

WYROK
z dnia 29 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 czerwca 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 czerwca 2017 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane Kemy Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94 - 303 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **MIASTO ZABRZE - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, ul. Piastowska 11, 41-800 Zabrze**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane Kemy Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94 - 303 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane Kemy Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94 - 303 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego Kemy Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94 - 303 Łódź** na rzecz **MIASTO ZABRZE - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, ul. Piastowska 11, 41-800 Zabrze** kwotę **3 886 zł 20 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt sześć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Utrzymanie oznakowania poziomego na terenie miasta Zabrze z podziałem na części: Zadanie nr 1: Wykonanie oznakowania poziomego metodą cienkowarstwową; Zadanie nr 2: Wykonanie oznakowania poziomego metodą grubowarstwową*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 50303 - 2017, data zamieszczenia 23.03.2017 r., przez **MIASTO ZABRZE - Miejski Zarząd Dróg i Infrastruktury Informatycznej, ul. Piastowska 11, 41-800 Zabrze** zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 08.06.2017 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania dla Zadania 2 na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oraz o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Drogowo - Budowlanego Kemy Sp. z o.o., ul. Konstantynowska 24/26, 94 - 303 Łódź zwanego dalej: „P.D-B. Kemy Sp. z o.o.” albo „Odwolującym” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

W dniu 13.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) P.D-B. Kemy Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 08.06.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 13.06.2017 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty Wykonawcy oferującego najniższą cenę, co naruszyło zasady uczciwej konkurencji,
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, mimo uwzględnienia takiego żądania Wykonawcy w postępowaniu przed KIO w postępowaniu o sygn. akt: KIO 841/17
- 3) art. 89 ustęp 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 1 i 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, mimo braku podstaw prawnych do tego
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez przyjęcie iż istnieją podstawy do unieważnienia postępowania, mimo nieistnienia przesłanki odrzucenia oferty Wykonawcy, a co za tym idzie unieważnienia postępowania.

3

5) rażące naruszenie art. 186 ust. 3 Pzp poprzez niewykonanie czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, mimo uwzględnienia takiego żądania Wykonawcy w postępowaniu przed KIO w postępowaniu o sygn. akt: KIO 841/17. Wobec powyższego Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Wykonawcy,
3. Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie czynności wskazanych w art 87 ust. 2 pkt 3 - poprawienia w ofercie Wykonawcy innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,
4. Nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty wykonawcy,
5. obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, poprzez zasądzenie kwoty z tytułu wpisu od odwołania oraz pozostałymi poniesionymi przez Wykonawcę kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na posiedzeniu.

Zamawiający powiadomił Odwołującego się wykonawcę o czynności odrzucenia jego oferty oraz unieważnieniu postępowania pismem nr 2882/w2017 z 19.04.2017r., nadanym do Wykonawcy drogą e-mailową w dniu 20.04.2017r. W tym samym dniu Wykonawca pismo otrzymał i zapoznał się z jego treścią. W piśmie tym Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę wykonawcy z uwagi na to, iż Przedsiębiorstwo Drogowo-Budowlane „KEMY” Sp. z o. o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z pkt 9.3.5 SIWZ Wykonawca winien załączyć do oferty kosztorys ofertowy dla każdej części/zadania na które składa ofertę, wydrukowany w formie uproszczonej (zawierający: podstawę wyceny, opis pozycji kosztorysowej, ilość robót, cenę jednostkową oraz wartość pozycji) wraz z wydrukami wykazu materiałów, robocizny i sprzętu (Załącznik D wg Spisu zawartości oferty). Wykonawca wypełnia tabelę wskazującą ceny jednostkowe w Załączniku A. OFERTA w oparciu o kosztorys ofertowy. Natomiast w pkt 17.2 Zamawiający wskazał, że cenę oferty (dla każdego zadania) należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego (Załącznik D wg Spisu zawartości oferty) sporządzonego metodą szczegółową na podstawie załączonego przedmiaru dla danego zadania, i wynikających z niego cen jednostkowych. Wykonawca przedłożył kosztorys ofertowy ale jest on niezgodny z przedmiarem robót przekazanym przez Zamawiającego jako załącznik do SIWZ. Zamawiający wskazał, iż przedmiar dla zadania nr 2 składał się z trzech pozycji.

/W tym miejscu odwołania przedstawiono opis z przedmiarów dla przywołanych pozycjach – fragment tabelaryczny/.

4

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż z treści STWiORB wynika, że wykonane prace obejmują prace wykonywane mechanicznie (przy użyciu sprzętu) oraz częściowo, w uzasadnionych przypadkach ręcznie. W oparciu o wymagania SIWZ, Wykonawca był zobowiązany do przedłożenia jako załącznik do oferty kosztorysu ofertowego zawierającego powyższe informacje i zaoferowane ceny. Przedłożony przez Wykonawcę kosztorys składa się owszem z trzech pozycji, ale opisane następujący sposób.

/W tym miejscu odwołania przedstawiono opis 3 pozycji kosztorysu ofertowego – fragment tabelaryczny/.

