolacje szczelin dylatacyjnych poziomych kitem asfaltowym lub trwale plastycznym,
- dla poz. 14. - KNR 19-010624-06 - Izolacje szczelin dylatacyjnych poziomych kitem asfaltowym lub trwale plastycznym,
- dla poz. 19. - KNR 0-232611-02 - Przygotowanie starego podłoża pod docieplenie metodą lekką-mokrą -jednokrotne gruntowanie emulsją ATLAS UNI-GRUNT,
- dla poz. 20. - KNR 0-230931-01 - Wyprawa elewacyjna cienkowarstwowa z tynku mineralnego ATLAS CER- MIT DR 20 lub SN 20 gr. 2 mm wykonana ręcznie na uprzednio przygotowanym podłożu - nałożenie podkładowej masy tynkarskiej.

Odwołujący podsumował, że zastosował prawidłowe KNR, natomiast nie zmienił ich treści, co stanowi różnicę w odniesieniu do treści tych pozycji w przedmiarach.

Odwołujący podniósł, że o ile faktem jest, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (pkt 3.1.2. SIWZ), o tyle nie określił celu jego złożenia w postępowaniu ani roli, jaką będzie on pełnił przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ według art. 25 ust. 1 zd. 1 pzp z w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego zamawiający może wymagać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, żądanie przez Zamawiającego w tym postępowaniu przedłożenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest naruszeniem tego przepisu, gdyż nie jest to dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania na roboty budowlane tak rozliczane, a wykonawca i bez niego ma obowiązek podania w ofercie całkowitej ceny, z uwzględnieniem wszystkich kosztów i prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z projektem budowlanym i wykonawczym oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, które w stosunku do przedmiaru mają pierwszeństwo.

Niezależnie od powyższego, według Odwołującego przyjmuje się, że kosztorys ofertowy przy wynagrodzeniu ryczałtowym może okazać się przydatny w sytuacji rozliczeń związanych z częściowym odstąpieniem od umowy w sprawie zamówienia czy też jej wypowiedzeniem lub rozwiązaniem. W związku z tym Zamawiający może żądać, aby wyłącznie wybrany wykonawca przedstawił kosztorys ofertowy przed zawarciem umowy.

Odwołujący podsumował, że żądanie kosztorysu ofertowego od wszystkich wykonawców zamówienia na roboty budowlane rozliczane ryczałtowo jest nie tylko zbędne, ale jednocześnie niepotrzebnie utrudnia konkurowanie o zamówienie publiczne i w konsekwencji może spowodować rezygnację niektórych wykonawców z udziału w przetargu lub dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny ofert, co miało miejsce w tym postępowaniu (spośród 10 złożonych ofert 5 zostało odrzuconych ze względu na błędy w kosztorysie.) W tym przypadku kosztorys ofertowy nie jest dokumentem, który potwierdza, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego, gdyż kosztorys określa cenę i zakres świadczenia. W związku z tym należy przyjąć, że kosztorys ofertowy w postępowaniu, w którym zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe ma charakter jedynie informacyjny i pomocniczy (tak wyroki Izby sygn. akt KIO 1673/11, KIO/UZP 345/09, KIO/UZP /ZO/0-290/06, KIO/UZP/ZO/0-430/06).

Ponadto zdaniem Odwołującego skoro zastosowanie materiałów na etapie realizacji przedmiotu zamówienia musi być każdorazowo potwierdzone akceptacją inwestora, nawet błędnie zaoferowane materiały w kosztorysie ofertowym nie mają żadnego znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego, biorąc pod uwagę, że kosztorys ofertowy w tym postępowaniu nie stanowi treści oferty i nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, a Odwołujący oświadczył, że zapoznał się z postanowieniami wzoru umowy, akceptuje je bez zastrzeżeń, w tym warunki płatności, i zobowiązuje się, w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnej z wzorem i ofertą, a także oświadczył, że przyjmuje warunki realizacji zamówienia określone w SIWZ i w wyjaśnieniach do SIWZ, treść jego oferty odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że weryfikacja zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem stanowi nadinterpretację zapisów SIWZ i tym samym narusza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę uczciwej konkurencji wynikające z art. 7 ust. 1 i 3 pzp.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie procedury, o której mowa w art. 87 ust. 1 pzp. jest istotne również z perspektywy zamawiającego (tak Izba w wyroku z 30 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2505/11). Zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania, gdyż zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest wprost zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. O zasadności wzywania wykonawców do składania wyjaśnień, czy też poprawiania w ofercie omyłek świadczy również i to, że trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ (tak wyrok Izby z 2 września 2011 r. sygn. akt KIO 1818/11).

