

WYROK
z dnia 26 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.U.S.H. „PRO-AQUA” A.M.M. JASKÓŁKA Sp. Jawna, ul. śeromskiego 18, 28-200 Staszów** w dniu 13 stycznia 2011 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Przeciszów, ul. Podlesie 1, 32-641 Przeciszów**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1) Zakład Budowlano-Inżynieryjny Zdzisław Flejtuch (Lider), 2) Zakład Budownictwa i Inżynierii Wodnej WOD-KAN-BUD Sławomir Wójcik (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Długa 324, 32-641 Przeciszów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Przeciszów, ul. Podlesie 1, 32-641 Przeciszów i nakazuje

1

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **P.U.S.H. „PRO-AQUA” A.M.M. JASKÓŁKA Sp. Jawna, ul. śeromskiego 18, 28-200 Staszów** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

2) dokonać wpłaty kwoty **23.897 zł 60 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt siedem złotych sześćdziesiąt groszy) przez **Gminę Przeciszów, ul. Podlesie 1, 32-641 Przeciszów** na rzecz **P.U.S.H. „PRO-AQUA” A.M.M. JASKÓŁKA Sp. Jawna, ul. śeromskiego 18, 28-200 Staszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu

nieograniczonego na zadanie: „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Przeciszów i Polanka Wielka, Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie Gminy Przeciszów - etap III”, zostało wszczęte przez Gminę Przeciszów, ul. Podlesie 1, 32-641 Przeciszów zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 181-275899 w dniu 17.09.2010 r.

W dniu 05.01.2011 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Budowlano-Inżynieryjne oraz odrzuceniu oferty P.U.S.H. „PRO-AQUA” A.M.M. JASKÓŁKA Sp. Jawna, ul. śeromskiego 18, 28-200 Staszów zwane dalej: „P.U.S.H. „PRO-AQUA” A.M.M. JASKÓŁKA Sp. Jawna” albo „Odwolującym”. Zamawiający jako powód odrzucenia oferty Odwołującego wskazał:

- „1) zadanie I, poz. 178 - wprowadzono krotność „30”
- 2) zadanie II, poz. 184 - wprowadzono krotność „20”
- 3) zadanie III, poz. 369 - wprowadzono krotność „3”
- 4) zadanie IV, poz. 580 - wprowadzono krotność „5”
- 5) zadanie IV, poz. 615 - wprowadzono krotność „5”

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” pkt 12.1 wskazał istotny warunek o treści „Wykonawca nie może dokonać żadnych zmian w zakresie ilości jednostek podawanych w przedmiarach robót bez zachowania trybu przewidzianego w art. 38 ustawy PZP”

Zamawiający nie może dokonać poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie znając ceny jednostkowej danej pozycji.

- 7) zadanie I, poz. 80 - brak krotności „30”
- 8) zadanie II, poz. 196 - brak krotności „20”
- 9) zadanie I, poz. 586 - brak krotności „30”
- 10) zadanie I, poz. 588 - brak krotności „30”
- 11) monitoring, poz. 697 zamiast 10 szt. Jest 1 szt.

12) Zadanie IV poz. 542 oraz poz. 543 ilość jednostek nie zgodna z przedmiarem robót.

Omyłki wymienione w pkt 6,7,8,9,10,11 które wystąpiły w kosztorysie ofertowym,

1

przez Zamawiającego zostały zakwalifikowane do „innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Zamawiający nie dokonał poprawienia omyłek, ponieważ oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”.

W dniu 13.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 Pzp P.U.S.H. „PRO-AQUA” A.M.M. JASKÓŁKA Sp. Jawna, wniosła odwołanie od czynności z dnia 05.01.2011 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.01.2011 r. (faxem).

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nie zastosowanie dyspozycji tego przepisu w przedmiocie zaniechania czynności dokonania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, tj.:

a) poz. 178 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez: (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=30” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 0.764 w miejsce 22.932, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 16.81 w miejsce 504.50;

b) poz. 184 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=20” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 824.060 w miejsce 16481.196, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 3840.120 w miejsce 76802.37;

c) poz. 369 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=3” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 4.995 w miejsce 14.983, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 5976.02 w miejsce 17925.66;

d) poz. 580 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=5” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 0,117 w miejsce 0.577, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 2,93

w miejsce 14,43;

e) poz. 615 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=30” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 0,117 w miejsce 0.577, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 2,93 w miejsce 14,43; a także: innych omyłek zakwalifikowanych przez Zamawiającego do:

„innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty” stosownie do treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

2) art. 91 Pzp poprzez niezastosowania tego przepisu w stosunku do oferty Odwołującego

2

i przyjęcie, że oferta Odwołującego nie podlega ocenie (punktacji) ofert; w przedmiocie zaniechania czynności dokonania oceny oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ z zastosowaniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie wobec oferty Odwołującego i przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania jako nie odpowiadająca treści SIWZ, pomimo istnienia przesłanek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp; w przedmiocie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

4) art. 91 i art. 92 Pzp poprzez dokonanie w wyniku postępowania wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą na podstawie ustalonych przez Zamawiającego kryterium oceny ofert oraz obowiązujących Zamawiającego norm Pzp, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przedmiocie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego;

5) art. 7 Pzp - w przedmiocie zachowania Odwołującego określonego powyżej.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z zastosowaniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;

4) dokonanie ponownej oceny ofert łącznie z ofertą Odwołującego;

5) dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ; a także

6) przeprowadzenie dowodów z dokumentów oraz przesłuchania w charakterze strony Alicji Jaskóła na okoliczności powołane w uzasadnieniu Odwołania.

Odwołujący podnosił, że

1) nie wprowadzał w ofercie zmian w stosunku do SIWZ w zakresie ilości jednostek podawanych w przedmiarach, a nieścisłości w tym zakresie są skutkiem niezamierzonych omyłek;

2) rzeczywistym zamiarem Odwołującego składającego ofertę było złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ;

3) możliwe jest uzupełnienie stwierdzonych omyłek w oparciu o dane zawarte wprost w dokumentach oferty, w szczególności kosztorysie ofertowym, bez konieczności składania przez Odwołującego nowych oświadczeń. Zamawiający może i powinien samodzielnie poprawić stwierdzone omyłki;

4) decyzje i oświadczenia Zamawiającego w stosunku do oceny postanowień oferty Odwołującego potwierdzają, że wszystkie niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ stanowią pomyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W jego ocenie, w niniejszej sprawie podstawowe znaczenie ma wykładania art. art.

3

87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Analizowana regulacja została wprowadzona do Pzp ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171 poz. 1058). W uzasadnieniu projektu ustawy w przedmiocie propozycji zmian przepisu art. 87 wskazano, iż celem nowelizacji jest usprawnienie procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenie liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. W uzasadnieniu skutków zmian stwierdzono: „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". Odwołujący w konsekwencji uznał, że nie ulega wątpliwości, że intencją ustawodawcy było stworzenie mechanizmu korygowania niezgodności oferty z treścią SIWZ ze szczególnym uwzględnieniem obszernych kosztorysów ofertowych w postępowaniach o udzielenia zamówienia na roboty budowlane czyli w sytuacji jak w niniejszym postępowaniu. Na gruncie przepisu i powyższej wykładni historycznej ukształtowała się praktyka orzecnicza KIO. Przywołał wyrok KIO z 12.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 394/10.

Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma obowiązek poprawiania wszelkich omyłek, powodujących niezgodność oferty z SIWZ, (innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe), których poprawa nie spowodowałaby istotnych zmian w treści oferty w sytuacji gdy zamiarem Odwołującego było złożyć ofertę wolną od takich pomyłek. Słownikowe znaczenie słowa omyłka wskazuje, że jest ona skutkiem niezamierzonego niewłaściwego posunięcia (postępowania) sprawcy omyłki. Odwołujący podnosił, iż jego zachowanie jak i okoliczności przygotowania i złożenia oferty jednoznacznie wskazują, że intencją i zamiarem Odwołującego było złożenie oferty z kosztorysem ofertowym wypełnionym zgodnie z wolą Zamawiającego uzewnętrznioną w SIWZ. Odwołujący zamieścił, w formularzu oferty oświadczenie o akceptacji bez zastrzeżeń SIWZ. Konsekwentnie akceptacją objęte były również poz. 178, poz. 184, poz. 396, poz. 580 i poz. 615 kosztorysu ofertowego. Śadnych oświadczeń w przedmiocie zamiaru złożenia oferty w wyżej opisanych pozycjach o innej treści niż wymagana w SIWZ Odwołujący nie składał i przeczy też ewentualnym próbom przypisania jego zachowaniu takich intencji. Odwołujący nie uczestniczy jako wykonawca ani też podwykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie składając stosowne zobowiązanie.