Zdaniem Zamawiającego, powyższe rozbieżności nie pozwalają na zastosowanie przepisów Pzp umożliwiających zastosowanie przepisów art. 87 ust. 2 Pzp poprzez ich zakwalifikowanie do wymienionego w tym przepisie katalogu omyłek. To zaś skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp. Od tej czynności Wykonawca złożył odwołanie do KIO, odwołaniu nadano sygn. akt: KIO 841/17. W dniu 10.05.2017r. pismem znak 3298-1w/2017 Zamawiający w całości uwzględnił odwołanie Wykonawcy. W ślad za uwzględnieniem odwołania Zamawiający pismem znak 3641-1zw /2017 z 24.05.2017r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do treści oferty i zadał Wykonawcy następujące pytania:

Pytanie nr 1: W punkcie 17.2 SIWZ, Zamawiający wskazał, że cenę oferty (dla każdego zadania) należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego (Załącznik D wg Spisu zawartości oferty) sporządzonego metodą szczegółową na podstawie załączonego przedmiaru dla danego zadania, i wynikających z niego cen jednostkowych. Zgodnie z punktem 9.3.5 SIWZ Wykonawca winien załączyć do oferty kosztorys ofertowy dla każdej części/zadania na które składa ofertę, wydrukowany w formie uproszczonej (zawierający: podstawę wyceny, opis pozycji kosztorysowej, ilość robót, cenę jednostkową oraz wartość pozycji) wraz z wydrukami wykazu materiałów, robocizny i sprzętu (Załącznik D wg Spisu zawartości oferty). Zgodnie z ww. wymogiem, Wykonawca co prawda przedłożył kosztorys ofertowy, ale jest on całkowicie niezgodny z przedmiotem robót przekazanym przez Zamawiającego jako załącznik do SIWZ. Jedynym wspólnym mianownikiem dla przedłożonego przez Wykonawcę kosztorysu i przedmiaru jest to, że zarówno kosztorys jak i przedmiar mają 3 pozycje. Na tym kończy się podobieństwo. Dokładnie obrazuje to poniższe przytoczenie: /W tym miejscu odwołania przedstawiono opis 3 pozycji kosztorysu ofertowego – fragment tabelaryczny – str. 10 oferty oraz przedmiar robót dla zadania 2/.

Wykonawca do kosztorysu winien załączyć zestawienie materiałów, robocizny i sprzętu. Załączył jedynie zestawienie materiałów i robocizny. Czy należy z tego faktu wywieść, że Wykonawca nie przewidywał tym samym użycia jakiegokolwiek sprzętu? Dodać należy, że z treści STWiORB wynika, że zlecane roboty obejmować będą prace wykonywane

mechanicznie (tj. przy użyciu sprzętu) oraz częściowo, w uzasadnionych przypadkach ręcznie.

Odpowiedź: Tabelę na stronie 10 oferty wypełniono błędnie, popełniono omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykonawca załącza prawidłowo wypełniony kosztorys wraz z powyższą tabelą. Pomyłka wyniknęła z błędnie wstawionego do kosztorysu niewłaściwego KNR, co spowodowało powielenie dalej pomyłki przez program kosztorysujący. Z tego samego względu wystąpiła "pomyłka co do zestawienia sprzętu. Wraz z prawidłowo wypełnionym kosztorysem Wykonawca przedkłada zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu. Wykonawca oświadcza, że będzie korzystał ze sprzętu w wykonaniu zamówienia i roboty będą wykonywane w znacznej części mechanicznie, oraz częściowo, w uzasadnionych przypadkach ręcznie .

Pytanie nr 2: Jak należy się odnieść do faktu złożonego przez Państwa oświadczenia w Załączniku A.OFERTA - w punkcie 1 Załącznika A.OFERTA zobowiązali się Państwo do wykonania ww. zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i wzorze umowy, a jednocześnie cena oferty) została skalkulowana w sposób przewidujący odmienne warunki/technologie/sposób wykonania (co wynika m.in. ze wskazania w kosztorysie ofertowym, że użycie Państwo farby chlorokauczukowej zamiast wymaganej masy chemoutwardzalnej.

Na pytanie 2 Wykonawca odpowiedział. iż :

„Wykonawca podtrzymuje zobowiązanie zawarte w Załączniku A.OFERTA w punkcie

1 Załącznika A.OFERTA do wykonania ww. zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i wzorze umowy. Wskazana w kosztorysie kalkulacja w sposób przewidujący -odmienne warunki/technologie/sposób wykonania (co wynika m.in. ze wskazania w kosztorysie ofertowym, że użyjemy farby chlorokauczukowej) wynika jak poprzednio, z błędnie wstawionego do programu kosztorysującego niewłaściwego KNR. co spowodowało powielenie dalej pomyłki przez program kosztorysujący. Wykonawca wykona zamówienie zgodnie ze wskazanymi w SIWZ warunkami i technologia oraz sposobem wykonania. Użyte zostaną masy chemoutwardzalne w odpowiednich kolorach (biały, niebieski, czerwony), nie będą używane farby chlorokauczukowe.”