{ad pkt 4. i 7. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 5 pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret {którego treść została już powyżej przywołana} Mobud złożył wykaz robót (sporządzony wg wzoru z załącznika nr 6 do SIWZ) wraz z referencjami, w którym wskazał dwie pozycje, w tym w poz. 2. roboty remontowo-budowlane na obiekcie macierzystym Zgromadzenia Sióstr Elżbietanek w Nysie przy ul. Sobieskiego 7, gdzie miał nabyć doświadczenie w wykonaniu konserwacji elewacyjnych okładzin kamiennych i w hydrofobizacji kamienia.

Tymczasem według wiedzy Odwołującego nie były tam prowadzone prace w takim zakresie, na co wskazuje już niewymienienie ich w treści załączonych referencji z 19 listopada 2016 r. Niezależnie od tego Odwołujący po dokonaniu

wizji lokalnej tego obiektu stwierdził, na jego elewacji nie ma kamienia.

W konsekwencji Mobud nie posiada wymaganej zdolności technicznej do realizacji zamówienia i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp lub powinien być wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do wykazania spełniania tego warunku. .

Niezależnie od powyższego Mobud, który oświadczył, że w zakres robót wchodziło zarówno wykonanie remontu elewacji okładzin kamiennych, jak i hydrofobizację kamienia, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje w prowadzonym postępowaniu, stąd na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp podlega wykluczeniu z tego postępowania.

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert modyfikować postanowień SIWZ czy to wprost, czy też przez swoją dowolną ocenę, gdyż SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, aby uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać reguł, które sam w SIWZ określił. Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie dochowując należytej staranności, gwarantując realizację zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Precyzyjne i jasne formułowanie wymagań przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non* realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 16 września 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania z następujących powodów.

{ad pkt 1. 3. i 7. listy zarzutów}

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia i braku podstaw żądania kosztorysu ofertowego, Zamawiający, przywołując wyrok Izby wydane 3 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 127/13 oraz 2 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 543/12, wskazał na przewidziane w pkt 22. wzoru umowy możliwości dokonania zmiany w stosunku do treści oferty, w tym zmiany wynagrodzenia, zmiany ilości prac, zmianę jakości i innych cech charakterystycznych cech pracy, rezygnację z części prac, zmianę kolejności i terminów. Według Zamawiającego taka możliwość zmiany umowy w istotnym zakresie, w tym wynagrodzenia wykonawcy, przeczy ryczałtowemu charakterowi wynagrodzenia. powyższego rozważania dotyczące ceny ryczałtowej nie mają w sprawie zastosowania.

Ponadto skoro w pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, w jaki sposób kosztorys ofertowy miał być sporządzony, stanowi on w postępowaniu część oferty. A sam obowiązek przedstawienia tego dokumentu wraz z ofertą nie jest sporny między Stronami. Odwołujący na etapie przygotowywania oferty nie skorzystał z możliwości żądania od Zamawiającego wyjaśnienia zapisów SIWZ. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że nie miał on wątpliwości, że wraz z ofertą należy złożyć kosztorys. Nie kwestionował zasadności żądania przez Zamawiającego tego rodzaju dokumentu, a zatem akceptował wiążące zapisy SIWZ w tym zakresie.

Odnosząc się do niezgodności treści oferty Odwołującego (kosztorysu ofertowego) z treścią SIWZ, Zamawiający stwierdził, że:

- 1) jest ona oczywista, istotna i niebudząca wątpliwości (także dla Odwołującego);
- 2) przywołane w odwołaniu orzecznictwo odnosi się do braków w kosztorysie, natomiast w tej sprawie chodzi o informacje w treści kosztorysu, które przesadzają o tej niezgodności;
- 3) akceptacja złożonego kosztorysu mogłoby stanowić podstawę do nieuzasadnionych żądań zastosowania odmiennych materiałów niż wynikające z SIWZ oraz postawić Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców;
- 4) niedopuszczalne jest zastosowanie art. 87 ust. 1 pzp do składania wyjaśnień odnośnie niezgodności, gdyż mogłoby to doprowadzić do złożenia oświadczenia, którego w pierwotnej ofercie nie złożono i w konsekwencji do niedozwolonej modyfikacji treści oferty.

