Sygn. akt: KIO 117/15

WYROK
z dnia 30 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r. przez Odwołującego wykonawcę **ECO-PLAN S.A.** z siedzibą w Słupsku przy ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Jednostkę Wojskową 4503** w Grudziądzu, ul. Czwartaków 1, 86-300 Grudziądz

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 08.01.2015 r. unieważnienia postępowania na zadanie nr 2 – *Sprzątanie powierzchni zewnętrznych* i nakazuje poprawienie w formularzach ofertowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ilości powierzchni terenów zielonych w poz. 3 i 4 przez zmniejszenie do 542.595 m^2 (w każdej z nich) i przeliczenie wartości pozycji po cenach jednostkowych wskazanych w ofertach oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert nie podlegających odrzuceniu na zadanie nr 2.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Jednostkę Wojskową 4503 w Grudziądzu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawcę ECO-PLAN S.A. z siedzibą w Słupsku przy ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Zamawiającego – Jednostki Wojskowej 4503 w Grudziądzu na rzecz Odwołującego – ECO-PLAN S.A. z siedzibą w Słupsku kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie:

---

osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Toruniu.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Jednostkę Wojskową 4503 w Grudziądzu w trybie przetargu nieograniczonego na *usługę w zakresie sprzątania terenów zewnętrznych i pomieszczeń w miejscowościach: Grudziądz, Grupa, Brodnica, Chełmno, m. Gardeja* (nr postępowania: 90/14), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 181-319566 w dniu 20 września 2014 r., wobec czynności unieważnienia postępowania na zadanie nr 2 – sprzątanie powierzchni zewnętrznych, zostało wniesione w dniu 19 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawcę ECO-PLAN S.A. z siedzibą w Słupsku przy ul. Szczecińska 99, 76-200 Słupsk (sygn. akt KIO 117/15).
Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na zadanie nr 2 w dniu 08.01.2015 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. ustawy w zw. z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 93 ust. 2 i art. 146 ustawy w związku z bezprawnym unieważnieniem postępowania na zadanie nr 2 (sprzątanie powierzchni zewnętrznych), jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wobec zaniechania dokonania przez Zamawiającego poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na zadanie nr 2 i powtórzenia czynności wyboru oferty na zadanie nr 2 spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na chronologię czynności Zamawiającego w postępowaniu i dokonania w dniu 11.12.2014 r. wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2, wobec której to czynności wniesione zostało w dniu 18.12.2014 r. odwołanie rozpoznane na rozprawie w dniu 09.01.2015 r. Zamawiający unieważnił postępowanie w dniu 08.01.2015 r. przekazując jednocześnie zawiadomienie do uczestników postępowania oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie zostało uwzględnione wyrokiem Izby z dnia 14.01.2015 r. sygn. akt KIO 2693/14.

W ocenie Odwołującego czynność unieważnienia postępowania nie ma podstaw zarówno prawnych jak i faktycznych, gdyż wskazana okoliczność mająca uzasadniać twierdzenie o wadzie postępowania uniemożliwiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu – powierzchnia terenów zielonych,

---

została zmieniona przez Zamawiającego i dostosowana do stanu faktycznego zmianą do siwz z dnia 23.102.2014 r., tj. przed upływem terminu do składania ofert. W odpowiedzi na pytanie nr 34 Zamawiający dokonał zmniejszenia powierzchni terenów zieleni w opisie przedmiotu zamówienia o 111 973 m ^{2} i ustalił jej wielkość łączną na 542 595 m ^{2}. Zamawiający dokonał zmiany w treści załączników nr 2 i 3, w tym tabeli nr V. Zamawiający wprowadził zmiany do załącznika nr 1 – formularza ofertowego przez wykreślenie poz. nr 5. Omyłkowo pozostawił łączną powierzchnię terenów zieleni 654 568 m ^{2} nie uwzględniając wprowadzonej zmiany powierzchni. Na skutek tego niedopatrzenia w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3) oraz we wzorze umowy (załącznik nr 2) wskazana została łączna powierzchnia terenów zieleni 542 595 m ^{2}, a w formularzu ofertowym powierzchnia ta wynosi 654 568 m ^{2}. Nie wpływa ona jednak na wynik postępowania i ważność umowy, a tym samym nie stanowi wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle tych ustaleń, opis przedmiotu zamówienia nie zawiera zawyżonej wielkości powierzchni terenów zielonych, a zatem nie posiada wady, natomiast wielkość zawyżona zawarta jest wyłącznie w formularzu ofertowym po modyfikacji, który służy wyłącznie do porównywanie ofert w kryterium cenowym, zgodnie z rozdziałem XIII siwz. Odwołujący wskazał, iż cena wyliczona w oparciu o formularz ofertowy nie stanowi faktycznego, rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy, lecz maksymalną wartość przewidzianą dla maksymalnego zakresu prac i dla maksymalnej powierzchni w okresie realizacji zamówienia (30 miesięcy). Faktyczne, rzeczywiste wynagrodzenie wyliczone będzie w oparciu o ceny jednostkowe z formularza ofertowego na podstawie faktycznie wykonanych prac (zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz – par.5 ust. 9, 10 wzoru umowy). Ponadto Zamawiający w par. 6 ust. 1 lit e wzoru umowy przewidział możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia nie więc niż o 15% w każdym roku kalendarzowym wykonywania usługi, przy zachowaniu cen jednostkowych za sprzątanie 1 m ^{2} powierzchni.