Mimo uzyskania powyższej odpowiedzi. Zamawiający unieważnił postępowanie ponownie i ponownie odrzucił ofertę Wykonawcy, jako podstawę podając powód iż: „Zamawiający, po dokonaniu analizy udzielonych wyjaśnień wraz z kosztorysem informuje, że nie podziela stanowiska Wykonawcy w zakresie dotyczącym uznania iż popełniona została omyłka, którą można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarówno udzielone wyjaśnienia, jak i fakt przedłożenia nowego kosztorysu zawierającego zestawienia: materiałów, robocizny i sprzętu, wskazują wprost na to, że Wykonawca świadomie zmienił

6

treść złożonej w dniu 07 kwietnia 2017 roku oferty, a takie działanie w żaden sposób nie nosi znamion omyłki. Przypomnieć należy, że Wykonawca w złożonym odwołaniu wnosił o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty Wykonawcy
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie czynności wskazanych w art. 87 ust. 1 poprzez żądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie czynności wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 - poprawienia w ofercie Wykonawcy innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,

Przy czym zaznaczył, że w treści odwołania Wykonawca argumentował, iż przedłożył kosztorys, zawierający wykazy robocizny, materiałów, sprzętu (materiały pomocnicze), koszty pośrednie oraz zysk, a także zarzucił Zamawiającemu, że nie przeprowadził procedury wyjaśniającej rozbieżność pomiędzy Załącznikiem A.OFERTA a przedłożonym kosztorysem ofertowym. Zamawiający, wywiązał się ze swojego zobowiązania: unieważnił czynność unieważnienia postępowania z dn. 19.04.2017r. oraz odrzucenia oferty Wykonawcy KEMY, i wezwał Wykonawcę do wyjaśnień na podstawie dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednak zdaniem Zamawiającego udzielone wyjaśnienia nie stanowią podstawy do przeprowadzenia czynności wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 tj. uznania iż błędnie sporządzony kosztorys przedłożony do oferty można poprawić w sposób w jaki wskazuje Wykonawca, przedstawiający zupełnie nowy 4) kosztorys. Powyższe zdaniem Zamawiającego jest podstawą do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3.”

Działanie Zamawiającego jest całkowicie błędne i absolutnie nieuzasadnione zapisami siwz i przepisami prawa, oraz stanowi rażące naruszenie przepisu art. 186 ust. 2 i 3 Pzp. Odwołujący stwierdza, że działanie zamawiającego, który pozornie uwzględnia zarzuty tylko po to, by następnie postąpić w sposób, który sam uznał za naruszający przepisy Pzp jest działaniem zmierzającym do multiplikowania czynności związanych z odwoływaniem się od działań zamawiającego sprzecznych z przepisami Pzp i stanowi wręcz próbę omijania przepisów Pzp.

Jak wynika z treści odwołania złożonego przez Wykonawcę w sprawie o sygn. akt: KIO 841/17, jednym z żądań Wykonawcy było, co Zamawiający sam potwierdza w piśmie z 06.06.2017r. „Nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie czynności wskazanych w art 87 ustęp 2 pkt 3 - poprawienia w ofercie Wykonawcy innych, niż oczywiste omyłki

7

pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje

istotnych zmian w treści oferty”, a zarzutami było naruszenie:

- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 1 i 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, mimo braku podstaw prawnych do tego, to skoro Zamawiający „uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości”, a następnie postępuje tak samo jak w pierwotnym odrzuceniu oferty wykonawcy pismem nr 2882/w2017 z 19.04.2017r., znaczy to iż Zamawiający nie wykonał obowiązków które na siebie przyjął uwzględniając odwołanie w sprawie KIO 841/17

Przywołał wyrok KIO z 18.08.2015 r. o sygn. akt: KIO 1702/15, wyrok KIO z 03.04.2014 r., sygn. akt: KIO 604/14, jak i postanowienie z 13.04.2011 r., sygn. akt: KIO 639/11 – odnośnie konieczności wykonania czynności żądanej w uwzględnionym odwołaniu.

Niemожność poprawienia kosztorysu miałyby miejsce, gdyby Wykonawca nie podał cen jednostkowych (wyrok z 17.03.2015 r., sygn. akt: KIO 437/15). A contrario zatem, skoro Wykonawca ceny jednostkowe będące podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z zasadami jego obliczenia wskazanymi w SIWZ w podał w treści oferty we wzorze umowy w § 7 ustęp 1, gdzie Zamawiający wskazał iż wynagrodzenie Wykonawcy „stanowiąc będzie iloczyn faktycznie wykonanych prac danego rodzaju i cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy (załącznik A oferta) wynikających z kosztorysu ofertowego”. Skoro zatem Wykonawca w ofercie podał ceny jednostkowe wykonywanych prac, a także podał je w kosztorysie, jedynie błędnie je oznaczając, (ale w sposób pozwalający bez żadnego utrudnienia na ich zidentyfikowanie) to Zamawiający nie ma żadnych przeszkód do poprawienia pomyłki. Powoła także uchwałę z 29.09. 2014 r. sygn. akt: KIO/KD 85/14. W uchwale tej, podjętej po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 września 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Rzęśnik w Rzęśniku dotyczących Informacji wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 sierpnia 2014 r., UZP/DKUE/KD/17/2014 czytamy iż: „Jednocześnie, odnośnie braków i/lub błędów w kosztorysach ofertowych załączonych do ofert obu wykonawców, organ kontroli zauważył, co do Zakładu Ogólnobudowlanego Jerzy i Wojciech Kuchta s.c., że w kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu II, przedłożonym przez ww. wykonawcę wraz z ofertą, w pozycjach 1.29 i 1.30 wykonawca wskazał ilość 489.600 m³ [i ceny jednostkowe -odpowiednio: 0,832 oraz 42,119, co dawało wartość ww. pozycji 489.600 odpowiednio: 407,35 zł oraz 2061,46 zł], podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w każdej z tych pozycji roboty budowlane w ilości 789.600 m² [zgodnie z przedmiarem robót]. W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja 2013 r. wykonawca złożył