Nadto Odwołujący nie jest związany z jakimkolwiek wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu, działa samodzielnie na swój rachunek. Złożenie oferty w postępowaniu jest

4

efektem prowadzonej działalności gospodarczej w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji i poszanowania interesów Zamawiającego. Nie zachodzi więc okoliczność z umowy z jakimkolwiek wykonawcą, której efektem mogłoby być odrzucenie oferty Odwołującego z najniższą ceną celem udzielenia zamówienia przez Zamawiającego na podstawie droższej oferty. Oferta została przygotowana na zasadach konkurencyjnych i nie jest wolą Odwołującego uchylenie się o zawarcia na jej podstawie umowy. Przygotowanie oferty było czynnością pracochłonną, wymagającą spełnienia licznych warunków formalnych i merytorycznych, a przez to kosztowną. Mając te okoliczności na uwadze nie sposób przyjąć, że wolą Odwołującego było świadome i celowe złożenie oferty sprzecznej z SIWZ co musiałoby skutkować jej odrzuceniem.

Stosownie do oczekiwań Zamawiającego poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego miały odpowiadać treści czterech udostępnionych wykonawcom przedmiarów oznaczonych jako przedmiar zad I, zad II, zad III, zad IV(+monitoring). Przedmiary określały poszczególne rodzaje robót i dla każdej pozycji, wskazywały w osobnych kolumnach podstawę wyceny we właściwych katalogach nakładów rzeczowych, opis roboty, jednostkę miary, ilość robót. Przedmiary łącznie wskazywały na kilkaset pozycji przy czym pomiędzy przedmiarami jak i w ramach danego przedmiaru występowała powtarzalność robót o takim samym numerze pozycji we właściwym katalogu nakładów rzeczowych, takim samym opisie, a nie rzadko również co do ilości jednostkowej roboty. Dla takich samych powtarzalnych robót czasami Zamawiający wymagał zastosować określoną Krotność, czasami zaś podawać pozycję bez Krotności.

Wskazał, że ze względu na ilość pozycji oraz fakt udostępnienia przedmiarów tylko w formacie PDF wykonawcy występowali do Zamawiającego o udostępnienie przedmiarów w formie edytowalnej (ath) celem ułatwienia sporządzenia kosztorysu ofertowego, przy zastrzeżeniu, że wiążące pozostają tylko przedmiary w formacie PDF. Zamawiający odmówił publikacji, a tym samym udostępnienia przedmiarów w edytowalnej formie. Sporządzony przez Odwołującego kosztorys ofertowy liczył około siedemset pozycji. Powstał on poprzez ręczne przenoszenie poszczególnych pozycji przedmiaru do kosztorysu ofertowego. Omyłki, wykazane przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty, a także pozostałe

pomyłki którym przypisał inny charakter, wynikły ze żmudnej procedury przenoszenia ręcznego pozycji przedmiarów do kosztorysu ofertowego Odwołującego. Przedmiar o takiej ilości pozycji należy do bardziej złożonych. Tworząc kosztorys ofertowy na kształt przedmiarów osoba sporządzająca kosztorys korzystała z funkcji „kopiuj” dla pozycji o powtarzalnym charakterze. Duża liczba pozycji spowodowała w następstwie zwykłej ludzkiej pomyłki pozostawienie w niewłaściwych miejscach opcji „Krotność” i w konsekwencji zmianę w cenie i wartości pozycji. Podobny mechanizm miał miejsce w przypadku niedołożenia opcji „Krotność” bądź pomyłek między sąsiednimi pozycjami. Niewątpliwie

5

udostępnienie przez Zamawiającego przedmiaru w formie edytowalnej ułatwiłoby znacznie pracę przy opracowywaniu kosztorysu ofertowego i zminimalizowałoby ryzyko omyłek. Na takie ułatwienie Zamawiający jednak się nie zdecydował.

Zauważył, iż każda z pozycji, do której omyłkowo wprowadzono „Krotność”, występuje w kosztorysie ofertowym kilkakrotnie w wersji bez „Krotności” czyli takiej samej jak omyłkowo niewstawiona w poszczególnych pozycjach (taka sama jest podstawa wyceny), z podaną ceną jednostkową tej pozycji. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego cena jednostkowa jest znana, bo została podana przez Odwołującego dla analogicznej pozycji, to znaczy pozycji obejmującą taką samą robotę. Tożsamość pozycji nie może budzić wątpliwości wobec nie tylko takiego samego opisu roboty, ale również takiego samego kodu roboty we właściwych katalogach nakładów rzeczowych. Dodatkowo przy pozycjach, w których występuje taka sama ilość robót jak wymagana dla analizowanych omyłkowych pozycji, poprawienie oferty sprowadza się jedynie do przyjęcia wartości wprost z analogicznych pozycji bez potrzeby dokonywania dodatkowych działań matematycznych. Wyjaśnił, że zastosowanie „Krotności” zwiększa cenę (kolumna 7) i wartość (kolumna 8) proporcjonalnie do ceny i wartości bez „Krotności”. Cena i wartość bez „Krotności” będzie odpowiadała cenie i wartości z „Krotnością” podzieloną przez „Krotność”. „Krotność” bowiem zwiększa jednakowo wszystkie składniki cenotwórcze tj. robociznę, materiał i sprzęt. Wynika to reguły ustawionej w arkuszach kalkulacyjnych. Przy zastosowaniu we wszystkich pozycjach jednakowych narzutów daje to możliwość jednoznacznego wyznaczenia ceny jednostkowej.

Ad. poz. 178 kosztorysu ofertowego:

Przy korekcie omyłki należy skorzystać z danych identycznej pozycji w stosunku do wymaganej w poz. 178 poz. to jest poz. 112 kosztorysu ofertowego (tożsamej co do rodzaju prac, ilości i bez „Krotności”). W pozycjach tych zgodne są kod KNR 2-31 1511-01, opis - Dod. do tab 1509 za transp. za każde 0.5 km, ilość 22 i w konsekwencji cena jednostkowa 0,764 oraz wartość prac 16,81. Dla porządku i sprawdzenia cena 22,932 z kolumny 7 poz. 178 podzielona przez krotność 30 daje cenę 0,764. Pozycja tożsama (identyczna podstawa wyceny) do poz. 178 kosztorysu ofertowego występuje w kosztorysie kilkanaście razy. W większości w opisie tej pozycji figuruje „krotność 30” przy różnej ilości jednostkowej (np. poz. 82, 146, 264, 295). Omyłka w poz. 178 wynika ze standardowej procedury kopiowania pozycji, powszechnej przy pracy nad kosztorysami na podstawie przedmiaru, dostarczonego w formie nieedytowalnej. Skopiowano jedną z pozycji z „Krotnością” i omyłkowo nie wykasowano słów z opisu, co miało konsekwencje w obliczeniach. Poprawienie ceny w poz. 178 oznacza zmniejszenie ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 487,69 zł.

6

Ad. poz. 184 kosztorysu ofertowego:

Pozycja tożsama (identyczna podstawa wyceny) do poz. 184 występuje w kosztorysie ofertowym kilkanaście razy. W opisie tej pozycji w katalogu KSNR 1 0104-03 widnieją słowa „Roboty pomiarowe przy robotach ziemnych - trasa dróg w terenie równinnym”. Zamawiający m. in. w poz. 184 słowo „dróg” zastąpił w przedmiarze dołączonym do materiałów przetargowych słowem „rurociągów” co jest odstępstwem od standardowego nazewnictwa. Zmianę tę należało wprowadzić ręcznie. Przy jej wprowadzaniu doszło do omyłkowego wpisania „Krotności”. Przy korekcie omyłki należy skorzystać z ceny jednostkowej podanej poz. 1 (lub np. 84, 117, 151, 301) kosztorysu ofertowego (tożsamej co do rodzaju prac i bez „Krotności”). Cena jednostkowa prac

wynosi zatem 824,06 a przy prawidłowo oznaczonej przez Odwołującego ilości prac 4,66 wartość prac wynosi 3840,12. Poprawienie ceny w pozycji 184 oznacza zmniejszenie ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 72 962,25 zł.

Ad. poz. 369 kosztorysu ofertowego:

Przy poz. 369 omyłkowo skopiowano „Krotność” znajdującą się w pozycji powyżej (nr 368). Poprawiając omyłkę należy skorzystać z jednostkowej ceny poz. 69 (lub 251) kosztorysu ofertowego (tożsamy co do rodzaju prac i bez „Krotności”) to jest 4,995 a przy prawidłowo oznaczonej przez Odwołującego ilości prac 1196,40 wartość prac wynosi 5976,02. Poprawienie ceny w poz. 369 oznacza zmniejszenie ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 11 949,64 zł.