W świetle powyższego argumentacja Zamawiającego i jego obawy nie mają uzasadnienia i nie mogły prowadzić do unieważnienia postępowania.

Zmniejszenie powierzchni zieleni w formularzu ofertowym w zadaniu nr 2 na zgodną z opisem przedmiotu zamówienia spowoduje zmniejszenie łącznej wartości wyliczonej w każdej z ofert, nie zmieniając jednocześnie cen jednostkowych, ani kolejności ofert w rankingu. W tym stanie rzeczy zawyżona powierzchnia zieleni w formularzu ofertowym nie jest wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, bowiem zasadniczo nie wpływa na treść umowy, w tym w szczególności w żaden sposób nie wpływa na wynagrodzenie

umowne. Tym samym nie powoduje i nie może powodować nieważności umowy.

Powyższa wada była możliwa do usunięcia przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez poprawienie powierzchni terenów zieleni w formularzu ofertowym

w każdej z ofert złożonych na zadanie nr 2, przeliczenie ceny wg zmienionej powierzchni wynikającej z opisu przedmiotu zamówienia, a następnie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Błędy Zamawiającego dotyczące zapisów siwz nie powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Ponadto, w stanie faktycznym sprawy nie zostały wypełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Aby mówić o ich spełnieniu, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy (wada postępowania), musi być to wada niemożliwa do usunięcia i ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Rodzaj naruszeń ustawy mogących skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia wskazany został enumeratywnie w art. 146 ustawy. Okoliczności wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu nie stanowią żadnej z tych wad, co czyni czynność unieważnienia postępowania na zadanie nr 2 sprzeczną z przepisami ustawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. sprzed zmiany ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „ustawą".
Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie decyzji o unieważnieniu postępowania na zadanie nr 2, na które Odwołujący złożył ofertę. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania dokonania czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, Zamawiający będzie zobowiązany do wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.01.2015 r., sygn. akt KIO 2693/14 i powtórzenia czynności oceny ofert na zadanie nr 2, otwierając tym samym drogę dla Odwołującego do uzyskania zamówienia. Powtórzenie czynności oceny ofert miało na celu ochronę interesu Odwołującego, który wniósł również poprzednie odwołanie w celu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Konsekwentnie, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oznaczać będzie dla Odwołującego szansę na uzyskanie

przedmiotowego zamówienia w toku ponownego badania i oceny ofert zgodnie z wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej wskazanymi w wyroku z dnia 14.01.2015 r.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozstrzyganiu w przedmiocie podniesionych zarzutów dotyczących czynności unieważnienia postępowania na zadanie nr 2 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy i zaniechania poprawienia treści ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 08.01.2015 r. poinformował o unieważnieniu postępowania na zadanie nr 2, co uczynił przed terminem rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą wyznaczonym na dzień 09.01.2015 r. w sprawie odwołań wniesionych przez dwóch wykonawców, tj. ECO-PLAN S.A. (sygn. akt KIO 2693/14) oraz Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 J. J. Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2740). Postępowanie odwoławcze w sprawie

odwołania o sygn. akt KIO 2740/14 zakończyło się jego umorzeniem w drodze postanowienia z dnia 09.01.2015 r., w związku z wycofaniem odwołania. Odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 2693/14 rozstrzygnięte zostało wyrokiem KIO z dnia 14.01.2015 r. w którym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 i powtórzenie czynności oceny ofert.

W zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania na zadanie nr 2 z dnia 08.01.2015 r. Zamawiający wskazał na podstawę prawną z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, tj. niemożliwą do usunięcia wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia w części dotyczącej określenia powierzchni terenów zielonych został na skutek błędu Zamawiającego nieprawidłowo wyliczony. W rzeczywistości wynosi 542.595 m ^{2}, a w siwz przy ustaleniu podstawy wyceny usługi, została zawyżona o 111 973 m ^{2}. Zamawiający uznał, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 29 ust. 1 ustawy jest rodzajowo takim naruszeniem, które co najmniej miało wpływ na wynik postępowania. Przedmiotowa wada miała bezpośredni wpływ na treść ofert, a wobec przyszłego zawarcia umowy skutkowałaby ponoszeniem przez Zamawiającego nieuzasadnionych kosztów usługi w nieistniejącym zakresie. Na obecnym etapie wada postępowanie nie jest możliwa do usunięcia, a jest na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba dokonała oceny zasadności czynności Zamawiającego uwzględniając treść siwz dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia, które

miały zasadnicze znaczenie z punktu widzenia ustalenia naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ustawy.

Zgodnie z rozdziałem III siwz przedmiotowa usługa obejmuje prace w zakresie sprzątania terenów zewnętrznych i pomieszczeń w miejscowościach: Grudziądz, Grupa, Brodnica, Chełmno, m. Gardeja zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale III i szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia ujętym w załączniku nr 2 i 3 siwz. Załącznik nr 2 do siwz – określa ogólne warunki umowy (wzór umowy), natomiast załącznik nr 3 zawiera opis przedmiotu zamówienia, w tym specyfikację techniczną na świadczenie usług, szczegółowy zakres i częstotliwość wykonywanych prac, zestawienie powierzchni w ujęciu tabelarycznym, karty opisowe budynków. W załączonych tabelach oznaczonych numerami od V do VIII, Zamawiający ujął zestawienie powierzchni terenów zielonych i utwardzonych w poszczególnych lokalizacjach, tj.: Grudziądz, Gardeja (tabela nr V), Grupa (tabela nr VI), Brodnica (tabela nr VII), Chełmno (tabela nr VIII).

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 15 w piśmie z dnia 23.10.2014 r. dokonał modyfikacji zakresu świadczenia przez wyłączenie z realizacji usługi terenu Twierdzy Grudziądz, dokonując jednocześnie modyfikacji treści załącznika nr 3 do siwz, poprzez wykreślenie ze *specyfikacji technicznej* treści z pkt 2 – *Tereny zieleni – koszenie 2 razy w roku – teren Twierdzy Grudziądz (raweliny, bastiony, fosy, dachy budynków donżonu)* oraz *Koszenie trawy zakrzaczeń, samosiejek (odrostów) 2 razy w roku w terminie uzgodnionym z Zamawiającym,* wykreślenie pkt 3.22 i 3.23 oraz wykreślenie tabeli nr V i zastąpienie jej treścią po modyfikacji. Zamawiający załączył zmienioną tabelę nr V i jednocześnie wykreślił treść załącznika nr 1 do siwz stanowiącego formularz ofertowy zastępując go treścią formularza ofertowego po modyfikacji. W zmodyfikowanej tabeli nr V Zamawiający pomniejszył powierzchnię terenów zieleni dla lokalizacji Grudziądz, Gardeja (poz. 3 tabeli) przez usunięcie wiersza: *Czwartaków – Twierdza Grudziądz – powierzchnia 111 973,00 m* ^{2} i zmniejszenie powierzchni terenów zieleni z 414 707,00 m ^{2} do 302 734,00 m ^{2}. W zmodyfikowanym załączniku nr 1 do siwz – formularzu ofertowym dla zadania nr II, Zamawiający wykreślił pozycję 5 *Koszenie grabienie i wywóz z terenu skoszonej trawy – teren Twierdzy Grudziądz – 2 razy w roku.* Pozycje nr 3 i 4 dotyczące utrzymania w czystości terenów zieleni pozostały bez zmiany co do wielkości powierzchni (654 568 m ^{2}) i czasu trwania umowy odpowiednio 17 m-cy i 25 razy.