{ad pkt 4.i 7. listy zarzutów}

Odnosząc się do zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Mobud Zamawiający stwierdził, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż złożone przez tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 2 pzp dokumenty potwierdziły spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

7 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w stosownej formie elektronicznej zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Budowlane MOBUD sp. z o.o. z siedzibą w Nysie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3 dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

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

{ad pkt 1., 3. i 6. listy zarzutów}

Przystępujący zauważył, że Monumentum przed upływem terminu składania ofert nie kwestionowało zasadności żądania kosztorysu ofertowego przez Zamawiającego, który w pkt 22. SIWZ pn. „Istotne dla stron postanowienia, które mają zastosowanie do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego” określił cel złożenia tego dokumentu i rolę, jaką ma pełnić.

Zdaniem Przystępującego odrzucenie oferty Odwołującego było prawidłowe, gdyż zaproponował on materiały niezgodne z technologią określoną w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia oraz z przedmiarem robót, w związku z czym zaproponował realizację zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

{ad pkt 4.i 7. listy zarzutów}

Przystępujący wskazał, że kwestionowana przez Odwołującego pozycja wykazu dotyczy remontu elewacji budynku, który obejmował również renowację stanowiących jej element rzeźb kamiennych wraz z ich hydrofobizacją

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie zostały również zgłoszone w tym przedmiocie odmienne wnioski.

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

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego tego postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, której odrzucenie oznacza utratę możliwości uzyskania przedmiotowego odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 3. i 6. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Pomimo że w odwołaniu adekwatnie przywołano lub opisano treść postanowień zawartych w specyfikacji (w tym we wzorze umowy, STWiOR i przedmiarze), złożonej oferty i zawiadomienia o jej odrzuceniu, z uwagi na spór co do znaczenia tych postawień, dla jego rozsądzania celowe będzie ich przywołanie i omówienie.

W części s.i.w.z. dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia:

-w pkt 3.1.1. pod wymienieniem rodzajów robót zaznaczono, że szczegółowy zakres robót jest ujęty w projekcie budowlanym, projekcie wykonawczym, specyfikacjach technicznych oraz przedmiarze robót:

-pkt 3.1.2. Kosztorysy ofertowe ma następujące brzmienie:

Każdy Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty - kosztorys ofertowy.

Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru, z tym, że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż podana w przedmiarze - zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru.

Błędne wpisanie w kosztorysie ofertowym innej ilości robót niż to określono w przedmiarze robót, nie będzie powodowało odrzucenia oferty. Zastosowanie będą tu miały przepisy art.87 i 89 ustawy Pzp.

Błąd w kosztorysie ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru (w tym także w prowadzonych ewentualnymi zmianami i wyjaśnieniami treści SIWZ.), nie będzie stanowić błędu, który można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Błąd taki będzie stanowić o niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt.2 Pzp. - treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Oferty można składać załączając kosztorysy szczegółowe lub uproszczone.

W przypadku przedłożenia oferty z załączeniem kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (wszystkich występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk.

Można stosować upusty cenowe do całego kosztorysu.

W przypadku zastosowania upustu do całego kosztorysu należy to wyraźnie zaznaczyć na stronie tytułowej kosztorysu.

Podanie typu wyrobu lub producenta w dokumentacji projektowej w tym w przedmiarze, specyfikacji technicznej oznacza, iż jest to rozwiązanie przykładowe, służące jedynie do określenia jakości i cech urządzenia czy materiału, o którym mowa (rozwiązanie przykładowe określające wymagane parametry minimalne).

Dopuszcza się stosowanie wyrobów o równoważnych parametrach.

Zastosowane materiały mają posiadać odpowiednie certyfikaty, aprobaty techniczne lub deklaracje zgodności dopuszczające do stosowania w budownictwie i atesty.

Z przywołanym powyżej postanowieniem pkt 3.1.1. s.i.w.z. skorelowane jest postanowienie zamieszczone w § 1 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym szczegółowy zakres robót określony jest w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które stanowią integralną część umowy.

Jednocześnie jednak według § 2 ust. 3 roboty muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami, dokumentacją techniczną, w tym specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz na ustalonych umową warunkach, czyli nie wskazano tu kosztorysu ofertowego jako dokumentu określającego sposób realizacji zamówienia.