Ad. poz. 580 i 615 kosztorysu ofertowego:

Poz. 580 i 615 są takie same, a inne, tożsame do nich (identyczna podstawa wyceny) występują w kosztorysie ofertowym kilkanaście razy. Kilka razy (np. poz. 3, poz. 186, poz. 303) stosowane są bez „Krotności”. Dotyczy to przypadków pozycji znajdujących się w podrozdziale „Roboty ziemne” rozdziału „Sieć kanalizacji sanitarnej”. Kilkanaście zaś razy w pozycjach tych (np. 106, 140, 172, 405, 437) użyto „Krotności”, a były to pozycje znajdujące się w podrozdziałach „Roboty drogowe” rozdziałów „Pompownie”. Poz. 580 i 615 umieszczone były w podrozdziałach „Roboty drogowe” rozdziału „Pompownie” co zasugerowało, że pozycje te jako analogiczne będą właściwe do powielenia celem dalszego korygowania do wymagań przedmiarów. Skopiowano więc pozycje z analogicznych podrozdziałów, omyłkowo nie zmieniając „krotności”. Przy korekcie omyłki należy skorzystać z ceny jednostkowej poz. 3 (lub np. 186, 303) kosztorysu ofertowego (tożsamy co do rodzaju prac i bez „Krotności”) to jest 0,117. Przy prawidłowo oznaczonej przez Odwołującego ilości prac w obu pozycjach 25,00 wartość prac wynosi 2,93. Poprawienie ceny w poz. 580 i 615 oznacza zmniejszenie ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie w każdej z tych pozycji o 11,5 zł.

7

Jak wynika z powyższego na podstawie danych zawartych w samej treści oferty Zamawiający może i powinien samodzielnie stwierdzić omyłki poprawić. Powinność ta ma charakter obligu, od którego Zamawiający nie może się uchylić. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty omyłki oznaczone pkt 6-11 zakwalifikował do innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian treści oferty. Słusznie zatem Zamawiający uznał, że powinien je poprawić. Odstąpienie od poprawienia omyłek przed odrzuceniem oferty jest błędem Zamawiającego, niemniej jednak w tym miejscu istotny jest wynik poprawienia wszystkich pomyłek w ofercie Odwołującego, wyeliminowanie niezgodności oferty z treścią SIWZ i odpowiednie skorygowanie ceny oferty Odwołującego. Według analogicznych reguł jak w przypadku wyżej przeprowadzonej poprawy omyłek, które wg Zamawiającego stanowiły podstawę odrzucenia oferty dokonać należy poprawy omyłek stwierdzonych w poz. 80, poz. 196, poz. 586, poz. 588, poz. 697, poz. 542, poz. 543.

Tożsame pozycje do poz. 80 z tym, że z ceną ustaloną dla wymaganej „Krotności 30” znajdują się w poz. 262, poz. 380, poz. 554. Cena jednostkowa dla takich robót z „Krotnością 30” wynosi 5,292, a wartość prac dla wymaganego zakresu 211,15. Poprawienie ceny w tej pozycji oznacza wzrost ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 204,13 zł. Tożsame pozycje do poz. 196 z tym, że z ceną ustaloną dla wymaganej „Krotności 20” znajdują się w poz. 13, poz. 313, poz. 493. Cena jednostkowa dla takich robót z „Krotnością 20” wynosi 13,318 a wartość prac dla wymaganego zakresu 16844,61. Poprawienie ceny w tej pozycji oznacza wzrost ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 16002,25 zł. Pozycje do poz. 586 i poz. 588 są takie same i omyłki mają ten sam zakres. Tożsame do tych pozycji z tym, że z ceną ustaloną dla wymaganej „Krotności 30” znajdują się w poz. 82, poz. 146, poz. 264, poz. 295. Cena jednostkowa dla takich robót z „Krotnością 30” wynosi 22,932 a wartość prac dla wymaganego zakresu 504,50. Poprawienie cen w tych pozycjach oznacza wzrost ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie w każdej pozycji o 487,69 zł. Poz. 697 została skopiowana z poz. 693 i omyłkowo nie została skorygowana do wymagań przedmiaru. Cena jednostkowa dla tych robót wynosi 120,345 a po wprowadzeniu właściwej ilości, wartość prac dla wymaganego zakresu 1203,45. Poprawienie ceny w tej pozycji oznacza wzrost ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 1083,10 zł. Poz. 542 i 543 zostały omyłkowo zamienione miejscami między sobą

w kosztorysie ofertowym. Poprawienie ceny w poz. 542 oznacza zmniejszenie ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 225,68 zł. Poprawienie ceny w poz. 543 oznacza zmniejszenie ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 167,58 zł. W następstwie poprawy omyłek na podstawie których Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty cena zaoferowane przez Odwołującego powinna zostać obniżona o 85.422,58 zł netto. W następstwie poprawienia omyłek które Zamawiający uznał za omyłki

8

polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian treści oferty (omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zaoferowane przez Odwołującego powinna zostać zwiększona o 17.871,60 zł netto. Efektem więc poprawienia wszystkich omyłek będzie zmniejszenie ceny oferty Odwołującego o 67.550,98 zł netto. Cena całkowita oferty Odwołującego po skorygowaniu o konsekwencje poprawy omyłek wyniesie 6.880.866,87 zł netto (8.394.657,58 zł brutto). Wobec ceny oferty przed poprawą omyłek to jest 6.948.417,85 zł netto (8.477.069,78 zł brutto) różnica stanowi ok. 0,97 %. Taką wielkość zmiany ceny całkowitej oferty Odwołującego w przy skali i stopniu skomplikowania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia nie sposób uznać za istotną. Ilość omyłek podlegających poprawie również nie jest znacząca. Zważyć bowiem należy, że kosztorys ofertowy Odwołującego posiada około siedemset pozycji kosztowych a każda z nich zawiera trzy dane podlegające weryfikacji. Omyłki dotyczyły głównie robót mających drugorzędne znaczenie dla osiągnięcia celu zamówienia jakim jest budowa kanalizacji sanitarnej. Nie sposób nie wspomnieć, że ryzyko pomyłek istotnie wzrosło w skutek odmowy Zamawiającego udostępnienia wykonawcom edytowanych wersji przedmiarów celem wykorzystania dla potrzeb sporządzania kosztorysów ofertowych. Choć nie ma normy prawnej nakazującej Zamawiającemu przekazywanie takich materiałów z pewnością zachowanie takie nie służy realizacji celów postępowania jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Oświadczenie Zamawiającego w przedmiocie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jest nielogiczne i wewnętrznie sprzeczne. W zakresie niezgodności z SIWZ które Zamawiający uznaje za podstawę odrzucenia oferty stwierdza się, że niemożność dokonania poprawy wynika z nieznaności ceny jednostkowej danej pozycji. Jednocześnie w zakresie pozostałych pomyłek Zamawiający stwierdza, że zostały zakwalifikowane do innych pomyłek nadających się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli konsekwentnie zna prawidłową cenę niezgodnie z SIWZ oszacowanych pozycji i może je poprawić. Jak zostało to szczegółowo już powołane w odwołaniu niezgodności oferty z SIWZ, które Zamawiający ofertę odrzucił polegały w każdym przypadku na zastosowaniu „Krotności” do określonej pozycji. W zakresie innych omyłek zakwalifikowanych do poprawienia polegała na niezastosowaniu „Krotności”. Abstrahując już od wystarczających ilości takich samych pozycji kosztorysu ofertowego w których można znaleźć nieznaną rzekomo ceny jednostkowe danych pozycji, zdumiewa argument uzasadniania, który logicznie sprowadza się do konstatacji, że nie znana jest cena jednostkowa pozycji, gdzie należy podzielić podaną cenę jednostkową przez krotność aby ustalić cenę jednostkową pozycji bez krotności, natomiast znana jest cena jednostkowa tych pozycji, gdzie należy pomnożyć podaną cenę jednostkową bez krotności przez krotność i aby poznać cenę jednostkową pozycji z krotnością. Wydaje się, że sama różnica w rodzaju działań

9

matematycznych nie powinna stanowić przeszkody w poprawieniu omyłki. Chybiony jest również argument Zamawiającego jakoby Odwołujący treścią oferty naruszył pkt 12.1 SIWZ o treści „Wykonawca nie może dokonać żadnych zmian w zakresie ilości jednostek podawanych w przedmiarach robót bez zachowania trybu przewidzianego w art. 38 ustawy PZP”. Jak już podniesiono, Odwołujący żadnym oświadczeniem lub zachowaniem nie wskazał na wolę wykonania zadania w sposób odmienny od wymagań SIWZ, zaś niezgodności oferty z SIWZ są nieumyślnymi omyłkami, sprzecznymi z wolą i zamiarem Odwołującego. Jeżeli jednak Zamawiający wprowadzał przedmiotowy zapis SIWZ rozumiejąc jego treść jako zakaz złożenia oferty z jakąkolwiek niezgodnością w zakresie ilości jednostek podawanych w przedmiarach robót pod rygorem odrzucenia oferty, to ten zapis SIWZ w zakresie niezgodności z przepisem art. 87 ust. 2 Pzp jest nieważny i nie może z niego wywodzić skutków prawnych niekorzystnych dla wykonawców.

