Sygn. akt: KIO 1792/15

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego – K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. C. Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane „BUDOSAN" z siedzibą w Żaboklikach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Zbuczyn,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
   1.1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
   1.2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
   1.3. poprawienie, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, omyłki w zakresie pozycji 55 kosztorysu ofertowego Odwołującego przez podanie zgodnej z przedmiarami ilości określonych w niej robót, z uwzględnieniem ich wartości wskazanej przez Odwołującego i konsekwencji rachunkowych dokonanej korekty,
   1.4. ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Zbuczyn i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. C. Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane „BUDOSAN" z siedzibą w Żaboklikach tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Zbuczyn na rzecz Odwołującego – K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. C. Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane „BUDOSAN" z siedzibą w Żaboklikach kwotę 13.600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Siedlcach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1792/15

Uzasadnienie

Gmina Zbuczyn (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Krzesk – Królowa Niwa – etap II, zwane dalej: „Postępowaniem". Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 173894-2015.

W dniu 13 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział

w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę E. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe GAW-BUD E. G. z siedzibą w Łosicach oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę K. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. C. Przedsiębiorstwo Ogólnobudowlane „BUDOSAN".

W dniu 18 sierpnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie ww. wykonawcy (dalej: „Odwołujący"), w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89. ust. 1 pkt 2 Pzp w sposób mający istotny wpływ na wynik Postępowania

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie pozycji 55 kosztorysu ofertowego przez podanie zgodnej z przedmiarami wartości robót określonych w powyższej pozycji z uwzględnieniem ich wartości wskazanej przez Odwołującego, a następnie uwzględnienie konsekwencji rachunkowych dokonanych korekt.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jako przyczynę wskazano, iż zgodnie z poz. 55 przedmiaru robót wykonawca miał wycenić roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj. 0,60 m 3 w gruncie kat. III z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 4 km, tymczasem w załączonym kosztorysie

w przedmiotowej pozycji skalkulowano transport urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km.

Odwołujący podał, że Zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznając, że w kosztorysie ofertowym znajdują się odstępstwa od przedmiarów robót, na podstawie których winien być sporządzony kosztorys.
Błąd Odwołującego polegał na tym, iż w kosztorysie ofertowym wskazano cenę za 1 km, zamiast za 4 km. Jeżeli zatem Zamawiający dokonałby poprawy ww. niezgodności, to wpłynęłyby one na cenę oferty w taki sposób, że zwiększyłyby cenę brutto oferty o kwotę 1.690,43 zł. Jest to omyłka, którą Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mógł poprawić, znał bowiem właściwe ilości jednostek robót wynikające z przedmiarów robót.
Poprawienie omyłki nie wpłynęłoby natomiast istotnie na cenę oferty. W konsekwencji Odwołujący uznał, iż Zamawiający nie dokonując poprawienia nieistotnych omyłek w jego ofercie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a odrzucając jego ofertę uchybił art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ przepis ten nie nakazuje odrzucenia oferty w przypadku wystąpienia każdej niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"). Jeżeli wykonawca pomylił się, a omyłka ta jest nieistotna i można ją poprawić bez negocjacji, to winna być poprawiona, a oferta uznana za zgodną z SIWZ. Odwołujący zasygnalizował ponadto, że w pkt 10 Rozdziału XXI SIWZ Zamawiający przewidział możliwość poprawienia oferty stosownie do art. 87 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W jego ocenie, w okolicznościach faktycznych sporu niezbędne jest ustalenie, czy Zamawiający stwierdzone w treści oferty Odwołującego (kosztorysie ofertowym) niezgodności z treścią SIWZ (przedmiarów robót) zobowiązany był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w SIWZ, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w niej. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w SIWZ oczekiwania. Dodał, że – po pierwsze – zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia, po drugie

