

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2012 r. przez **Mariusza Głowika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fortis Mariusz Głowik w Rzeszowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Gminę Brzostek**

przy udziale **Kazimierza Czapki prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Handlowo – Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych Santex Kazimierz Czapka w Sędziszowie Małopolskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie omyłek w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie: pozycji 31, 32, 33, 34, 88, 103 poprzez podanie zgodnej z przedmiarami robót liczby jednostek miary, w zakresie pozycji 69 i 70 poprzez podanie zgodnej z przedmiarami robót liczby układów, a następnie uwzględnienie wszystkich konsekwencji rachunkowych dokonanych korekt oraz w zakresie brakującej pozycji 3.4 przedmiaru robót uzupełnienie kosztorysu ofertowego o tę pozycję i przyjęcie, iż cena jednostkowa tej pozycji wynosi 0 zł;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Brzostek**:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mariusza Głowika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fortis Mariusz Głowik w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Gminy Brzostek** na rzecz **Mariusza Głowika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fortis Mariusz Głowik w Rzeszowie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Brzostek (dalej „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759

ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” - postępowanie w celu zawarcia umowy na budowę sieci wodociągowej z dwoma budynkami pompowni wody w miejscowościach Januszkowice i Opacionka wraz z przebudową Stacji Uzdatniania Wody w Brzostku.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 lutego 2012 r., nr ogłoszenia: 36039 – 2012.

Informacja o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Mariusza Głowika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fortis Mariusz Głowik w Rzeszowie (dalej „odwołujący”) oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kazimierza Czapkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Handlowo – Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych Santex Kazimierz Czapka w Sędziszowie Małopolskim została przekazana przez zamawiającego odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej 16 marca 2012 r. Odwołanie do Prezesa Izby zostało wniesione 20 marca 2012 r. (kopia odwołania przekazano zamawiającemu 20 marca 2012 r. pocztą elektroniczną).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania oraz domagał się wydania wyroku nakazującego zamawiającemu: dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania poprawek omyłek w ofercie i zawiadomienie odwołującego o tym fakcie, dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uznając, że w kosztorysie ofertowym odwołującego znajdują się odstępstwa od przedmiarów robót, na podstawie których winien być sporządzony kosztorys. Zwrócił uwagę, że część stwierdzonych przez zamawiającego niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) nie stanowi omyłek, bowiem komputerowy program kosztorysowy używany przez odwołującego wpisane właściwe ilości jednostek robót zaokrągliła matematycznie do drugiego miejsca po przecinku. Tak było w przypadku pozycji 31, 32, 33 i 34 kosztorysu, w których program ilość 22,135 m³ zaokrąglił do 22,14 m³, w poz. 88 program zaokrąglił ilość 0,084 km do 0,08 km, zaś w poz. 103 ilość 14,954 km do 14,95 km. Odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za funkcje profesjonalnego programu kosztorysowego. Jeżeli jednak zamawiający jest na tyle drobiazgowy i potraktował zaokrąglenia jako omyłki, to winien w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawić zaokrąglone ilości do zgodnych z ilościami z przedmiarów robót i dokonać stosownych przeliczeń rachunkowych. Jeżeli zamawiający dokonałby poprawy ww. niezgodności, to wpłynęłyby one na cenę oferty w taki sposób, że zwiększyłyby cenę brutto oferty o kwotę 11,14 zł. W pozycjach 69 i 70 kosztorysu odwołującego wystąpiły błędy w części formalne, a w części merytoryczne. W przedmiarze robót jednostką dla tych pozycji był „układ”, zaś odwołujący wskazał jako jednostkę „szt.” Omyłka ta wystąpiła, bowiem te pozycje kosztorysu odwołujący, zgodnie z KNR, nazwał jako „Układ do pomiarów ...”, zatem wpisał jako jednostkę „szt.” Zamawiający w przedmiarze robót te pozycje nazwał skrótowo, niezgodnie z KNR, jako „Przepływomierz...”, zatem był zmuszony zastosować jednostkę „układ”, bowiem nie chodziło w tej pozycji o sam przepływomierz, lecz także o jego osprzęt. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma zatem charakter natury formalnej i można było ją poprawić bez konsultacji z odwołującym. Można było także zostawić bez poprawiania, jako nie mającej najmniejszego wpływu na znaczenie treści tych pozycji w kosztorysie. A jeżeli już, to niezgodność miała pozytywny wpływ, bowiem opis pozycji 69 i 70 w kosztorysie odwołującego jest dokonany w sposób pełny, zgodny z KNR. Inną kwestią jest, że odwołujący w pozycjach 69 i 70 nie ustrzegł się także merytorycznej omyłki, a mianowicie w poz. 69 zamiast w ilości jednostek robót wpisać 1 jednostkę, wpisał 3 jednostki, zaś w poz. 70 zamiast 4 jednostek robót wpisał 3 jednostki. Są to jednak omyłki, które zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy mógł poprawić, znał bowiem właściwe ilości jednostek robót wynikające z przedmiarów robót. Jeżeli zamawiający dokonałby poprawy omyłek w