Reasumując zdaniem Odwołującego niezgodności oferty z SIWZ stwierdzone w ofercie Odwołującego stanowią podstawę do ich poprawy jako omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z tych jak i licznych innych orzeczeń wynika, że fakt, iż omyłka dotyczy ceny - czyli istotnego elementu oferty - nie powoduje, że ma ona charakter istotny w stosunku do całej oferty. W celu oceny kwestii, czy dana omyłka ma charakter istotny - należy zważyć przede wszystkim, jakie konsekwencje będzie miało poprawienie danej oferty. Podstawami oceny "istotności" omyłki co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty a także ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie (wyrok z dnia 26.11.2008 r. KIO sygn. akt: KIO/UZP 1277/08). O istotnej zmianie oferty w następstwie korekty ceny wskutek poprawy pomyłek można mówić, gdy następstwem zmiany jest wzrost o kilkadziesiąt procent np. ok. 20% (wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt 34/09) nie zaś gdy zmiana wynosi około procenta np. 1,3% (wyrok KIO z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO 134/09). Poprawienie omyłki w kilku na kilkaset pozycji kosztorysu ofertowego jest możliwe przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, o ile czynność ta nie wpłynie w sposób istotny na treść złożonej oferty (wyrok KIO z dnia 06.07.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1255/10). Porównując cenę oferty Odwołującego, która po korekcie w następstwie poprawienia pomyłek wynosiłaby 8.394.657,58 zł brutto z ofertą którą Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą - 8 514609,31 brutto stwierdził, że odrzucenie oferty stanowi naruszenie Pzp, które będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia wobec wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą ofertą na podstawie kryterium oceny ofert. Nadto Odwołujący oświadczył, iż zgodzi się na poprawienie omyłek stwierdzonych w jego ofercie w sposób opisany w odwołaniu, a w sytuacji uwzględnienia odwołania nie skorzysta z prawa odmowy wyrażenia zgody na poprawienie omyłek w ofercie złożonej Zamawiającemu w ramach postępowania, stosownie

10

do treści art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający w dniu 13.01.2011 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.01.2011 r. (wpływ do Prezesa KIO w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) Konsorcjum firm: 1) Zakład Budowlano-Inżynieryjny Zdzisław Flejtuch (Lider), 2) Zakład Budownictwa i Inżynierii Wodnej WOD-KAN-BUD Sławomir Wójcik (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Długa 324, 32-641 Przeciszów zwany dalej: „Konsorcjum Budowlano-Inżynieryjne” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego częściowo po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu faxem także 17.01.2011 r.

W dniu 21.01.2011 r. (faxem) Konsorcjum Budowlano-Inżynieryjne w nawiązaniu do zgłoszonego przystąpienia przesłało stanowisko w zakresie zarzutów Odwołującego. Kopia została przekazana w tym samym dniu Zamawiającemu (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). W jego ocenie, nie ulega wątpliwości, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Na powyższe wskazuje porównanie zaoferowanego świadczenia z potrzebami przez Wykonawcę (Odwołującego) Zamawiającego określonymi w SIWZ (w przedmiarach robót). Porównanie to prowadzi do wniosku, że Wykonawca zaoferował zakres i ilości robót niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Przykładowo:

- 1) w poz. 80 - Wykonawca przyjął krotność 30, podczas gdy w przedmiarze przekazanym przez Zamawiającego brak tej krotności;
- 2) w poz. 178 - Wykonawca przyjął krotność 30, podczas gdy w przedmiarze przekazanym przez Zamawiającego brak tej krotności;
- 3) w poz. 184 - Wykonawca przyjął krotność 20, podczas gdy w przedmiarze przekazanym przez Zamawiającego brak tej krotności;
- 4) w poz. 196 - Wykonawca nic wskazał w ofercie wymaganej przez Zamawiającego krotności;
- 5) w poz. 369 - Wykonawca przyjął krotność 3, podczas gdy w przedmiarze przekazanym przez Zamawiającego brak tej krotności;
- 6) w poz. 542 - Wykonawca przyjął krotność 3, podczas gdy w przedmiarze przekazanym

przez Zamawiającego brak tej krotności; ponadto opis pozycji jest niezgodny z opisem z przedmiaru, co skutkuje, że Wykonawca zaoferował nieprawidłową ilość prac - całkowicie niezgodna z przedmiarem, gdyż przewidział wykonanie jedynie 49.00m² mechanicznego

11

rozebrania nawierzchni z tłucznia kamiennego, gdy Zamawiający oczekiwał prac w ilości 101.8 m².

7) w poz. 543 - w ofercie brak krotności 3, podczas gdy w przedmiarze przekazanym przez Zamawiającego krotność była wymagana; ponadto opis pozycji jest niezgodny z opisem z przedmiaru;

8) w poz. 586 1 588 - w ofercie brak krotności w tych pozycjach, podczas gdy w przedmiarze przekazanym przez Zamawiającego krotności były wymagane;

9) w poz. 697 - Wykonawca uwzględnił dostawę tylko 1 skrzynki, podczas gdy wymagana z przedmiaru ilość to 10 szt.

Podniósł, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wskazaną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp treść oferty, należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Przy czym na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (wyrok KIO z dnia 15.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 465/10). Dlatego też pomimo, że Odwołujący deklaruje, iż jego zamiarem było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ, co wynika z oświadczenia złożonego w ofercie, to wskazać należy, że oświadczenie to jest niewystarczające dla sanowania zaistniałych w ofercie niezgodności. Generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień SIWZ i wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, nie zastępuje bowiem wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp. (wyrok KIO z dnia 15.06.2010 r., sygn. akt: KIO/1045/10). Z kolei w zakresie możliwości poprawiania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nic sposób nie wskazać, że wprowadzona nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. możliwość poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp drobnych błędów w treści oferty, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie Zamawiającego obowiązek ich poprawy nie mają charakteru nieograniczonego. W szczególności interpretacja ww. przepisu nie może prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający dokonywać będzie poprawy występujących w ofercie omyłek nie mając pewności co do treści złożonej przez Wykonawcę oferty. To po stronie Wykonawcy leży powinność takiego przygotowania oferty, aby jej treść była precyzyjna i oczywista dla Zamawiającego. W tym kontekście jak najbardziej uprawniony jest wymóg Zamawiającego, określony w pkt 12.1. SIWZ, zgodnie z którym: „Wykonawca nie może dokonywać żadnych zmian w zakresie ilości jednostek podawanych w przedmiarach robót, bez zachowania trybu przewidzianego w art. 38 ustawy Pzp”. Uprawnienie do sformułowania takiego wymogu potwierdza KIO, która w wyroku z dnia 30.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 201/10, stwierdziła, że to: „Zamawiający ustala

12

obowiązującą w postępowaniu treść SIWZ i wykonawcy mają obowiązek się do niej stosować, tak dalece, jak nie narusza ona przepisów prawa, pod rygorem narażenia się na negatywne konsekwencje”. Co więcej nałożony na Zamawiającego obowiązek poprawiania zauważonych w ofercie Wykonawcy omyłek nie może oznaczać obowiązku poszukiwania w ofercie Wykonawcy informacji, które mogłyby stać się podstawą do ich poprawiania. W szczególności Zamawiający nie ma obowiązku badać, czy występujące w różnych kosztorysach analogiczne pozycje dają podstawę do poprawienia innych pozycji kosztorysowych. Obowiązek poprawiania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie oznacza również możliwości automatycznego przyjmowania przez Zamawiającego cen jednostkowych wskazanych w analogicznych pozycjach kosztorysowych. Takie działanie nie mieści się w normie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten dopuszczając możliwość poprawy nieistotnych omyłek, wymaga bowiem samodzielnego działania zamawiającego. Działanie to możliwe jest natomiast dopiero wówczas, gdy jest oczywiste, iż w samej ofercie Wykonawcy zawarte

są nie budzące wątpliwości informacje potrzebne do ich poprawienia. Powyższa sytuacja nie ma miejsca w odniesieniu do oferty Odwołującego. Przykładowo wskazał poz. 178 kosztorysu ofertowego. W zakresie tej pozycji Odwołujący w ofercie wskazał krotność - 30, podczas gdy Zamawiający w odpowiadającej pozycji przedmiaru tej krotności nie wymagał. Wskazał, że pomnożenie ceny jednostkowej z poz. 112, tj. 0,764 zł przez krotność 30, nie daje, jak w poz. 178, kwoty 22,932 zł, ale kwotę 22,92 zł. Oznacza to, że cena w poz. 178 musi różnić się od ceny w poz. 112, skoro w wyniku przemnożenia przez krotność 30 nie otrzymujemy tej samej wartości. Powyższy przykład zaprzecza twierdzeniom Odwołującego, jakoby Zamawiający miał podstawę do samodzielnego ustalenia ceny jednostkowej przyjmując ją z innych analogicznych pozycji kosztorysowych. Zamawiający nie dość, że musiałby odszukać w setkach pozycji kosztorysowych, te które mogłyby stać się podstawą poprawienia omyłek, to jeszcze każdorazowo musiałby dokonać sprawdzenia, czy przyjęta w tych pozycjach wartość jednostkowa mogłaby być przyjęta za podstawę poprawienia omyłki w innej pozycji kosztorysowej. Dodatkowo, co niezwykle istotne, niniejsze postępowanie w przedmiocie budowy kanalizacji sanitarnej Etap III zostało podzielone przez Zamawiającego na 4 cztery zadania, co dodatkowo nie upoważniało Zamawiającego do poszukiwania innych (ewentualnie zbliżonych) pozycji w poszczególnych (odrębnych) kosztorysach ofertowych składanych na każde zadanie. Nie ulega wątpliwości, że norma przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zezwala na poprawianie nieistotnych niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jednakże nie oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest dokonać całego szeregu działań, w wyniku których udałoby się te niezgodności poprawić. Cel wprowadzenia nowelizacji - tj. uchronienie prawidłowych ofert przed odrzuceniem z powodu drobnych omyłek - nie może być rozumiany jako konieczność ich poprawy za wszelką cenę.