8

poprawiony kosztorys ofertowy, w którym w pozycjach 1.29 i 1.30 wskazał prawidłowe ilości [tj. 789,600 m²], lecz zmniejszył ceny jednostkowe tych pozycji - odpowiednio na: 0,516 i 26,116 dostosowując się do wymogu zamawiającego, by wartość pozycji [tj. iloczyn „ilości” i „ceny jednostkowej”] pozostała niezmienną. W ocenie organu kontroli, w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie wykonawców inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Zawarte w ww. przepisie pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominiecie lub pomylenie określonych wyrażań czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczalności poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przykładowo z wyroku z dnia 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1127/10 wynika, iż „zamawiający w przedmiarach poszczególnych robót jasno wskazał ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu. Tvm samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych robót winny się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu. W związku z powyższym zamawiający winien poprawić ofertę Konsorcjum poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ilości robót wskazanych

w przedmiarach robót załączonych do siwz i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygowanie o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia a następnie konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia". Zdaniem organu kontroli, w przedmiotowym stanie faktycznym błędy w ilości jednostek miary pozycji przedmiarowych nr 1.29 i 1.30 w ofercie wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany Jerzy i Wojciech Kuchta Spółka cywilna miały charakter omyłek, o jakich mowa w treści art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Tym samym, według organu kontroli. Zamawiający był zobligowany do poprawienia ww. omyłek na podstawie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawcy."

Pzywołał uzasadnienie odwołania złożonego przez Wykonawcę w sprawie w skazano tam na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 825/13 z 25.04.2013 r., będący odzwierciedleniem utrwalonego orzecznictwa:

1. Treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m. in. do przedmiotu i ceny. Oznacza to, że za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie dokonując oceny istotności zmian

9

w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian.

2. Brak możliwości poprawienia oferty musi wynikać z przyczyn obiektywnych i uniemożliwiać zamawiającemu samodzielne podjęcie działań. Jednocześnie, odmienny sposób przedstawienia pozycji kosztorysowej niż wynika to z przedmiaru robót nie przesądza o nieusuwalnej wadliwości oferty, jeżeli są podstawy do stwierdzenia, że cały zakres robót został wyceniony. Analogicznie należy oceniać wszelkie błędy w opisie pozycji kosztorysowych. Braki poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym mogą być kwalifikowane jako wadliwości, których usunięcie nie jest możliwe, jeżeli zamawiający nie ma podstaw do uzupełnienia kosztorysu ofertowego w przedmiotowym zakresie, wobec braku wiedzy co do ceny poszczególnych pozycji.

Przypomniał, iż w przedmiotowym wypadku, w celu ustalenia ceny, Zamawiający posiadał pełną wiedzę, jak Wykonawca wycenia poszczególne pozycje, albowiem Zamawiający w pkt 9.3.5 SIWZ wskazał, iż wykonawca winien do oferty załączyć : „Kosztorys ofertowy dla każdej części/zadania na które Wykonawca składa ofertę, wydrukowany w formie uproszczonej (zawierający: podstawę wyceny, opis pozycji kosztorysowej, ilość robót, cenę jednostkową oraz wartość pozycji) wraz z wydrukami wykazu materiałów, robocizny i sprzętu (Załącznik D wg Spisu zawartości oferty). Wykonawca wypełnia tabelę wskazującą ceny jednostkowe w Załączniku A. OFERTA w oparciu o kosztorys ofertowy.” Zatem, wbrew temu co twierdzi zamawiający, mimo iż przedłożony kosztorys nie jest w pełni zgodny z przedmiarem robót przekazanym przez Zamawiającego jako załącznik do SIWZ, to nie stanowi to podstawy do uznania, iż:

- po pierwsze cały zakres robót nie został wyceniony
- po drugie, nie ma zamawiający wiedzy co do poszczególnych pozycji.

Wskazał, iż Zamawiający nie uzasadnił dlaczego i na jakiej podstawie uznaje, iż „Jednak zdaniem Zamawiającego udzielone wyjaśnienia nie stanowią podstawy do przeprowadzenia czynności wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 tj. uznania iż błędnie sporządzony kosztorys przedłożony do oferty można poprawić w sposób w jaki wskazuje Wykonawca. przedstawiający zupełnie nowy kosztorys.”. Twierdzenie Zamawiającego nie jest w żaden sposób poparte jakakolwiek argumentacją. Jeszcze raz podkreślił, iż skoro Zamawiający uznał odwołanie w całości, to znaczy iż uznał iż dokonanie poprawek w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp jest możliwe i dopuszczalne, bo takie było żądanie Wykonawcy i takie były zarzuty Wykonawcy, które Zamawiający w postępowaniu o sygn. akt: KIO 841/17 uwzględnił w całości.