Z § 2 ust. 3 wzoru umowy skorelowane jest postanowienie zawarte w pkt 5.0. Wykonanie robót Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót ST-1 (właściwej m.in. dla robót renowacyjnych, elewacyjnych, w zakresie okładziny tynkowej): Wszystkie roboty należy wykonać zgodnie z projektem, specyfikacją, wiedzą techniczną i instrukcjami producentów wybranych materiałów. Wybór materiałów przed wbudowaniem należy uzgodnić z Inwestorem. Przed wbudowaniem należy przedłożyć do akceptacji Inwestorowi karty techniczne, karty katalogowe oraz dokumenty dopuszczające do stosowania w budownictwie. Po akceptacji ww dokumentów, Inwestor zezwoli na ich wbudowanie.

Zgodnie z zawartym w części s.i.w.z. dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty postanowieniem końcowego pkt 18.5. sposób zapłaty i rozliczenia za realizację tego zamówienia określone zostały we wzorze umowy stanowiącym załącznik do s.i.w.z.

Co prawda w § 1 ust. 1 wzoru umowy określono to wynagrodzenie jako kwotę ryczałtową {w domyśle odpowiadającą cenie oferty}, jednakże w § 17 ust. 2 odesłano do pkt 22 s.i.w.z. który zawiera w szczególności następujące postanowienie dotyczące zmian treści umowy, które pociągają za sobą zmianę tego wynagrodzenia na określonych w nim zasadach:

2) zmiana sposobu spełnienia świadczenia:

2.1) zmiany technologiczne spowodowane w szczególności następującymi okolicznościami:

a) z uwagi na możliwość osiągnięcia wymaganego efektu przy niższych kosztach wykonania robót poprzez zastosowanie innych rozwiązań technicznych lub materiałowych, przy zachowaniu jakości i parametrów technicznych obiektów budowlanych, instalacji i urządzeń,

b) z uwagi na możliwość osiągnięcia wymaganego efektu poprzez zastosowanie innych rozwiązań technicznych lub materiałowych zwiększających jakość, parametry techniczne lub eksploatacyjne obiektów budowlanych lub skracających termin realizacji zamówienia,

c) pojawienie się na rynku materiałów lub urządzeń nowszej generacji pozwalających na poniesienie niższych kosztów realizacji przedmiotu umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy, lub umożliwiające uzyskanie lepszej jakości robót,

d) pojawienie się nowszej technologii wykonania zaprojektowanych robót pozwalającej na skrócenie czasu realizacji inwestycji lub kosztów wykonywanych robót lub prac, jak również kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy,

e) konieczność zrealizowania umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych, niż wskazane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy,

f) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót warunki geologiczne skutkujące niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych,

g) odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót warunki terenowe, w szczególności istnienie niezainwentaryzowanych lub błędnie zainwentaryzowanych obiektów budowlanych,

h) zmiana decyzji, postanowień lub uzgodnień przez organy administracyjne i podmioty uzgadniające dokumentację projektową,

i) konieczność zrealizowania przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa,

j) konieczność wykonania robót oraz usunięcia wad w celu zmniejszenia zagrożenia, gdy zaistnieje wypadek wpływający na bezpieczeństwo życia, zdrowia, mienia, lub robót na terenie budowy, lub sąsiadujących nieruchomości a Inspektor nadzoru wydał Wykonawcy polecenie wykonania robót, usunięcia wad lub podjęcia innych czynności w celu wyeliminowania lub zmniejszenia zagrożenia.

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 1 pkt 2) (...) możliwa jest w szczególności zmiana sposobu wykonania, materiałów i technologii robót, zmiany lokalizacji budowanych urządzeń, ograniczenie zakresu robót objętych umową lub zmiana wynagrodzenia.

4. W przypadkach określonych w ust. 1 pkt 2) (...) możliwa jest również, powiązana ze zmianą sposobu, zakresu świadczenia lub przepisów prawa, odpowiednia zmiana rozliczania lub zmiany wysokości wynagrodzenia.