Izba ustaliła, iż wielkość 654.568 m ^{2} wpisana pierwotnie w załączniku nr 1 – formularzu ofertowym w pozycjach 3 i 4 wynikała z wielkości powierzchni terenów zielonych wskazanych w tabelach od V do VIII w pozycjach *tereny zieleni,* która obejmowała początkowo również powierzchnię terenów położonych na obszarze Twierdzy Grudziądz ujętej w tabeli V. Prowadzi to do wniosku, iż formularz ofertowy już od początku zawierał błąd

w postaci powielenia pozycji dotyczącej prac związanych z terenami zieleni na obszarze

Twierdzy Grudziądz. Pozycja piąta formularza ofertowego zawarta była również w wycenie pozycji dla powierzchni łącznej 654.568 m ^{2} . Zamawiający dokonując modyfikacji załącznika nr 1 w związku z wyłączeniem z zakresu usługi prac na terenie Twierdzy Grudziądz, usunął pozycję nr 5 bez korekty wielkości powierzchni w poz. 3 i 4.

Przed upływem terminu do złożenia ofert do Zamawiającego wpływały pisma od wykonawców dotyczące wyjaśnienia treści siwz, ewentualnie jej modyfikacji, które Zamawiający pozostawił bez odpowiedzi z uwagi na ich wniesienie z opóźnieniem, tj. później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Jedno z zapytań dotyczyło łącznej powierzchni terenów zielonych wskazanych w formularzu ofertowym w poz. 3 i 4 i potrzeby jej zmiany w związku z wyłączeniem powierzchni terenów Twierdzy Grudziądz i zastąpienia ilości m ^{2} - 654.568 ilością 542.595.

W świetle tak ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, przyznając zasadność podniesionych zarzutów.

W pierwszej kolejności należy wskazać na braki w argumentacji Zamawiającego nie pozwalające na wykazanie wypełnienia przesłanek z art. 146 ustawy. Zamawiający w zasadzie jedynie opisowo wskazuje na podstawę do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego z art. 146 ust. 6 ustawy, tj. rażącego naruszenia przepisów ustawy mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający jako rażące naruszenie przepisów ustawy wskazał błędy popełnione przez niego przy opisie przedmiotu zamówienia. Nie budziło wątpliwości, iż Zamawiający opis przedmiotu zamówienia zamieścił w załączniku nr 3, zgodnie z odesłaniem wynikającym z rozdziału III siwz. Również dla ustalenia przedmiotu zamówienia znaczenie miały postanowienia wzoru umowy, w zakresie sposobu rozliczenia (załącznik nr 2) oraz ogólne wytyczne z rozdziału III siwz, przywoływane w toku rozprawy. Izba w całości podzieliła wywody Odwołującego, w których wskazywał, iż rzeczywisty zakres świadczenia może odbiegać w trakcie realizacji umowy od zakresu ilościowego prac objętych przedmiotem zamówienia, co wynikało z klauzul umownych dotyczących rozliczenia za wykonane świadczenie (par. 5 ust. 8-10 oraz par 6 wzoru umowy), a także możliwości zmniejszenia maksymalnie o 15 % zakresu świadczenia w każdym roku kalendarzowym. Izba nie podzieliła jednocześnie stanowiska Zamawiającego, w którym przekonywał, iż przedmiot zamówienia opisany został w załączniku nr 1 do siwz, tj. formularzu ofertowym. Zgodnie z opis sposobu obliczenia ceny (art. 36. Ust. 1 pkt 12 ustawy) – Rozdział XIII ppkt 1 siwz – *Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny w sposób określony poniżej, z zastosowaniem poszczególnych pojęć jakie wyspecyfikowano w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik Nr 1 do SIWZ.* W następnych podpunktach Zamawiający wyjaśnił znaczenie ceny jednostkowej netto, wartości netto, stawki podatku VAT, wartości brutto, sposobu zaokrąglania kosztów, a także wskazał, iż *cena podana w*