zaś – że 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. 1 ust. 2 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z SIWZ. Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był do dokonania odpowiednich poprawek przez podanie w poz. 55 kosztorysu ofertowego zgodnej z przedmiarami robót wartości robót, a następnie uwzględnienie wszystkich konsekwencji rachunkowych dokonanych korekt. Ingerencja zamawiającego nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty zarówno w wymiarze przedmiotowym, jak i wartościowym. Zgodnie z kalkulacją Odwołującego konsekwencje rachunkowe tych poprawek to wzrost szacowanego wynagrodzenia kosztorysowego o 1.690,43 zł. Wskazane przez Zamawiającego w piśmie z 13 sierpnia 2015 r. niedoskonałości w treści oferty Odwołującego uznać należało zatem za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym. Co więcej, zważywszy, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wykonawca zobowiązany jest do oddania przewidzianego w umowie obiektu (§ 1 projektu umowy), wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej (art. 647 K.c.). Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi cześć składową umowy, a Zamawiający zobowiązany jest projekt wykonawcy dostarczyć (art. 647 i 648 § 2 K.c.). Przedmiar robót stanowiący podstawę

sporządzenia kosztorysu ofertowego jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie z SIWZ, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli (oferty) nie odpowiadającego SIWZ, nie wyrazi zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie na uzasadnienie wskazując co następuje.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XIX SIWZ – „Opis sposobu przygotowywania ofert" oferent miał obowiązek przedłożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej. Podstawą sporządzenia kosztorysu był przedmiar robót stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ. W dniu 13 sierpnia 2015 r. Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy argumentując swą decyzję tym, że treść oferty odwołującego nie odpowiada

treści SIWZ. Zgodnie z poz. 55 przedmiaru robót wykonawca miał wycenić roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 0,60 m 3 w gruncie kat. III z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość 4 km. W załączonym przez Odwołującego kosztorysie w przedmiotowej pozycji skalkulowano transport urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzuca się ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „treść oferty", dlatego stosownie do art. 14 Pzp należy posiłkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 K.c. Z brzmienia tego przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Oferta, aby spełnić warunek określony jako niezbędny w art. 66 § 1 K.c. (czyli warunek określania istotnych postanowień umowy), musi w pełni odpowiadać wymaganiom zawartym w SIWZ.

Zamawiający stwierdził następnie, że w przedmiotowej sprawie poza sporem jest, iż treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ, co zostało przez niego przyznane. Podał, że Odwołujący zmienił opis spornej pozycji kosztorysu zastępując wskazane w przedmiarze wyrazy: „[…]z transp. urobku samochod. samowyładowczymi na odległość 4 km.[…]" wyrazami: „[…]z transportem urobku samochodami samowyładowczymi

na odległość do 1 km.[…]" i przedstawił cenę adekwatną do zmienionego przez siebie opisu pozycji tj. do jednego km). Tym samym nie może budzić wątpliwości fakt, iż we wskazanym zakresie, tj. poz. 55 złożona przez Odwołującego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby doszło do zaistnienia przesłanek określonych w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślił, że zarówno Pzp, jak i K.c. nie definiują pojęcia omyłki. Należy jednak przyjąć, że przesłanką warunkującą zakwalifikowanie błędu jako oczywistej omyłki jest to, aby nadawał się on do poprawienia wyłącznie przez zamawiającego bez konieczności podejmowania działań ingerujących w treść oferty, a także aby nie powodował zmian w treści oferty, tj. zmiany poszczególnych warunków oferty. Zdaniem Zamawiającego o omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką.

Zamawiający zasygnalizował, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż w niniejszej sprawie mógł w sposób nie budzący wątpliwości dokonać samodzielnie poprawki w przedmiotowej pozycji kosztorysu. Zmiana treści opisu przedmiotu zamówienia w omawianej pozycji z 4 km na do 1 km i ustalenie adekwatnej wartości wynagrodzenia stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający nie miał prawa wychodzić z założenia że Odwołujący w pozycji kosztorysowej nr 55 przy obliczeniu ceny z transportem urobku na wymaganą w SIWZ odległość 4 km zastosowałby wprost 4-krotność ceny z transportem urobku na odległość do 1 km jaką wskazał w przedmiotowej pozycji kosztorysowej, zwłaszcza iż dana pozycja kosztorysowa stanowiła kalkulację indywidualną, gdzie wskazana podstawa, a tym samym nakłady zgodnie z KNR dla danej pozycji uwzględniały transport urobku do 1 km, natomiast Zamawiający żądał w danej pozycji skalkulowania (uwzględnienia) wywozu urobku na odległość 4 km.