13

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18.05.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 780/10: „*Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Ich poprawa winna mieć charakter czysto techniczny, a nie wynikający z nowego oświadczenia woli składającego ofertę*”. Takim oświadczeniem są zawarte w odwołaniu wyjaśnienia Wykonawcy, który wskazuje, że przy korekcie poz. 178, 184, 369, 580 i 615 należy skorzystać z cen jednostkowych określonych pozycji, np. w przypadku 178 z ceny jednostkowej w poz. 112. Ponadto wskazał, że pomimo, iż w kosztorysie ofertowym znajdują się analogiczne pozycje, które według oceny Odwołującego mogłyby być podstawą poprawienia omyłek w innych pozycjach kosztorysowych, to nie oznacza to, że są to pozycje identyczne. Tożsamość rodzaju prac i ilości w poszczególnych pozycjach kosztorysowych nie jest jeszcze wystarczającą podstawą do przyjęcia występujących w tych pozycjach wartości jednostkowych. Istotne jest także stwierdzenie czy dany rodzaj prac wykonywany jest również w ramach tego samego zadania, w tym samych warunkach. Automatyczne kopiowanie wartości jednostkowych z różnych pozycji może być nieuprawnione w sytuacji, gdy pozycje te dotyczą różnych zadań. Inne bowiem mogą być warunki w jakich te zadania są wykonywane. Tym samym koszt np. wywózki ziemi czy zdarcia nawierzchni może różnić się w zależności od zadania (warunków geologicznych, itp.) pomimo, tej samej ilości i tego samego rodzaju prac. Przystępujący wskazał ponadto, iż umożliwiając dokonanie poprawy innych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Ustawodawca wprowadził zarazem granicę, wskazując, iż ich poprawienie nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Do tego rodzaju zmian nie można zaliczyć poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego, które prowadziłyby do zmniejszenia ceny oferty Odwołującego aż o 67.550,98 zł. Kwota ta jest wielkością znaczącą i dotyczy istotnego zakresu robót, nawet jeżeli mają one, jak wskazuje Odwołujący charakter drugorzędny. Nie wydaje się przy tym, aby decydującym miernikiem w zakresie oceny istotności zmian w ofercie było procentowe wskazanie wielkości korekty w stosunku do zaoferowanej całkowitej ceny oferty.

W dniu 21.01.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniosła na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wносиło o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Rozstrzygnięcie o kosztach niniejszego postępowania według norm przepisanych;

Wskazał, że podstawowym powodem odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego było naruszenie warunków określonych SIWZ. Przywołał pkt 12.1 SIWZ. Wbrew temu warunkowi Odwołujący: a) w zadaniu I, poz.178 - wprowadził krotność „30”;

krotność „3”; d) w zadaniu IV, poz.580 - wprowadził krotność „5”; e) w zadaniu IV, poz.615 - wprowadził krotność „5”. Stwierdził, że nie mógł poprawić w/w pozycji w oparciu o art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego należałoby poprawić ceny jednostkowe danej pozycji, czego Zamawiającemu nie wolno czynić. Ceny jednostkowe są ustalane przez Wykonawcę i Zamawiający nie ma prawa w nie ingerować. Zamawiający nie miał wiedzy jak dokonać poprawienia tych pozycji, mógł jedynie domniemywać. W ocenie Zamawiającego krotność jest elementem przedmiaru, a ewentualne zawarcie krotności w cenie jednostkowej prowadziłoby do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu oraz skutkowałoby oceną ofert złożonych przez wykonawców według różnych zasad. W spornych pozycjach cena jednostkowa zawiera krotność. Jeżeli w/w pozycje Zamawiający poprawiłby zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 w istocie dopuściłby się do ustalenia wysokości ceny jednostkowej po otwarciu ofert, co naruszyłoby zasadę równego traktowania wykonawców. Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ Zamawiający przedstawił, że cenę oferty należy wyliczyć poprzez pomnożenie cen jednostkowych każdej pozycji zestawienia prac (dokumentacja projektowa) objętych zamówieniem przez ilość jednostek. Cena jednostkowa nie może zawierać w sobie krotności, gdyż jest to sprzeczne z definicją ceny jednostkowej zawartej w ustawie z dnia 5 lipca 2001 roku ocenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050).

Odwołujący wielokrotnie wywodzi, że pozycje kosztorysu ofertowego przy których omyłkowo zastosował krotność „*występują w kosztorysie ofertowym kilkanaście razy.*” Zamawiający informuje, że do dokumentacji dołączono przedmiary robót czterech zadań oraz monitoringu. Nadmieniał, że każde zadanie stanowi odrębną specyfikę, dlatego zostało podzielone. Błędne jest twierdzenie Odwołującego, że każde zadanie można do siebie porównać. W związku z powyższym nie można mówić o pozycjach tożsamyh jak podnosi Odwołujący i porównywaniu pozycji z jednego zadania do pozycji z drugiego zadania. Wbrew wywodom Odwołującego Zamawiający cen jednostkowych nie mógł ustalać na podstawie pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym, a dotyczących innych zadań, gdyż takie działanie (poprawienie tych omyłek) spowodowałoby istotne zmiany w ofercie. Ponadto stanowiłyby znaczną w nią ingerencję. Tytułem przykładu przywołał wywód Odwołującego dotyczący sposobu poprawy poz. 184 kosztorysu ofertowego. W związku z powyższym podniósł, że zmniejszenie ceny pomiędzy ofertą przed poprawą i po poprawie o 72.962,25 zł nie stanowiłoby poprawy oferty, ale znaczną w nią ingerencję. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłki mogą i powinny być korygowane. Jedynym ograniczeniem tej korekty jest to, aby poprawa w ofercie nie spowodowała istotnych zmian w jej treści. Zdaniem Zamawiającego korekta we wskazanym zakresie przez Odwołującego spowodowałaby istotne zmiany w treści oferty. Ponadto wbrew wywodom Odwołującego poz. 1, 84, 117, 151, 301 kosztorysu ofertowego nie są tożsame z poz. 184. Roboty pomiarowe przy robotach ziemnych - trasa dróg w terenie równinnym mają określoną specyfikę. Z tego względu

Zamawiający m. in. w poz. 184 słowo „*dróg*” zastąpił w przedmiarze dołączonym do materiałów przetargowych słowem „*rurociągów*”. Wbrew wywodom Odwołującego nie stanowi to jedynie odstępstwa od standardowego nazewnictwa. Należy podnieść, że artykuł 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wprowadzony w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „*omyłki*”.

Zważył, że wprowadzenie krotności, tam gdzie nie była ona przewidziana nie mieści się w granicach omyłki, lecz stanowi istotną zmianę w zakresie ilości jednostek podawanych. „*Krotności*” ujęte w poz. 178, 369, 580 oraz 615 powodują błąd nie tylko w ilości obmiaru, ale również rzeczowy. Wartość jest wyliczana z iloczynu wartości jednostkowych przez ilość jednostek. Wartość stanowi suma wartości poszczególnych pozycji wchodzących w skład danego elementu. Wprowadzając krotność Odwołujący zmienił nakłady poszczególnych pozycji, np. wprowadzenie w pozycji 178 „*krotności=30*” oznacza, że Odwołujący przyjął transport powyżej 0,5 km na odległość 15 km (30 x 0,5). Cena jednostkowa transportu na odległość 15 km wcale nie musi stanowić 30-krotności ceny za 0,5 km. Przy większej ilości

kilometrów Wykonawca może kalkulować ceną 1 km na niższym poziomie. Zamawiający nie kwestionuje zaprezentowanej wykładni art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołany przepis został wprowadzony, aby usprawnić procedury udzielania zamówienia publicznego oraz zmniejszyć liczbę odrzucanych ofert. Jednak podstawowym warunkiem zastosowania tej regulacji jest ustalenie, czy stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki. Dopiero po tym stwierdzeniu można przystąpić do ustalenia, czy istnieje możliwość poprawienia tej omyłki. Powyższe jest możliwe, jeśli nie spowoduje to istotnych zmian w ofercie.