Podstawę sporządzenia kosztorysu na roboty wynikające ze zmiany dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stanowi:

- dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych,

- kosztorys ofertowy w części cen jednostkowych lub dane wyjściowe do kosztorysowania przyjęte do sporządzenia kosztorysu ofertowego (składniki cenotwórcze), ceny jednostkowe pracy sprzętu i materiałów, zaproponowanych przez Wykonawcę

Reasumując, Izba stwierdziła, że o ile kosztorys ofertowy został przewidziany na potrzeby ewentualnych rozliczeń zmian umowy, o tyle nie stanowi on - w przeciwieństwie do dokumentacji technicznej (w tym STWiOR) - punktu odniesienia dla określenia technologii wykonania robót, w tym użytych materiałów, a te ostatnie podlegają w toku realizacji każdorazowej akceptacji Zamawiającego przed ich wbudowaniem. Innymi słowy, choć nie można odmówić kosztorysowi ofertowemu waloru treści oferty, wykonawca, który złożył ofertę na warunkach wynikających z s.i.w.z. wyraził tym samym zgodę, że w zakresie sposobu wykonania robót pierwszeństwo ma dokumentacja projektowa.

Zaznaczyć należy, że poza wszelkim sporem są następujące okoliczności:

- Monumentum nie pominęło wyceny żadnej pozycji przedmiarowej, a zatem nie jest to jedna z sytuacji, w których wg.

s.i.w.z. oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z przedmiarem robót;

-opis czterech spornych pozycji w jego kosztorysie ofertowym wynika z nieuwzględnienia wprowadzonych przez Zamawiającego w stosunku do standardowych opisów wg. Katalogów nakładów rzeczowych (tzw. KNR) zmian w udostępnionym wykonawcom przedmiarze robót.

Reasumując, niezgodność treści oferty Monumentum w stosunku do treści specyfikacji sprowadza się do wpisania zamiast materiałów odpowiadających niestandardowemu opisowi tych pozycji zawartemu w przedmiarach, materiałów odpowiadających standardowemu opisowi pozycji o takich numerach KNR.

Przed wszystkim zaznaczyć należy, że zarówno w ramach argumentacji prawnej, jak i faktycznej Zamawiający nie przedstawił żadnych okoliczności świadczących o tym, że rozważył stwierdzone przez siebie niezgodności jako inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, niepowodujące istotnej zmiany treści oferty. Wręcz przeciwnie, Zamawiający automatycznie uznał wykryte rozbieżności w opisach 4 spośród 121 pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do opisów zawartych w przedmiarach za podstawę faktyczną do odrzucenia oferty.

Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Monumentum.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie

0udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców
1zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający.

O ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu

1przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp 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 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Jednakże, co ma kluczowe znaczenie w tej sprawie, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji - złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) - o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli - jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty - jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obowiązuje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp. {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2743/11 oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. sygn. akt 1514/11}.

Jak to powyżej ustalono, dla czterech pozycji kosztorysowych wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Monumentum wskazało materiały nieodpowiadające zmienionym w stosunku do standardowych wg KNR opisom, przy czym według treści specyfikacji rozstrzygające znaczenie dla sposobu wykonania robót ma treść dokumentacji projektowej, a nie kosztorysu ofertowego.

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający powinien dokonać skorygowania stwierdzonych niezgodności. Przy czym podkreślić należy, że pomimo zawarcia w treści uzasadnienia odwołania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który odsyła w swojej treści do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp Zamawiający w toku postępowania

odwoławczego w ogóle się nie odniósł do tego ostatniego przepisu, a tym samym de facto zrezygnował z przedstawienia argumentacji prawnej odnośnie braku możliwości zastosowania jego zastosowania w okolicznościach faktycznych tej sprawy.

Na wstępie należy zauważyć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i nieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

W orzecznictwie Izby podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) {vide wyrok Izby z 23 marca 2011 r. n sygn. akt KIO 522/11}. Jednocześnie czynność poprawiania 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, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki” zart. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. {Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanych poprawieniach omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to

udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby miała istotnego charakteru. 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, odmiennego 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. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09):*W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.*

Tymczasem Zamawiający w tej sprawie, ani w uzasadnieniu odrzucenia, ani w toku postępowania odwoławczego nie podał żadnego argumentu przemawiającego za brakiem możliwości poprawienia stwierdzonych przez siebie w ofercie Monumentum braków, które nie mają istotnego znaczenia w skali całej oferty. Zamawiający zdaje się w ten sposób negować możliwość zmiany treści oferty w zakresie przedmiotowo istotnym. Jednakże art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest to, nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę w powyżej przedstawionym rozumieniu. Jak to słusznie wskazano w wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazusu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowiska Izba zabrała w wyroku z 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i w wyroku z 28 września 2010 r. sygn. akt KIO1978/10.