W ocenie Zamawiającego proponowany przez Odwołującego sposób poprawienia omyłki jest niezgodny z założeniami do Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR) 2-01 „Budowle i roboty ziemne". Wyjaśnił, że sporna pozycja kosztorysowa nie dotyczy tylko i wyłącznie transportu urobku, ale także odspojenia i załadowania ziemi koparką na samochody samowyładowcze, zmiany stanowiska koparki w miarę postępu robót, ręcznego wykonania i utrzymania rowków odwadniających w wykopie oraz ręcznego wyrównania z grubsza skarp i dna wykopu. Zastosowanie krotności do danej pozycji , jak chce tego Odwołujący, spowodowałoby zwiększenie o 4 razy pracy m.in. koparki gąsiennicowej 0,6 m 3 , która w związku z wywozem urobku na dalszą odległość (dodatkowe 3 km poza skalkulowaną odległość wywozu urobku do 1 km) nie wykonuje dodatkowej pracy.

Zdaniem Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odwołania twierdzenie jakoby możliwe było poprawienie stwierdzonej omyłki, ponieważ Zamawiający znał właściwe ilości

jednostek robót wynikających z przedmiarów robót nie zasługuje na uwzględnienie. Ilość jednostek robót w przedmiarze robót Zamawiającego i w kosztorysie ofertowym Odwołującego jest bowiem identyczna. Różnica występuje natomiast w zakresie robót do wykonania (transport na odległość do 1 km, a transport na odległość 4 km). Dokonanie poprawy zakresu robót w kosztorysie ofertowym Odwołującego i tym samym samodzielna wycena (kalkulacja) większego zakresu robót przez Zamawiającego nie stanowi omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3.Pzp. Odmienne stanowisko prowadziłoby, w ocenie Zamawiającego, do naruszenia podstawowych zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa przepisie art. 7 Pzp. Wydaje się, że interpretacja art. 87 ust. 2 Pzp nie może zmierzać do zmiany roli zamawiającego z podmiotu oceniającego złożoną ofertę na podmiot dokonujący modyfikacji oferty i dostosowujący ją do postanowień SIWZ.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca J. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. J. Przedsiębiorstwo Robót Budowlano Instalacyjno Inżynieryjnych „BUDOKAN" z siedzibą w Łosicach (dalej: „Wykonawca JJ"), wnosząc o uwzględnienie odwołania. Podniósł, że jego interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystąpił należy upatrywać w tym, że złożona przez niego oferta została odrzucona w oparciu o identyczne przesłanki faktyczne i prawne, co oferta Odwołującego.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2015 r. Odwołujący wniósł opozycję przeciwko przystąpieniu Wykonawcy JJ do postępowania odwoławczego po jego stronie. Podkreślił, że ww. nie posiada interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Stwierdził, że punktem wyjścia dla prawidłowego rozumienia interesu prawnego uczestnika w przystąpieniu do postępowania odwoławczego powinno być brzmienie przepisu art. 185 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym wykonawca zgłaszający przystąpienie musi wskazać interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Odwołujący podkreślił, że przystąpienie zgłaszane jest do konkretnego postępowania odwoławczego, a nie do postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że interes zgłaszającego przystąpienie nie jest nieograniczony, bowiem mieścić się powinien w ramach wyznaczonych treścią odwołania i musi pozostawać w adekwatnym związku z odwołaniem strony, do której przystępuje. Zdaniem Odwołującego uwzględnienie odwołania nie powinno w żaden sposób wpłynąć na sytuację Wykonawcy JJ, w szczególności nie spowoduje, że to jemu zostanie udzielone przedmiotowe zamówienie. Przyjmuje się wykonawca, który nie

wniósł odwołania zrezygnował z ubiegania się o udzielenie zamówienia i utracił status wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył ponadto, że zgodnie z treścią przepisu art. 185 ust. 2 Pzp interes zgłaszającego przystąpienie jest pochodną interesu strony, do której przystępuje. Faktycznie natomiast zachodzi sprzeczność pomiędzy interesem Odwołującego, który przez wniesienie odwołania zmierza do uzyskania przedmiotowego zamówienia, a interesem Wykonawcy JJ, który nie wnosząc własnego odwołania, sam jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, co wynika jednoznacznie z treści oświadczenia o przystąpieniu.