W kwestii zaistnienia omyłek Odwołujący wywodzi, że sporządzony przez niego kosztorys ofertowy liczył około siedemset pozycji. Opisując proces jego powstania Odwołujący podaje, że ręcznie przenoszono poszczególne pozycje przedmiaru do kosztorysu ofertowego. Zamawiający nadmienił, że nie wykonawcy, tylko jeden wykonawca zwrócił się w dniu 27.09.2010 r. z zapytaniem o możliwość zamieszczenia edytowalnej wersji przedmiarów, nie było to pytanie od Odwołującego. Zamawiający nie posiada przedmiarów robót w wersji edytowalnej, byliśmy tylko w posiadaniu przedmiarów robót w wersji PDF i takie zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołujący cały czas podnosi kwestię, że w skutek odmowy Zamawiającego udostępnienia wykonawcom edytowalnej wersji przedmiarów wzrosło ryzyko pomyłek. Zamawiający nadmienia, że na 9 kosztorysów ofertowych, tylko w kosztorysie ofertowym Odwołującego wystąpiły tak liczne błędy. Ponadto Zamawiający nie wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego szczegółowego a kosztorysu ofertowego uproszczonego. Zamawiający podniósł, że

16

w postępowaniu została zachowana zasada uczciwej konkurencji, wszyscy wykonawcy opracowywali kosztorys ofertowy na podstawie przedmiarów robót zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w wersji PDF. W tej kwestii należy też podnieść, że udostępnienie przedmiarów tylko w formacie PDF było i jest zgodne z prawem i procedurami.

Zamawiający podniósł także, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty nie jest pojęciem jednoznacznym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy. Zarówno, w zakresie następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju, charakteru poprawianych niezgodności, a także sposobu ich przeprowadzenia. Sposób poprawy kosztorysu ofertowego zaproponowany przez Odwołującego, prowadzi do istotnych zmian w kosztorysie ofertowym. Podniósł, że pozycje kosztorysu ofertowego miały odpowiadać treści czterech udostępnionych wszystkim wykonawcom przedmiarów oznaczonych jako przedmiar zad I, zad II, zad III, zad IV, monitoring. Każde z tych zadań ma określoną specyfikę i nie da się ich porównywać, na przykład prace pomiarowe prowadzone mogą być w innym terenie, co wpływać może na ich wycenę. Przede wszystkim zaś kwestia ustalenia ceny (wartości) jednostkowej należy do Odwołującego. Zamawiający nie może ustalać jej na podstawie innych pozycji, znajdujących się w innych zadaniach. Przywołał wyrok KIO z dnia 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1127/10. W omawianym przypadku np.: w zadaniu II, poz. 184 - wprowadzona krotność „20” spowodowała, że cena jednostkowa nie była możliwa do ustalenia, a to uniemożliwiało poprawienie oferty. Nie chodziło w tym przypadku o proste działania matematyczne jak wywodzi Odwołujący. Powołał wyrok KIO z 19.05.2019 r., sygn. akt: KIO/UZP 809/10. Działanie Zamawiającego - ustalenie ceny jednostkowej na podstawie innych pozycji, znajdujących się w innych zadaniach - prowadziłoby ponadto do istotnych zmian w ofercie. Ponadto takie postępowanie naruszałoby dyspozycję art. 7 Pzp.

Poszukiwanie przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym pozycji dla ustalenia ceny jednostkowej, przy której omyłkowo wprowadzono „Krotność” w innych działach stanowiłoby ewidentne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Choćby ze względu na konieczny zakres zmian w ofercie, które należy uznać za istotne. Powołał wyrok SO w Krakowie z 23.04.2009 r., sygn. akt: XII Ga 102/09.

Poprawa wskazanych omyłek ze względu na sposób ich dokonywania (poszukiwanie przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym pozycji, przy której omyłkowo wprowadzono „Krotność”, w innych działach, a na tej podstawie ustalenie cen jednostkowych pozycji) stanowiłaby istotną zmianę w ofercie.

Ponadto, Zamawiający podnosił, że o zakresie i ocenie koniecznych zmian nie decyduje jedynie ich wartość. Ustawodawca posługuje się pojęciem „istotnych zmian” jako

granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. O tym, co jest taką przyczyną decyduje odrębnie badanie w konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z tym okoliczności. Zdaniem Zamawiającego poprawa wskazanych omyłek ze względu na sposób ich dokonywania stanowiłaby istotną zmianę w ofercie, o czym była mowa wyżej.

Prace pomiarowe ujęte w poz. 184 zadanie II są podstawowymi czynnościami w procesie inwestycyjnym, a nie jak opisuje Odwołujący, że są to roboty mające drugorzędne znaczenie. Zgodnie z art. 43 ustawy prawo budowlane (Dz. U z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) obiekty budowlane wymagające pozwolenia na budowę oraz obiekty, o których mowa w art. 29 ust 1 pkt 20 w/w ustawy podlegają geodezyjnemu wytyczeniu w terenie, a po jej wybudowaniu geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej. Wobec powyższego podstawowym obowiązkiem Wykonawcy jest wytyczenie obiektu w terenie przed rozpoczęciem robót oraz wykonanie inwentaryzacji powykonawczej po zakończeniu robót. Powołuje wyrok KIO z dnia 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1127/10.

Zdaniem Zamawiającego nie został naruszony art. 91 Pzp. Kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 13 SIWZ była cena -100%, to nie zostało zmienione przez Zamawiającego, więc nie ma mowy o jakimkolwiek naruszeniu. W stosunku do oferty Odwołującego nie zastosowano oceny ofert, gdyż jak podniesiono powyżej w ocenia Zamawiającego oferty tej nie można było poprawić zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Oferta nie jest zgodna z przedmiarami robót, które stanowiły integralną część SIWZ. Odwołujący wprowadził do kosztorysu krotności, to nie są omyłki o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3.

Zamawiający nie naruszył w żadnej z czynności art. 91 i art. 92 Pzp. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 91 Pzp, czyli na podstawie kryterium oceny określonym w SIWZ - 100% cena. Jak już wspomniano wyżej w ofercie Odwołującego wystąpiły błędy, które nie można było poprawić zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, wobec powyższego oferta została odrzucona, a Zamawiający dokonał wyboru oferty kolejnej zgodnie z kryterium oceny ofert podanym w SIWZ. Zamawiający nie zgadza się również ze stanowiskiem Odwołującego mówiącym o naruszeniu art. 92 Pzp. Zamawiający powiadomił w dniu 05.01.2011 r. wszystkich wykonawców biorących udział w toczącym się postępowaniu przetargowym o wyborze najkorzystniejszej oferty. W zawiadomieniu tym podał wszystkie informacje wymagane w art. 92 ust 1 pkt 1, 2, 3, 4 Pzp. Umieścił również zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej (art. 92 ust 2 Pzp), oraz tablicy ogłoszeń Zamawiającego.

Czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym były zgodne z art. 7 Pzp. Zamawiający przygotował i prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe

traktowanie wykonawców. Wszyscy Wykonawcy musieli spełniać jednakowe warunki, każdy musiał przedłożyć do oferty takie same oświadczenia i dokumenty zgodnie z zapisami SIWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, ogłoszeniem o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, w tym przedmiarami, wyjaśnieniami Zamawiającego na pytanie z dnia 27.09.2010 r., ofertą Odwołującego oraz Przystępującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 05.01.2011 r. i odrzuceniem oferty Odwołującego, odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem do postępowania odwoławczego, pismem Przystępującego z dnia 21.01.2011 r., odpowiedzią na odwołania wraz z załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem

Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy cenowo charakter), mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia

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 ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, w tym przedmiarów, wyjaśnień Zamawiającego na pytanie z dnia 27.09.2010 r., oferty Odwołującego oraz Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 05.01.2011 r. i odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania wraz z załącznikami, przystąpienia do postępowania odwoławczego, pisma Przystępującego z dnia 21.01.2011 r., odpowiedzi na odwołania wraz z załącznikami (wyciągu z kosztorysu ofertowego i przedmiaru wraz z załączonymi spornymi pozycjami kosztorysu ofertowego oraz przedmiaru).