ofercie musi obejmować w kalkulacji wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Cena może być tylko jedna, nie dopuszcza się wariantowości cen. (str. 13 siwz). Przywołane postanowienia siwz w sposób jednoznaczny określały znaczenie załącznika nr 1, którego celem było wyłącznie zobrazowanie wyliczenia wartości poszczególnych prac, jedynie hasłowo opisanych w kolumnie nr 1 i pod takim kątem należało go ewentualnie badać przy ocenie ofert. Izba odmiennie niż Zamawiający uznała, iż o zakresie świadczenia, jego charakterystyce przesądzały zapisy z załącznika nr 3 do siwz, w którym Zamawiający zamieścił szczegółowy opis prac, ich rodzaje, lokalizacje, częstotliwości. Formularz ofertowy stanowił natomiast powielenie danych wynikających z załącznika nr 3, w szczególności tabel. Po zmianie zakresu świadczenia dokonanej modyfikacją postanowień siwz z dnia 23.10.2014 r., Zamawiający jedynie fragmentarycznie dostosował wzór formularza ofertowego do zmienionego zakresu świadczenia (usunął poz. nr 5, ale pozostawił niezmienioną ilość powierzchni łącznej terenów zielonych, od początku obejmujących tereny Twierdzy Grudziądz). Powyższe nie uzasadniało przyznania jako słusznego twierdzenia o

niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, który zawierał się od początku w załączniku nr 3 do siwz, niekwestionowanym. Rozbieżność w zakresie powierzchni terenów zielonych występująca pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, a treścią formularza ofertowego została zauważona przez wykonawców, jak i Zamawiającego (przy analizie treści pytania z dnia 13.11.2014 r.), jeszcze przed upływem terminu do złożenia ofert. Zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie zmiany w załączniku nr 1 i również wykonawcy wypełnili formularze ofertowe bez korygowania wielkości powierzchni terenów zielonych w pozycjach 3 i 4. W ocenie składu orzekającego wskazana rozbieżność w treści siwz pozostawała bez znaczenia dla oceny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako ważnego i umożliwiającego zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Możliwe było bowiem skorygowanie w ofertach niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w celu doprowadzenia do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, bez konieczności ingerencji w oświadczenie wykonawców. To nie wykonawcy, ale Zamawiający zamieścił w formularzu ofertowym zawyżoną wielkość powierzchni, a jej zmiana nie wymagał zmiany oświadczenia wykonawcy dotyczącego ceny jednostkowej stanowiącej podstawę obliczenia ceny oferty. Zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, w celu wyeliminowania niezamierzonej przez wykonawców niezgodności oferty z treścią siwz, co do wielkości zakresu świadczenia narzuconego we wzorze przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż opisana niezgodność w formularzach opracowanych przez Zamawiającego nie wypełnia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Podążając za wykładnią przepisu prezentowaną chociażby w orzeczeniu Sądu Okręgowego

---

w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt V Ca 788/12 (Zamówienia *publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 18, str. 136),* Izba wskazuje na brak w art. 146 ustawy jako przesłanki unieważnienia umowy, uchybień związanych z naruszeniem przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. *Zgodzić się należy ze stanowiskiem zaprezentowanym w skardze, zgodnie z którym nie stanowi przyczyny unieważnienia postępowania rzekomo wadliwy opis przedmiotu zamówienia (wyrok z dnia 16 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10; wyrok z dnia 15 lutego 2011 r, sygn. KIO 214/11; KIO 215/11). Odnosząc się do analizy zagadnienia czy przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w sprawie niniejszej ziściła się stwierdzić z kolei trzeba, że nieprecyzyjne sformułowanie SIWZ nie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania, o której mowa w kontekście przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu.*
Uwzględniając powyższe należało stwierdzić, iż w świetle uchybienia Zamawiającego popełnionego przy opracowaniu formularza ofertowego, nie ziściła się przesłanka do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Wada postępowania może być bowiem naprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez poprawienie treści ofert w zakresie wielkości powierzchni terenów zieleni, a ponadto sama wada nie posiada takiej rangi, z którą należałoby wiązać skutek w postaci możliwości unieważnienia umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy.

Mając na uwadze zasadność zarzutów opisanych powyżej Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy oraz uzasadnione koszty Odwołujących stwierdzone rachunkiem

przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmującym wynagrodzenie pełnomocnika i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: ……..……..……..

Sygn. akt: KIO 117/15 11