Podkreślić ponownie należy, że w skali wartości oferty i zakresu przedmiotu zamówienia wymagane doprecyzowanie treści oferty Konsorcjum co najwyżej stanowi niewielką zmianę i to wyłącznie pod względem doprecyzowania rodzaju materiału, gdyż pod względem wartości (ceny oferty) nic nie ulegnie zmianie, a ponadto co do technologii wykonania robót Zamawiający zabezpieczył swój interes przez ustalenie, że nadrzędne znacznie w tym zakresie ma dokumentacja projektowa, a także zastrzegając dla siebie każdorazowo akceptację materiałów przed ich zastosowaniem.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób

należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, był w stanie zarówno stwierdzić na czym polega omyłkowa niezgodność, co uczynił, jak i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie zaniechał, pomimo że nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego w tej sprawie, z uwagi na nieznaczny zakres zmiany treści oferty nie wymaga rozstrzygnięcia, czy poprawienie w tym ostatnim zakresie sprowadza się jedynie do zamiany rodzaju materiałów dla czterech pozycji kosztorysu (w kosztorysie ofertowym i zestawieniu materiałów). Na przeszkodzie poprawieniu tych pozycji bez zmiany ich wyceny nie stoi na przeszkodzie przypuszczenie - choćby było uzasadnione - że Monumentum sporządzając ofertę przeoczyło w ogóle konieczność uwzględnienia tych materiałów. Biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego, z którego wynika wola wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową (zwłaszcza, że uważał kosztorys ofertowy wyłącznie za dokument pomocniczy, który nie stanowi treści oferty) nie ma podstaw do przypuszczania, że stanie się to powodem braku jego zgody na dokonanie poprawienia tych omyłek w sposób zgodny z przedmiarem załączonym do s.i.w.z.

Resumując, w ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu złożonej przez Odwołującego oferty wynika wola zrealizowania całości przedsięwzięcia budowlanego objętego przedmiotem zamówienia, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp w sposób, który powinien być oczywisty dla Zamawiającego.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 4., 5. i 7. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przystępujący nie zaprzeczył na rozprawie, że elewacja zabytkowego budynku Domu Macierzystego Zgromadzenia Sióstr św. Elżbiety w Nysie, na którego remont powołał się w poz. 2. wykazu robót, nie składa się w żadnej części z okładzin kamiennych.

W konsekwencji oczywiste jest, że Mobud nie wykazał spełniania obowiązującego w postępowaniu warunku udziału, który wymagał doświadczenia nabytego przez co najmniej dwukrotne należyte zrealizowanie robót m.in. w zakresie konserwacji elewacyjnych okładzin kamiennych.

Powyższe czyni zbędnym rozstrzyganie szczegółowego sporu co do tego, czy rzeźby kamienne, które miał hydrofobizować w ramach wykonanych robót, stanowią element elewacji tego budynku, czy też nie.

Nie mają również znaczenia złożone na rozprawie przez Odwołującego dowody dla wykazania, że w remont tego obiektu miał miejsce wcześniej, a rzeźbami zajmował się konserwator zabytków, które i tak podlegałyby pominięciu, gdyż takiego twierdzenia nie było w odwołaniu, a z art. 192 ust. 7 pzp wynika, że kognicja Izby ogranicza się do zarzutów (czyli również okoliczności faktycznych), które były zawarte w odwołaniu.

Niesporne było również, że Mobud nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp na potwierdzenie tego warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie wybrał ofertę złożoną przez Mobud.

Izba zważyła, że skoro odwołanie zawiera zarówno zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, art. 26 ust. 3 oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, mają one względem siebie charakter alternatywny.

W powyżej ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że ponieważ Mobud nie wykazał spełnienia warunku udziału, został naruszony art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp, gdyż Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów. Jednocześnie z uwagi na potwierdzenie się powyżej

rozpatrzonego zarzutu, nie ma potrzeby wystosowania takiego wezwania, gdyż niesporne było, że według kryteriów oceny ofert za najwyższej ocenioną powinna zostać uznana oferta Monumentum.

Niezależnie od powyższego Izba zważyła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp nie został w odwołaniu wystraszająco uzasadniony.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 pzp czy art. 91 ust. 1 pzp mają charakter wtórny i nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, jest on o tyle zasadny, o ile potwierdził się zasadnicze zarzuty odwołania, który miał wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Natomiast wobec nieprzedstawienia żadnych istotnych okoliczności wskazujących na nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp należało uznać za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 87 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa przez Izbą (potwierdzone złożonymi do zamknięcia rozprawy rachunkami), orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając nimi Zamawiającego.