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchanie w charakterze strony pani Alicji Jaskóła wspólnika Odwołującego umocowanego do jego reprezentacji, autora kosztorysu ofertowego Odwołującego na okoliczność sposobu sporządzania kosztorysu ofertowego, przyczyn i konsekwencji wprowadzenia niezgodnych z SIWZ pozycji w kosztorysie ofertowym

19

Odwołującego uznając na mocy art. 190 ust. 6 i 7 Pzp, że fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nie zastosowanie dyspozycji tego przepisu w przedmiocie zaniechania czynności dokonania poprawienia w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, tj.:

f) poz. 178 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez: (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=30” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 0.764 w miejsce 22.932, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 16.81 w miejsce 504.50;

g) poz. 184 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=20” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 824.060 w miejsce 16481.196, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 3840.120 w miejsce 76802.37;

h) poz. 369 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=3” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 4.995 w miejsce 14.983, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 5976.02 w miejsce 17925.66;

i) poz. 580 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=5” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 0,117 w miejsce 0.577, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 2,93 w miejsce 14,43;

j) poz. 615 kosztorysu ofertowego Odwołującego poprzez (i) pominięcie w kolumnie 3: „Opis” reguły: „Krotność=30” i uznanie jej za niedodaną, (ii) przyjęcie w kolumnie 7: „Cena zł” wartości 0,117 w miejsce 0.577, (iii) przyjęcie w kolumnie 8: „Wartość zł (6x7)” wartości 2,93 w miejsce 14,43; a także: innych omyłek zakwalifikowanych przez Zamawiającego do: „*innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty*” stosownie do treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

2) art. 91 Pzp poprzez niezastosowania tego przepisu w stosunku do oferty Odwołującego

20

i przyjęcie, że oferta Odwołującego nie podlega ocenie (punktacji) ofert; w przedmiocie zaniechania czynności dokonania oceny oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ z zastosowaniem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie wobec oferty Odwołującego i przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania jako nie odpowiadająca treści SIWZ, pomimo istnienia przesłanek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp; w przedmiocie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4) art. 91 i art. 92 Pzp poprzez dokonanie w wyniku postępowania wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą na podstawie ustalonych przez Zamawiającego kryterium oceny ofert oraz obowiązujących Zamawiającego norm Pzp, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przedmiocie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego;
5) art. 7 Pzp - w przedmiocie zachowania Odwołującego określonego powyżej.

Z uwagi na charakter wskazanych powyżej zarzutów Izba dokona ich rozpatrzenia łącznie uznając, że uwzględnienie pierwszego z nich będzie skutkowało uwzględnieniem pozostałych. Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba biorąc pod uwagę cały zgromadzony materiał dowodowy, w tym także postanowienia SIWZ z przedmiotami oraz oferty Odwołującego oraz Przystępującego uznała jego zasadność. Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, zgodnie z 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. Natomiast według art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zaś: „*artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”*” (wyrok SO w Krakowie z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 429/09). Wskazuje, się także: że niniejszy przepis: „*(...) ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego*” (wyrok KIO z dnia 10.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 232/09). Nadto, Izba zauważa, iż: „*przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że zamawiający nie może wyłączyć jego stosowania na mocy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie zbada treści oferty pod kątem możliwości dokonania poprawy w ofercie innych omyłek, określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp*” (wyrok z dnia

21

12.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 112/10). W tym kontekście pkt 12.1 SIWZ winien być interpretowany przy założeniu niedopuszczalności wyłączenia przez SIWZ art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.. Zaś: „*Działania określone w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający podejmuje z mocy ustawy, nawet jeżeli wykonawca wprost nie złoży wniosku w tym zakresie*” (wyrok z dnia 20.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09). Stwierdzić bowiem należy, że pojawienie się w ofercie Wykonawcy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powoduje powstanie po stronie Zamawiającego nie tylko uprawnienia, ale również obowiązku jej poprawienia. Powyższy przepis bowiem wprost stanowi: „*zamawiający poprawia*”, a sformułowanie to ma charakter kategoryczny. W tym kontekście właściwym jest wskazanie, że Zamawiający niezasadnie nie zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do poz. 80 (zadanie I – str. 40 oferty; poz. 80 przedmiarów – str. 9 dla tego zadania), poz. 196 (zadanie II – str. 55 oferty; poz. 13 przedmiarów – str. 4 dla tego zadania), poz. 586 (zadanie IV – str. 90 oferty; poz. 106 przedmiarów – str. 11 dla tego zadania), poz. 588 (zadanie IV – str. 90 oferty; poz. 108 przedmiarów – str.11 dla tego zadania), poz. 697 (monitoring – str. 102 oferty; poz. 16 przedmiarów – str.1 dla tego zadania), jak i poz. 542 (zadanie IV – str. 87 oferty; poz. 62 przedmiarów – str. 8 dla tego zadania) oraz poz. 543 (zadanie IV – str. 87 oferty; poz. 63 przedmiarów – str. 8 dla tego zadania) kosztorysu ofertowego Odwołującego, mimo zidentyfikowania zaistnienia w tych pozycjach „*innych omyłek*” (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 05.01.2011 r.), z uwagi na okoliczność odrzucenia jego oferty. Izba zauważa, że art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp nie zawiera

wyjątku w tym zakresie takiego, jak art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie: „Pojęcie „istotności zmiany treści oferty”, o którym mowa we wskazanym przepisie należy rozpatrywać w kontekście m.in. danego stanu faktycznego postępowania, sytuacji wykonawców w tym postępowaniu (ranking wykonawców), czy też wymogów SIWZ co do treści oferty i wynikających z nich skutków dla oceny ofert.” (por. wyrok KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1425/09, KIO/UZP 1426/09). Podobnie wskazano w jednym z orzeczeń sądu okręgowego, że: „kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia” (por. wyrok SO w Krakowie z dnia 23.04.2009 r., sygn. akt: XII Ga 102/09). Podobnie wskazuje się w innym orzeczeniu: „(..) niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ, a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu

22

związanych z nim okoliczności. Ma to w szczególności zastosowanie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, który nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią: „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla Zamawiającego w razie łącznego spełnienia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ ma charakter omyłki, po drugie – ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje właśnie istotnych zmian treści złożonej oferty” (podobnie wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt 16/09, jak i wyrok KIO z dnia 03.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1796/10).

Po trzecie, co do zasady Izba wskazuje, za doktryną, że: „(..) do katalogu omyłek nie powodujących istotnej zmiany w treści oferty można zaliczyć: wskazanie niewłaściwej jednostki miary, niewielki błąd w ilości materiałów, nieprawidłowy wskaźnik lub krotność, błędnie podany kolor, nieistotną zmianę zakresu czynności lub terminologii czy zmianę nomenklatury w stosunku do użytej w SIWZ.” (Dariusz Ziemiński, „Prawo Zamówień Publicznych”, Infrastruktura Transportu nr 1/2009, str. 36). Jednakże wskazuje się także w tym kontekście, że: „W zależności od okoliczności danej sprawy ten sam błąd może być zakwalifikowany jako omyłka istotna i skutkującą odrzuceniem oferty, zaś w innym przetargu – jako błaha i możliwa do poprawienia” (Dariusz Ziemiński, „Prawo Zamówień Publicznych”, Infrastruktura Transportu nr 1/2009, str. 36).

Po czwarte: „Przepis ten daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. W ocenie Izby, zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty” (por. wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/09).

Po piąte, Izba nie neguje, że: „Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił” (por. wyrok KIO z dnia 09.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1073/09, jak i wyrok z dnia 18.05.2010 r., sygn. akt: KIO 780/10). Z tym, że w ocenie Izby w stanie faktycznym będącym przedmiotem odwołania mamy do czynienia z odmienną sytuacją. Zaś spór dotyczy innej kwestii: „Czy poz. 178 (zadanie I – str. 52 oferty; poz. 178 przedmiarów – str. 16 dla tego zadania) – wprowadzono krotność „30”, poz. 184 (zadanie II – str. 55 oferty; poz. 1 przedmiarów – str. 4 dla tego zadania) – wprowadzono krotność „20”, poz. 369 (zadanie III – str. 70 oferty; poz. 69 przedmiarów – str. 8 dla tego zadania) – wprowadzono krotność „3”, poz. 580 (zadanie IV – str. 90 oferty; poz. 100 przedmiarów – str. 1 dla tego zadania) – wprowadzono krotność „5”, jak i poz. 615 (zadanie IV – str. 94