pozycjach 69 i 70, to czynność ta wpłynęłaby na cenę oferty w taki sposób, że zmniejszyłaby cenę brutto o kwotę 3 929,01 zł. Odnosząc się do braku w kosztorysie pozycji „Przewody zewnętrzne SUW”, a co za tym idzie, brak wyceny robót objętych tą pozycją, odwołujący

stwierdził, że zamawiający także mógł poprawić tę omyłkę. W kosztorysie brakuje pozycji 3.4 z przedmiaru robót nazwanej tam „Przemieszczenie spycharkami mas ziemnych, na odległość do 10 m, grunt kategorii I-III”. W kosztorysie odwołującego jest jednak wyceniona inna pozycja pod nr 93, która odpowiada pozycji 3.7 z przedmiaru robót nazwanej tam „Zasypywanie wykopów spycharkami, przemieszczanie na odległość do 10 m, grunt kategorii III”. Nietrudno zdaniem odwołującego zauważyć, porównując te dwie pozycje przedmiarowe, że odnoszą się one do takich samych robót. Zamawiający znał zatem cenę jednostkową brakującej pozycji, znał także z przedmiaru robót jednostkę i ilość. Posiadając taką wiedzę mógł bez konsultacji z odwołującym poprawić omyłkę poprzez dopisanie tej pozycji w kosztorysie „Przewody zewnętrzne SUW”. Dopisanie dodatkowej pozycji wywołałby skutek w postaci podwyższenia ceny oferty o kwotę 60,85 zł.

Podsumowując odwołujący podniósł, iż omyłki w jego ofercie zamawiający powinien poprawić, bowiem należą do takich, których poprawa była możliwa bez negocjacji z odwołującym (bez udziału odwołującego) oraz nie wpływają one istotnie na treść oferty. Konsekwencje rachunkowe poprawienia wszystkich omyłek wpłyną na cenę oferty odwołującego w nieznaczny sposób, zmniejszając ją o kwotę 3 857,02 zł brutto. Biorąc pod uwagę cenę brutto oferty, która wynosi 2 559 008,23 zł to po poprawieniu omyłek zmniejszy się ona o 0,002%. Poprawienie omyłek nie wpłynie istotnie na cenę oferty. W konsekwencji odwołujący wyraził pogląd, iż zamawiający nie dokonując poprawienia nieistotnych omyłek w ofercie odwołującego, naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a odrzucając jego ofertę uchybił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, bowiem przepis ten nie nakazuje odrzucenia oferty w przypadku wystąpienia każdej niezgodności jej treści z treścią siwz. Jeżeli wykonawca pomylił się, a omyłka ta jest nieistotna i można ją poprawić bez negocjacji z wykonawcą, to winna być poprawiona, a oferta uznana za zgodną z siwz. Taka sytuacja wystąpiła u odwołującego.

Odwołujący dalej podniósł, iż zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty wskazał, że jego poważne zastrzeżenia budzi wycena o wartości zerowej pozycji w kosztorysie Odwołującego nr: 119, 132, 133, 134. 166, 167, 168, 184, 186, 187, 188 i 197. Odwołujący podkreślił, iż z treści zawiadomienia wynika, że ta okoliczność jednak nie stanowiła podstawy do odrzucenia oferty, zatem mógłby pominąć tę kwestię, ale dla jasności odniósł się także do niej. Wskazał, iż wszystkie ww. pozycje kosztorysowe były określone w przedmiarach robót jako - „wycena indywidualna”, zamawiający nie podał dla nich podstawy wyceny. Odwołujący wszystkie te pozycje skalkulował w taki sposób, że przypisał im ceny jednostkowe równe zero. Co za tym idzie, także wartość tych pozycji wynosi zero. Pozycje te są wycenione w kosztorysie odwołującego, cena równa zero jest także ceną. Dla poparcia swojego stanowiska odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3

stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2725/11), w którym czytamy: „Po pierwsze zauważyć należy, iż wbrew stanowisku zamawiającego oferta odwołującego zawiera cenę zdefiniowaną w art. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem przez cenę rozumieć należy cenę w znaczeniu nadanym ustawą z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97. poz. 1050 ze zm.). Zatem, co istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania, cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (zamawiający) jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy (wykonawcy) za towar lub usługę (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach). W konsekwencji cena 0 złotych odpowiada tak zdefiniowanemu pojęciu ceny. "0" niewątpliwie stanowi określoną wartość, która została przez odwołującego wyrażona w jednostkach pieniężnych tj. w złotych”.