Przypomniał wyrok o sygn. akt: KIO 431/14 z 21.03.2014r. - W sprawie będącej podstawą wydania tego wyroku, wykonawca nie tyle źle oznaczył pozycję kosztorysową, co w ogóle jej nie zawarł. W przedmiotowym wyroku KIO słusznie stwierdziła, iż: „O istotności

10

zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały 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, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie." W analizowanej sprawie zmiana nie jest istotna dlatego, że Wykonawca złożył ofertę obejmującą „wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

W opisywanej powyżej sprawie, stan faktyczny był taki, iż „Pismem z dnia 24 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował, że na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji Zamawiający podał, że: „Zamawiający zgodnie z zapisem pkt. X ppkt. 1 SIWZ wymaga aby treść oferty odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ewentualnym zmianom przekazanych przez Zamawiającego jako wyjaśnienia i uzupełnienia do SIWZ. Zamawiający dopuszcza złożenie oferty i załączników na formularzach sporządzonych przez Wykonawcę, pod warunkiem, że ich treść, a także opis kolumn i wierszy odpowiadać będą formularzom określonym przez Zamawiającego. Wykonawca sporządził Formularz cenowy niezgodnie ze wzorem Formularza cenowego wymaganego przez Zamawiającego - załącznik nr 3 do SIWZ. Niezgodność Formularza cenowego Wykonawcy a Formularza cenowego Zamawiającego polega na rozbieżnym opisie wykazu realizowanych zadań w wierszu l.p. 6 i 6.1. W l.p. 6 Formularza cenowego Wykonawcy jest opis wiersza o treści „Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”, a winno być zgodnie z Formularzem cenowym Zamawiającego „Przeprowadzenie niezbędnego 0 serwisu systemów informatycznych - gwarancyjnego i pogwarancyjnego oraz szkoleń dla użytkowników i administratorów”. Ponadto w l.p. 6.1. Formularza cenowego Wykonawcy jest opis wiersza o treści „Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”, a winno być zgodnie z Formularzem cenowym Zamawiającego „System informatyczny - serwis - monitoring, GPS, ITS i ZUD Przeprowadzenie szkoleń użytkowników i administratorów”.

Na tle powyższego stanu faktycznego Izba stwierdziła iż: „Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar

11

ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i 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 unieważnianych 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.”

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ - uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści

12

oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granica zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały 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, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości cen, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. Nie sposób przyjąć, że Wykonawca konstruując ofertę i przygotowując Formularz cenowy nie obejmuje zakresem świadczenia jednego z elementów wymaganych przez Zamawiającego i odrębnie opisanych w części 5.6 Opisu przedmiotu zamówienia. Przeczyłoby to bowiem celowości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowo, co bardzo istotne, w wyroku powyższym Izba stwierdziła że „Wiedza Zamawiającego co do sposobu poprawienia jest bezsporna. Zamawiającemu wiadomym bowiem jest, na podstawie wspomnianego wzoru Formularza, w jaki sposób powinny być opisane sporne pozycje. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że gdyby zaś zamiana opisu wiązała się z poprawieniem ceny, to rację należałoby przyznać Zamawiającemu, że brak podstaw do poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że gdyby zaś zamiana opisu wiązała się z poprawieniem ceny, to rację należałoby przyznać Zamawiającemu, że brak podstaw do poprawienia oferty w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

Przenosząc powyższe twierdzenia KIO na grunt przedmiotowej sprawy.

- stwierdzić należy, iż dokonanie poprawek przez Zamawiającego nie spowodowałoby w żaden sposób zmiany ceny, albowiem wyliczona cena z kosztorysu odpowiada dokładnie cenie wskazanej.

- w formularzu oferty zamawiający wiedział, w jaki sposób należałoby dokonać poprawki kosztorysu, na podstawie bowiem własnego STWiORB wie jak powinny być opisane sporne pozycje. Co do nieprawidłowości skrajnie formalistycznego podejścia zamawiającego w zakresie wymogów co do pozycji kosztorysu, wskazać należy na zapadłe w bardzo podobnej sprawie orzeczenie KIO z 26.02.2013 r., sygn. akt: KIO 354/13.

13

W przebiegu tegoż postępowania ustalono co następuje: „Jak wywodził Zamawiający, w zaistniałym stanie faktycznym, skoro Wykonawca F. nie wycenił niektórych pozycji kosztorysowych, Zamawiający nie miał podstaw by przyjąć ich wartość jako 0,00 lecz powinien był ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 7 grudnia 2012 r., KIO 2572/12, KIO 2573/12 Izba

stwierdza: "Mając na uwadze ustalone w postępowaniu zasady sporządzenia i oceny ofert, Izba nie mogła pominąć treści przywołanego postanowienia, wiążącego tak Zamawiającego na etapie oceny, jak i wykonawców na etapie przygotowania oferty. Pominięcie w kosztorysie pozycji nie podlegało uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 Pkt 3 ustawy, po pierwsze dlatego, że Zamawiający był związany wprowadzonym w siwz zapisem, a po drugie nie było to możliwe do samodzielnego przeprowadzenia bez udziału wykonawcy. Na rozprawie odwołujący wskazywał na możliwe do przyjęcia ceny jednostkowe z innych pozycji kosztorysu, które dotyczyły innego obiektu, a zatem również różnego zakresu prac i ich specyfiki wykonania.

Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia kosztorysu ofertowego, zawierając w pkt 10 Opis sposobu obliczenia ceny postanowienia dotyczące znaczenia wymaganego w postępowaniu kosztorysu: cena oferty winna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Kosztorysy ofertowe pod nr 1 do 24, których wzór stanowi formularz 2.2. zaś podstawa obliczenia ceny jest dokumentacja projektowa. STWiORB i przedmiary robót zamieszczone w Tomach III-V SIWZ. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności w nim Wyszczególnionych. Wykonawca określi ceny netto dla wszystkich wymienionych pozycji. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca obowiązany był uwzględnić wszystkie pożyte przedmiarowe." (czyli warunki były identyczne jak w przedmiotowym postępowaniu będącym przedmiotem odwołania wykonawcy).

Podniósł, że Zamawiający, w brzmieniu skonstruowanej przez siebie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzegł względnie szeroki zakres swobody w prezentacji przez wykonawców wykonania zamówienia, wymagając przedłożenia kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej. (czyli znów warunki były identyczne jak w przedmiotowym postępowaniu będącym przedmiotem odwołania wykonawcy).

Obowiązek uwzględnienia wszystkich, pozycji przedmiarowych nie jest przy tym tożsamy z obowiązkiem prezentacji każdego elementu, jaki składa się na realizację zamówienia w składanym wraz z ofertą kosztorysie. Nie wytacza to, w szczególności, możliwości skumulowania. Pewnych pozycji, zagregowania pewnych prac czy nakładów w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu. Ocena analizowanego stanu faktycznego uwzględnia okoliczność, że iż na gruncie przedmiotowego postępowania przedmiar robót

14

stanowi dokument pomocniczy w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych, zaś składany przez wykonawcę kosztorys jest dokumentem mającym służyć przede wszystkim obliczeniu ceny. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że roboty budowlane, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, Zamawiający opisał za pomocą dokumentacji projektowej oraz przedmiarów i specyfikacji technicznych, załączonych do SIWZ. Stwierdzić należy, że przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i STWiORB i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia.

Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać przede wszystkim charakter dokumentu pomocniczego, którego znaczenie sprowadza się do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, które składają się na zamówienie. Zamawiający zastrzegł przy tym relatywnie duży stopień swobody w prezentacji robót, materiałów, urządzeń w kosztorysie, wskazując że należy go sporządzić metodą uproszczoną, przy czym ujęcie lub pominięcie pewnych pozycji w kosztorysie nie jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania robót w sposób wymagany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączoną do niej dokumentacją.

Wykonawca zobowiązany będzie bowiem do wykonania robót zgodnie z treścią dokumentacji. Skoro zatem przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ten bowiem wynika z dokumentacji projektowej, to nieujęcie w kosztorysie pewnych elementów - zagregowanie ich w innych pozycjach, nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Podkreślił, że przy tak ukształtowanym przez Zamawiającego postępowaniu, wykonawcy są obowiązani wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, oraz STWiORB. Powyższe wynika z brzmienia specyfikacji istotnych warunków

zamówienia a także z istoty umowy o roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Natomiast przepis art. 648 k.c. stanowi, że umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem, zaś wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy, przy czym, na mocy art. 649 k.c., wraz z wątpliwością poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową

15

umowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca w analizowanym postępowaniu obowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, a nie załączonym do oferty kosztorysem (wykonanym na podstawie przedmiaru robót). Nie, bez znaczenia jest, że Przystępujący nie tylko nie zaprzeczał intencji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją stanowiącą załącznik do specyfikacji, ale przeciwnie: potwierdził taki zamiar wyrażając zgodę na dokonane przez Zamawiającego poprawy niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kosztorys jest dokumentem, co do zasady natury kalkulacyjnej, służącym określeniu kosztów realizacji zadania, a nie opisowi elementów rzeczowo - ilościowych oraz jakościowych wymaganych do wykonania robót budowlanych. W tym zakresie kosztorys złożony przez wykonawcę nie może zastępować zasadniczych dokumentów, w tym przede wszystkim dokumentacji projektowej. O sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstąpienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, co nie musi być automatycznie utożsamione z "przemilczeniem" lub pominięciem w kosztorysie pewnych pozycji, lub zaniechaniem ich wyceny."

Jak widać z powyższego uzasadnienia wyroku KIO, w sytuacji similiernej, o ile nie wręcz identycznej jak w przedmiotowej sprawie. Izba stanęła na stanowisku, iż skrajny formalizm zamawiającego nie znajduje uzasadnienia zarówno w brzmieniu literalnym przepisów, jak i w ujęciu celowościowym zasad udzielania zamówień publicznych, i nakazał Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego - oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym dokonanie poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłek w kosztorysie sporządzonym przez Odwołującego. Wskazał na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 556/12 z 03.04.2012 r., czy też wyrok KIO o sygn. akt: KIO 26/17 z 08.01.2017r.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego w zakresie części objętej odwołaniem – Zadanie 2 – pozostała jedynie oferta Odwołującego. Stąd informacja o wniesieniu odwołania nie została przekazana pozostałym wykonawcom. W konsekwencji nie miały miejsca zgłoszenia przystąpienia.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