Wykonawca JJ wniósł o oddalenie opozycji.

Na rozprawie strony podtrzymały omówioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Wykonawca JJ nie spełnił przesłanek warunkujących skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego, o których mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, a których kumulatywne zaistnienie badane jest przez Izbę z urzędu. Z przepisu tego wynika m.in., że z omawianej instytucji skorzystać może li tylko wykonawca, czyli – zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 Pzp – osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę luba zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Istotne jest przy tym, że posiadanie statusu wykonawcy podlega zmianom w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, co oznacza, że status ów można utracić (przykładowo – podmiot składający wnioski o wyjaśnienie SIWZ jest legitymowany do wniesienia odwołania obejmującego jej postanowienia, ale nie złożywszy oferty nie będzie uprawniony do kwestionowania czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert). *Ad casum* do sytuacji takiej doszło z uwagi na okoliczność, że zgłaszający przystąpienie nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia jego oferty, pomimo posiadania takiej możliwości, wobec czego dotycząca jego oferty decyzja Zamawiającego stała się niewzruszalna. *Ergo* Wykonawca JJ nie mogąc skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia utracił status wykonawcy upoważniający go do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Izba oddaliła opozycję Odwołującego mając na uwadze, że – zgodnie z przepisem art. 185 ust. 4 zd. drugie Pzp – jej uwzględnienie możliwe byłoby

wyłącznie w sytuacji, w której uprawdopodobnione zostałoby, że wykonawca (w przedstawionym powyżej znaczeniu) nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Z uwagi jednak na fakt, że w sprawie – ze wskazanych uprzednio przyczyn – nie doszło do skutecznego zgłoszenia przystąpienia zgłoszona opozycja była bezprzedmiotowa.

Jedynie na marginesie zauważyć można, że Wykonawca JJ usiłował zgłoszonym przystąpieniem zrealizować interes pozostający w sprzeczności z interesem Odwołującego, dążąc *de facto* do uzyskania zamówienia publicznego. W toku posiedzenia zarówno Wykonawca JJ, jak i Zamawiający zgodnie podkreślali bowiem, że gdyby oferta ww. nie została odrzucona, to byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Trzeba mieć jednak na względzie, że realizacji wzmiankowanego celu służyć ma odwołanie stanowiące środek ochrony prawnej urzeczywistniający interes w uzyskaniu zamówienia, co *expressis verbis* wynika z treści art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania Izba, na podstawie dokumentacji Postępowania, ustaliła, że Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu metodą szczegółową (Rozdział XIX, ust. 3 pkt 16 SIWZ). Podstawę jego sporządzenia stanowił przedmiar robót będący załącznikiem nr 2 do SIWZ. Pod poz. 55 Zamawiający ujął roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o pojemności łyżki 0,6 m^3 w gruncie kategorii III z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość 4 km.

Odwołujący w załączonym do oferty kosztorysie wycenił opisane powyżej prace z tą różnicą, że ujął w omawianej pozycji transport urobku na odległość do 1 km. Przedmiotowa okoliczność stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego przywołaną w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Istotą sporu była prawidłowa kwalifikacja stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że nie każde odstępstwo od wymagań zamawiającego uzasadnia konieczność odrzucenia oferty wykonawcy. Z woli ustawodawcy zamawiający został wyposażony w instrumenty umożliwiające, przy spełnieniu określonych przesłanek, ingerencję w treść złożonej mu oferty, która co do zasady zmianom nie podlega. Jednym z nich jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, na podstawie którego możliwe jest poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnych zmian treści oferty. *Ratio legis* komentowanej regulacji upatrywać należy w przeciwdziałaniu zjawisku odrzucania ofert wykonawców, którzy z powodu

nieistotnych niedokładności, jakimi są one obarczone (przy jednoczesnym znacznym skomplikowaniu treści ofert, co jest charakterystyczne zwłaszcza w przypadku zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane) utracili możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp sformułowano przesłanki, od których kumulatywnego zaistnienia uzależniona została możliwość przeprowadzenia ingerencji w treść oferty wykonawcy. Po pierwsze musi dojść do popełnienia omyłki, tj. niezamierzonej niedokładności,

przy czym – w odróżnieniu od omyłki pisarskiej i rachunkowej, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp – nie musi mieć ona charakteru oczywistego, tzn. rzucającego się w oczy. Po drugie – omyłka taka musi prowadzić do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, po trzecie zaś – nie może ona powodować istotnych zmian w treści oferty.

Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie spełnione zostały wszystkie wyartykułowane powyżej przesłanki. Nie sposób przyjmować bowiem, że w sytuacji w której – jak stwierdził sam Zamawiający – kosztorys ofertowy sporządzony miał być na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru, różnica w opisie i wyliczeniu jednej z pozycji kosztorysu mogłaby nosić znamiona celowego odstępstwa od jasno sprecyzowanych i niekwestionowanych oczekiwań Zamawiającego. Przeciwnie – zakładać należy, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działa z zamiarem uzyskania zamówienia, nie zaś odrzucenia jego oferty.

Skład orzekający wskazuje również, że istotą innej omyłki jest wywołanie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co oznacza istnienie dysonansu pomiędzy oczekiwaniami zamawiającego, a oświadczeniem woli wykonawcy, mającym stanowić niejako odpowiedź na te oczekiwania. W przedmiotowej sprawie powyższe przejawiało się zarówno w niewłaściwym opisie pozycji kosztorysowej, w następstwie czego doszło do nieprawidłowego wliczenia kosztów wykonania ujętych w niej robót. W konsekwencji chybiona była argumentacja Zamawiającego, że nie można od niego oczekiwać wprowadzania modyfikacji w ofercie oraz dostosowywania jej treści do wyartykułowanych w SIWZ wymagań, skoro – jak wspomniano – ustawodawca w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp możliwość taką przewidział, czyniąc ją, w określonych sytuacjach, nie tylko przywilejem, ale i obowiązkiem zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się również, jakoby stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ miały istotny charakter. W odniesieniu do tego aspektu omyłki uznano, że – po pierwsze – omyłka dotyczyła wyłącznie fragmentu opisu poz. 55 kosztorysu ofertowego i dotyczy robót budowlanych będących jedynie wycinkiem inwestycji, która ma zostać zrealizowana. Po drugie zaś – poprawienie omyłek w sposób

postulowany przez Odwołującego spowoduje wzrost ceny oferty o marginalną wartość w stosunku do całości, czemu Zamawiający nie przeczył (około 1690,00 zł, co stanowi 0,02% wartości oferty Odwołującego).

Co zaś dotyczy zawartej w odpowiedzi na odwołanie argumentacji, zgodnie z którą w razie poprawienia spornych fragmentów treści oferty Odwołującego w sposób przez niego opisany spowoduje nieuzasadnione zwielokrotnienie ilości innych ujętych pod poz. 55 robót budowlanych Izba uznała, że w warunkach zgodności ogólnej ilości robót przewidzianych do wykonania w spornej pozycji, jaka zachodzi pomiędzy przedmiarem robót, a kosztorysem ofertowym (52.920 m^3), twierdzenia Zamawiającego pozbawione były znaczenia dla rozstrzygnięcia o możliwości poprawienia omawianych omyłek.

W konsekwencji możliwe było, w ocenie składu orzekającego, poprawienie stwierdzonych niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ przez przyjęcie w poz. 55 sporządzonego przez niego kosztorysu ofertowego prawidłowej liczby kilometrów (4) oraz uwzględnienie wpływu poprawienia tej omyłki na koszt realizacji robót objętych poz. 55 kosztorysu ofertowego, tj. odpowiednie zwielokrotnienie wartości „458,29”, z jednoczesnym uwzględnieniem towarzyszącej tej korekcie zmiany ceny oferty Odwołującego. Zaniechanie dokonania opisanych powyżej czynności i odrzucenie oferty Odwołującego stanowiło zatem naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz.U.2010.41.238).

Przewodniczący: ……