Zamawiający w zawiadomieniu również podał, że jego zastrzeżenia budzi wycena poniżej cen rynkowych pozycji kosztorysowych nr: 1,21, 22, 23, 24 i 25. Z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty wynika, że i te zastrzeżenia nie były jednak podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący jednak zwrócił uwagę, że to do wykonawcy składającego ofertę należy kalkulacja cen jednostkowych robót wskazanych w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Aby wygrać przetarg, a jednocześnie zapewnić sobie zysk, wykonawca

musi bardzo rozważnie kalkulować ceny jednostkowe, w szczególności, aby cena oferty była niska, ale nadal korzystna dla niego i taka, która nie zmusi zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 90 ustawy w związku z podejrzeniem o rażąco niską cenę oferty. Odwołujący wyjaśnił, iż cena jego oferty w przedmiotowym postępowaniu jest najniższa, ale na pewno nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest skalkulowana z zyskiem. Od ofert konkurencyjnych nie różni się znacznie. Oferta z następną ceną zawiera cenę zaledwie o 40, 294 zł wyższą, czyli wyższą o 1,6%, a oferta z trzecią co do wysokości ceną, zawiera cenę o 359 669 zł wyższą, czyli o 14%. Odwołujący stwierdził, iż zaoferowana przez niego cena jest rynkowa. Wskazał na sprzeczności postanowień siwz w zakresie dotyczącym rodzaju wynagrodzenia – czy jest kosztorysowe, czy ryczałtowe. W ocenie odwołującego rodzaj ceny oferty (kosztorysowa, czy ryczałtowa) determinuje rodzaj wynagrodzenia umownego. W przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie, mimo że nazwane jest w projekcie umowy kosztorysowym, jest w rzeczywistości wynagrodzeniem ryczałtowym. W § 7 ust. 2 projektu umowy czytamy, że: „Wynagrodzenie to obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zadania z uwzględnieniem wszelkich opłat i podatków w szczególności: • koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z kosztorysów ofertowych i STWiOR, • koszty robót przygotowawczych (zagospodarowania placu budowy, utrzymania zaplecza budowy, podłączenia i koszty zużycia wody, energii elektrycznej, dozór i ubezpieczenie budowy, uporządkowanie placu budowy i zaplecza łącznie z przywróceniem terenu do stanu poprzedniego), • koszty przygotowania dokumentacji powykonawczej, • koszty wszelkich

niezbędnych pomiarów i badań laboratoryjnych, • należny podatek VAT”. Pod pierwszą kropką po słowach „w szczególności” wskazano, że wynagrodzenie obejmuje koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z kosztorysów ofertowych. Dalej pod dalszymi kropkami wyliczone są jeszcze inne składniki wynagrodzenia. Gdyby wynagrodzenie było kosztorysowe, to wynikałoby ono wyłącznie z kosztorysów ofertowych. Nie byłoby innych składników wynagrodzenia, jak tylko suma wartości pozycji kosztorysowych. Te inne składniki wynagrodzenia, o których mowa § 7 ust. 2 projektu umowy, zawarte byłyby w cenach kosztorysowych, a nie doliczane do nich. Na uwagę zasługuje fakt, że projekt umowy należy do treści oferty wykonawców, bowiem, zgodnie z ust. IV pkt 2 pkt 3 siwz, do oferty należało załączyć zatwierdzony projekt umowy, co też odwołujący uczynił. W pkt. 7.1 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót wodociągowych (dalej „STWiOR”), do której postanowień odwołują się pozostałe specyfikacje techniczne, czytamy, że: „Obmiar robót określa faktyczny zakres wykonywanych robót zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną. Wyniki obmiaru będą wpisane do rejestru obmiarów. Obmiar gotowych robót będzie przeprowadzany z częstotliwością i w czasie określonym w umowie”. W umowie nie ma słowa na temat obmiarów, trudno mówić zatem o częstotliwości i czasie ich przeprowadzania. W pkt. 9 STWiOR czytamy, że: „Podstawą płatności jest cena ryczałtowa, skalkulowana przez wykonawcę jako suma cen za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu ślepego”. Ten zapis STWiOR w pełni odzwierciedla rodzaj wynagrodzenia, jakie będzie obowiązywać przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Jest to z całą pewnością wy nagrodzenie ryczałtowe, bez względu na to, jaką wagę przypisał zamawiający kosztorysom ofertowym. Po poprawieniu omyłek w sposób wskazany wyżej i uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych tych omyłek, zamawiający powinien zawiadomić o tych czynnościach odwołującego, a ten wyrazi zgodę na dokonane czynności, co doprowadzi ofertę odwołującego do zgodności z treścią siwz.