16

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności pierwotną treść przedmiarów oraz str. 10 oferty przywołanych w odwołaniu, jak i postanowień SIWZ, druku oferty, samej oferty Odwołującego dla zadania 2 /tak jej druku

- formularza, kosztorysu ofertowego wraz z zestawieniem robocizny i materiałów/
Protokołami z pracy komisji przetargowej poprzedzającymi uwzględnienie odwołania z 25.04.2017 r. oraz odrzucenie oferty Odwołującego z 08.06.2017 r. Dodatkowo Izba dopuściła dowody z:

- 1) pismo Zamawiającego nr 2882/w2017 z dnia 19.04.2017r.,
- 2) treść odwołania z 25.04.2017 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 841/17;
- 3) pismo Zamawiającego z 10.05.2017r.;
- 3) postanowienie KIO z 10.05.2017 r., sygn. akt: KIO 841/17;
- 4) pismo Zamawiającego z 24.05.2017r. /wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp/
- 5) pismo Wykonawcy z 25.05.2017r./wyjaśnienia/ wraz z nowym kosztorysem ofertowym, zestawieniem robocizny, materiałów i sprzętu;
- 6) pismo Zamawiającego z 08.06.2017r. /zawiadomienia o unieważnieniu zadania 2 i odrzuceniu oferty Odwołującego/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty Wykonawcy oferującego najniższą cenę, co naruszyło zasady uczciwej konkurencji,

17

-
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, mimo uwzględnienia takiego żądania Wykonawcy w postępowaniu przed KIO w postępowaniu o sygn. akt: KIO 841/17,
 - 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 1 i 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, mimo braku podstaw prawnych do tego,
 - 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez przyjęcie iż istnieją podstawy do unieważnienia postępowania, mimo nieistnienia przesłanki odrzucenia oferty Wykonawcy, a co za tym idzie unieważnienia postępowania,
 - 5) art. 186 ust. 3 Pzp poprzez niewykonanie czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, mimo uwzględnienia takiego żądania Wykonawcy w postępowaniu przed KIO w postępowaniu o sygn. akt: KIO 841/17.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania i przytoczonych chronologicznie pism. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale jakie skutki z niego wynikają oraz czy dają podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu piątego. Względem kwestii niewykonania uwzględnienia. Izba podziela stanowisko, że uwzględnienie zarzutów nie może prowadzić do czynności niezgodnych z przepisami Pzp, co miałyby miejsce de facto w przedmiotowym stanie faktycznym, stąd oddalenie zarzutu w tym zakresie. Na powyższe wskazuje w drugim zdaniu cytowany poniżej fragment wyrok KIO z 22.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1159/16; KIO 1174/16: *"Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo, podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić - niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, czy tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p., jeśli jego czynność jest poprawna*

poprawnego odrzucenia, poprawnego wykluczenia, poprawnej oceny (lub też poprawnie ich nie dokonał)". Podobnie w wyroku KIO z 01.08.2016 r., sygn. akt: 1296/16, KIO 1323/16: "Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może prowadzić do dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem lub postanowieniami SWIZ."

Jednocześnie Izba potwierdza, za orzecznictwem, że przepis ten (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp) sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale ponownego podnoszenia tego dają podstawę do ewentualnego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie. Przykładowo, wyrok KIO z 11.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13: "Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże niezależnie od treści zatem Izbę, zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może - co do zasady - stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z żądaniem zawarty w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp". Podobnie w wyroku z 05.11. 2013 r., sygn. akt: KIO 2480/13: "Niewykonanie czynności związanych z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem - możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w o udzielenie zamówienia czynności postępowaniu publicznego zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia czynności tych przez Izbę i ich weryfikacji w ramach postępowania odwoławczego." oraz w wyroku 03.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2241/15: "Izba uznała w świetle prezentowanego w dalszej części stanowiska, iż naruszenie

przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków. Rzeczywiście przy obecnym kształcie przepisów, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma jedynie ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów". Przywołane powyżej stanowisko i orzecznictwo ma zastosowanie do art. 186 ust. 2 Pzp /dokonane pierwotnie uwzględnienie odwołania było uwzględnieniem w całości/, Izba uznała, że ma do czynienia z omyłką w przywołanej numeracji zarzutu zawartej w petitum odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie pozostałych zarzutów, Izba rozpoznała je zbiorczo z uwagi na ich charakter. Uznając, że podlegają one oddaleniu.

Po pierwsze, Izba podnosi, że „inna omyłka” niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Jest to bowiem pojęcie nieostre. Ważne jest byleby nie spowodowała ona istotnej zmiany.

Po drugie, z pozoru wydaje się, że Odwołujący miał rację i zasadnie domagał się zastosowania trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż taka zmiana nie będzie generowała zmiany wartości całkowitej Pakietu 2, ani wartości jednostkowych w kosztorysie ofertowym, lecz zmianę opisu trzech pozycji. Jednakże kwestia istotności winna być rozpatrywana w zależności od okoliczności sprawy. To co w jednym stanie faktycznym jest istotne lub nie, w innym nie musi mieć takiego przymiotu. Ważne jest również, aby z okoliczności wynikał zamiar złożenia oferty określonej treści.