23

oferty; poz. 135 przedmiarów – str. 13 dla tego zadania) – wprowadzono krotność „5”

kosztorysu ofertowego Odwołującego można zakwalifikować do „innej omyłki” i zastosować tryb wynikający z art. 87 ust.2 pkt. 3 Pzp ?” W ocenie Izby, po analizie całokształtu dokumentacji oraz oświadczeń stron i Przystępującego jest to zasadne, w przedmiotowym stanie faktycznym. Izba podkreśla, że powyższe stanowisko nie wynika tylko i wyłącznie z faktu, że przedstawiciele doktryny, jak było to powyżej przywołane, dopuszczają taką ewentualność. Nie wynika to także tylko z faktu, że skoro Zamawiający dopuścił – przemnożenie ceny jednostkowej przez określoną krotność – w odniesieniu do poz. 80 (zadanie I), poz. 196 (zadanie II), poz. 586 (zadanie IV), poz. 588 (zadanie IV), poz. 697 (monitoring), jak i poz. 542 oraz poz. 543 (zadanie IV) kosztorysu ofertowego Odwołującego, to winien także dopuścić możliwość podzielenia poz. 178 (zadanie I), poz. 184 (zadanie II), poz. 396 (zadanie III) - wprowadzono krotność „3”, poz. 580 (zadanie IV) - wprowadzono krotność „5”, jak i poz. 615 (zadanie IV). Izba zgadza się bowiem co do zasady, z twierdzeniami dotyczącymi kwestii nakładów oraz możliwości wyceny pozycji o tym samym numerze KNR, czy też opisie odmiennie w zależności od zadania, którego jest elementem z uwagi na ich odmienną specyfikę. Jednakże, Izba wskazuje, że analizując przedmiotowy problem, także w kontekście tzw. analogicznych pozycji wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, uznała że argumentacja Odwołującego jest wiarygodna. Zaś stanowisko Przystępującego w szczególności, ale także Zamawiającego ma charakter polemiczny. Odwołujący wskazywał, że istnieje możliwość podzielenia wartości wskazanych w zakwestionowanych pozycjach, aby uzyskać stosowną cenę jednostkową i jest ona *de facto* zawarta w kosztorysie ofertowym w spornych pozycjach. Na potwierdzenie powyższej argumentacji podnosił również, że po dokonaniu przedmiotowego działania arytmetycznego otrzyma się ceny jednostkowe takie same jak, w pozycjach wskazanych jako analogiczne. Wywodził z powyższego także zamiar złożenia oferty o takich, a nie innych cenach jednostkowych w spornych pozycjach. Powyższe stanowisko jest, w ocenie Izby słuszne. Dodatkowo, Izba zwraca uwagę, że argumentację uwiarygodnia następująca okoliczność. Otóż tak Zamawiający, jak i Przystępujący kwestionowali zastosowania pozycji analogicznych wskazanych przez Odwołującego, mimo ich tożsamości KNR i opisu pozycji takiego, jak winien być w spornych pozycjach, czyli bez „krotności” z uwagi na elementy różnicujące, tj. różne nakłady i zadania, którego dotyczą (postępowanie nie dopuszczało składania ofert częściowych). Izba uznała, że koniecznym było skonfrontowanie tych twierdzeń z ofertą Przystępującego. W konsekwencji wobec zastosowania przez Przystępującego, tych samych cen jednostkowych dla spornych pozycji oraz analogicznych, uznając że skoro niniejszy Wykonawca dokonał wyceny wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie tych samych czynników cenotwórczych dla różnych zadań, to Odwołujący zasadnie podnosił na rozprawie, że uczyni tak samo w swojej ofercie.

24

W rezultacie należy uznać, iż brak jest przeszkód do kwestionowania analogicznego charakteru pozycji wskazanych przez Odwołującego (dla poz. 179/poz. 112 – str.44 oferty; dla poz. 184/poz.1 – str. 36 oferty lub 84 – str. 42 oferty, 117 – str. 46 oferty, 151 – str. 50 oferty, 301 – str. 66 oferty; dla poz. 369/poz. 69 – str. 40 ofert lub 251 – str. 59 oferty; dla poz. 580 i 615/poz. 3 – str. 36 oferty lub 186 – str. 55 oferty, 303 – str. 66 oferty). Zaś cena jednostkowa otrzymana po podzieleniu wartości przez „krotność” będzie stanowić rzeczywistą, realnie zaoferowaną cenę jednostkową i nie będzie stanowić nowego oświadczenia woli. Będzie także wynikał z nich taki zamiar. Właściwym wydaje się również wskazanie, że twierdzenie o niemożliwości dokonywania żadnych zmian w kosztorysie ofertowym w kontekście art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp jest stanowiskiem zbyt daleko idącymi i niezgodnym z celem, jaki przyświecał Ustawodawcy przy wprowadzaniu niniejszego przepisu. Ponadto, w ocenie Izby, taki zamiar, jak wskazany powyżej, wykazał także Odwołujący w odniesieniu do poz. 184 w kontekście poz. 206-210 (str. 56 oferty). Zasadnie podnosił, że przeliczenie sumy wielkości tych pozycji odpowiada wielkości z poz. 184. Odnośnie kwestii różnego opisu pozycji pod tym samym KNR, powyższe podnosił Przystępujący na przykładzie poz. 33-53 kosztorysu ofertowego (str. 37-38 oferty), w kontekście charakteru zapisów w spornych pozycjach z „krotnością”, w ocenie Izby nie mamy tutaj do czynienia z zamierzonym, ale omyłkowym zaoferowaniem spornych pozycji z „krotnością”, okoliczności przedmiotowej sprawy w sposób bezsporny na to wskazują. Nie jest to w żadnym wypadku błąd o charakterze rzeczowym.

W ocenie Izby, Zamawiający miał wystarczające dane zawarte w kosztorysie ofertowym do samodzielnego poprawienia „innych omyłek”. Zaś z okoliczności

przedmiotowego postępowania wynika zamiar złożenia przez Odwołującego oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego, a także okoliczność, iż Zamawiający posiada wszystkie dane do dokonania poprawy kosztorysu, w związku z czym nie będzie zmuszony w sposób istotny ingerować w treść oferty. W żadnym wypadku nie będziemy tutaj mieli do czynienia z wprowadzaniem do treści oferty informacji z zewnątrz, a w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy. (podobnie wyrok z dnia 09.08.2010 r., sygn. akt: KIO/1530/10, KIO/1531/10, KIO 1535/10). Poprawa będzie miała: „(...) charakter czysto techniczny a nie wynikający z nowego oświadczenia woli składającego ofertę”. (por. wyrok z dnia 18.05.2010 r., sygn. akt: KIO 780/10). W tym zakresie Izba podtrzymuje także zawarte w orzecznictwie tezy, że: „Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. (...) Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 in initio Pzp).” (por. wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 11/09).

Izba także wskazuje, że nie bez znaczenia dla okoliczności sprawy jest

25

najkorzystniejszy cenowo charakter oferty Odwołującego, tak przed, jak i po ewentualnym zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym zakresie powyższa okoliczność nie była kwestionowana przez Przystępującego. Skala ewentualnych poprawionych omyłek (biorąc pod uwagę zakres pozycji wskazanych w odrzuceniu oferty Odwołującego i brak jakichkolwiek zarzutów w odniesieniu do innych pozycji) nie będzie miała charakteru znaczącej ingerencji w jej treść (biorąc pod uwagę jej wartość procentową do wartości całej oferty – w granicach 1 %). Zaś poprawienie „innych omyłek” spowoduje nie podwyższenie, ale obniżenie zaoferowanej ceny. Zmiana w ofercie Odwołującego zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą, wynikającą z „krotności” wynikających z SIWZ (ich braku w spornych pozycjach) z „krotnościami” wynikającymi z oferty Odwołującego. Taka czynność Zamawiającego doprowadzi więc ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Odnosnie kwestii zaokrąglenia ceny do dwóch miejsc po przecinku to postanowienia pkt 12.4 SIWZ, w ocenie Izby, niniejsze postanowienie SIWZ odnosiło się do ceny końcowej, choć należy zauważyć, że kwestia niniejsza nie była objęta zakresem ani odwołania, jak i przystąpienia, została podniesiona dopiero na etapie rozprawy. Przystępujący nie formułował też zarzutów odnośnie innych pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego w ramach odrębnego odwołania, zaś twierdzenia z rozprawy w tym zakresie były ogólne i z uwagi na charakter, czyli przystąpienie do odwołania bezprzedmiotowe.

Izba także wskazuje, iż: „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 zobowiązuje Zamawiającego do niezwłocznego zawiadomienia wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Przepisy ustawy nie wskazują, czy wykonawca ma w takiej sytuacji podjąć jakiegokolwiek działania, w szczególności, czy ma złożyć odrębne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgodny na dokonaną poprawkę. Czynność poprawienia omyłki jest skuteczna, w ocenie Izby, z chwilą zawiadomienia o niej wykonawcy, zaś wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki w terminie wskazanym w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Natomiast z przepisu nie wynika, by samo przyjęcie zawiadomienia bez oświadczenia o wyrażeniu zgody, miało skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jedynie w razie złożenia sprzeciwu oferta jest odrzucana.” (por. wyrok KIO z dnia 07.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1094/09).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba w konsekwencji uznała zasadność zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 91, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 i art. 92 Pzp oraz art. 7 Pzp.

26

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. Jednocześnie, w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert, Zamawiający winien uwzględnić okoliczności i wynikające z nich konsekwencje wskazane w uzasadnieniu, tzn.

dokonać poprawienia „*innych omyłek*” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zgodnie ze szczegółowymi żądaniami Odwołującego wskazanymi w tym zakresie w odwołaniu w odniesieniu do poszczególnych wszystkich spornych pozycji kosztorysu ofertowego (dotyczy tak pozycji, których możliwość poprawienia uznał Zamawiający pismem z dnia 05.01.2011 r., jak i pozostałych pozycji, które były podstawą odrzucenia jego oferty).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Ponadto, uznając zasadność wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę w wysokości 297,60 zł zgodnie z przedłożonymi biletami PKP (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....