Izba wskazuje w tym zakresie na komentarz do nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: *"można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."* (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118.).

W przedmiotowym stanie faktycznym, Odwołujący wskazywał, że zamiar wynikał z generalnego oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym/druku oferty. Jednakże Odwołujący, abstrahuje od tego, że w tym stanie faktycznym ważna jest okoliczność tego rodzaju, że należy wziąć pod uwagę udzielone wyjaśnienia i załączniki do nich. Tym bardziej,

20

że sam Odwołujący o nie zabiegał w ramach uwzględnionego odwołania z 25.04.2017 r. W tym kontekście Izba musi badać faktyczny zamiar złożenia oferty o danej treści. Zgodnie z uchwałą KIO z 14.08.2013 r., sygn. akt: KIO/KD 73/13, określono, że stwierdzenie omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, może nastąpić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Jakkolwiek wyjaśnienia takie nie mogą tworzyć treści oferty, tym niemniej dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania Zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia (art. 65 § 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp.). Potwierdza to także wyrok KIO z 04.04.2013 r., sygn. akt: KIO 662/13: *"Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i rozprawy, co do procedury wyjaśnienia treści oferty, czy też braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba stwierdziła, że przeprowadzenie takich wyjaśnień nie prowadziłoby do zmiany treści oferty (istotnej) i nie stanowi o niedopuszczalnych negocjacjach z wykonawcą. Jedynie w sytuacji, gdyby Odwołujący w ramach tych wyjaśnień wskazał jeszcze inny termin płatności, a Zamawiający dokonałby w tym zakresie korekty oferty Odwołującego wówczas takie działanie należałoby zakwalifikować jako naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp."*

Inaczej mówiąc takie wyjaśnienia nie mogą tworzyć treści oferty, czy też jej zmieniać. Uzyskane wyjaśnienia niewątpliwie generowały treść oferty, tj. wcześniej nie istniejące zestawienie sprzętu, z uwagi na pierwotny brak takiego zestawienia wymaganego obligatoryjnie wraz z kosztorysem ofertowym. Nadto, z samego kosztorysu ofertowego nie wynikało wykonywanie zamówienia z użyciem sprzętu, lecz ręcznie. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok SO w Krakowie z 29.01.2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09, gdzie stwierdzono, że założenie umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp. Izba uznała, że zaistniała w tym stanie faktycznym zmiana wykonania świadczenia z ręcznego na z użyciem sprzętu kwalifikuje się na sytuację podobnego rodzaju co w powołanym orzeczeniu sądu powszechnego.

Stanowisko Odwołującego, tzn. jego wyjaśnienia z rozprawy, że wybór lub nie KNR generuje zestawienie sprzętu lub też nie – jest w tym stanie faktycznym niewystarczający. Skala bowiem kosztu sprzętu, jego zwiększenie z ok. 600 PLN netto do ponad 27 tys. PLN netto wskazuje jednoznacznie na zmianę charakteru świadczenia. Nadto, dotyczy wszystkich trzech pozycji, które stanowią całość kosztorysu ofertowego, nie małego wycinku. Izba mogłaby przyjąć takie wyjaśnienia, gdyby były to trzy pozycje z kilkudziesięciu. W tym wypadku Odwołujący sporządził kosztorys składający się z trzech pozycji i nie dostrzegł, iż

zaoferował realizację zamówienia bez wykorzystania sprzętu. Jako profesjonalista winien sprawdzić kosztorys ofertowy zwłaszcza składający się tylko z trzech pozycji. Izba zgadza się że miał prawo „mechanicznie” wypełniać ofertę i nie dostrzec omyłki w kosztorysie wielopozycyjnym, ale nie składającym się tylko z trzech pozycji. Żadne oprogramowanie do kosztorysowania nie zwalnia Odwołującego ze sprawdzenia kosztorysu ofertowego zwłaszcza, takiego, który obejmuje tylko 3 pozycje.

Odwołujący oświadczył na rozprawie, że w pierwotnym kosztorysie owe 27 tys. znajdowało się w innych pozycjach, a więc nie tylko w materiałach pomocniczych (co podnosił w odwołaniu z 25.04.2017 r.). Jednakże to stanowisko jest jedynie zastosowaniem też orzecznictwa i stanowiska z wyroku przywołanego na rozprawie, zapadłego w innej sytuacji i okolicznościach. Odwołujący nawet nie wskazał w jaki sposób miało miejsce owe rozłożenie, choćby w ujęciu procentowym.

Izba także stwierdziła, że kosztorys ofertowy miał być sporządzony metodą szczegółową w formie uproszczonej. W tym stanie faktycznym biorąc pod uwagę kosztorys pierwotnie zawarty w ofercie Odwołującego o wiele bardziej rozbudowany niż załączony do wyjaśnień należy zauważyć, że Zamawiający winien móc poprawić kosztorys pierwotny nie wytwarzając zupełnie nowego oświadczenia np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy wypełnienia go dodatkową treścią, co do której nie posiadał żadnych danych i informacji. Propozycje Odwołującego z rozprawy prowadziłyby do tego rodzaju działań. Podobnie: „(...) W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji”. (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.

22

47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz koszty dojazdu na rozprawę w kwocie łącznej 286,20 zł. – załączył bilety PKP (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

23