Zamawiający 21 marca 2012 r. zawiadomił wykonawców o odwołaniu i wezwał do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego 23 marca 2012 r. zgłosił przystąpienie Kazimierz Czapka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Handlowo – Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych Santex Kazimierz Czapka w Sędziszowie Małopolskim (dalej także „przystępujący”).

Zamawiający pismem z 2 marca 2012 r. odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Przywołując treść rozdziału IV pkt 5 siwz - „Opis sposobu obliczenia ceny” argumentował, iż w siwz przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Zwrócił uwagę, że

w kosztorysach uwzględnia się zarówno koszty pośrednie, jak i bezpośrednie. Koszty pośrednie w kosztorysowaniu, to składnik ceny kosztorysowej, obejmujący koszty ogólne budowy i koszty zarządu. Składniki te nie są bezpośrednio kalkulowane w kosztorysie, lecz uwzględniane w wycenieniu ceny kosztorysowanej, jako jeden z narzutów kosztorysu. Koszty pośrednie i inne narzuty kosztorysu, stanowią komplementarne dopełnienie dla kosztów bezpośrednich kalkulowanych bezpośrednio w kosztorysie na podstawie nakładów i cen jednostkowych. Koszty ogólne budowy, to koszty ponoszone w odniesieniu do danej, konkretnej budowy, a nie objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. Koszty te obejmują takie wydatki jak, np.: płace personelu stałego budowy, np. kierownika budowy, kierowników robót, majstrów itp., koszty zaplecza budowy, np. wynajmu lub amortyzacji baraków i innych elementów zaplecza budowy, wody, energii elektrycznej i innych mediów, dozoru budów, ogrzewania obiektów itd., koszty narzędzi i sprzętu (nie ujęte w składniku „S” kosztów bezpośrednich), ewentualne koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych (np. diety), inne (np. ubezpieczenie, ochrona itd.), koszty bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, koszty składowania i konserwacji materiałów na budowie i inne. Koszty zarządu obejmują koszty utrzymania całego przedsiębiorstwa, jego kierownictwa, siedziby, koszty biurowe, amortyzację i remonty środków trwałych, czynsze i ubezpieczenia, koszty zaopatrzenia materiałowego budów, koszty kredytowania, ochrony mienia, obsługi geodezyjnej itd. Zatem koszty tych robót (co według zamawiającego niewłaściwie interpretuje odwołujący) powinny być uwzględnione w kosztorysie ofertowym, w kosztach pośrednich. W konsekwencji twierdzenie odwołującego, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia w istniejącym stanie faktycznym.

Dalej zamawiający podnosił, iż jego intencją było, aby mając dołączony do oferty wykaz materiałów można było stwierdzić, czy wykonawca dany materiał ujął i czy użyty materiał jest odpowiadający wymaganiom siwz. W przypadku opisywanym przez odwołującego, przy wycenie pozycji kosztorysowej o wartości zerowej, analogicznie w wykazie materiałów winien być pokazany materiał przeznaczony do użycia lub montażu o wartości zerowej. Brak takiego materiału wskazuje, że odwołujący go nie użyje, czy też nie zamontuje. Odwołujący nie wycenił 12 pozycji kosztorysu ofertowego. Gdyby, jak twierdzi odwołujący, pozycje te były wycenione, znalazłyby się one w nakładach materiałów i sprzętu (czynnikach kalkulacyjnych) stanowiących element kosztorysu. Stwierdzenia odwołującego, iż przypisał tym pozycjom cenę jednostkową 0,00 zł nie znalazły potwierdzenia, w wyniku przeprowadzonej symulacji programu do kosztorysowania WINBUD - Kosztorys Start, na którym odwołujący przygotował kosztorys. Gdyby odwołujący zaoferował jakiegokolwiek czynniki kalkulacyjne RMS (nawet nie przypisując im cen), czynniki te automatycznie zostają

przeniesione do zestawień RMS - nawet z ceną 0,00 zł. Z kosztorysu odwołującego wynika, że nie wstawił on żadnych nakładów w tych pozycjach. Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, że jeżeli pozycje te były określone jako „wycena indywidualna”, można pominąć nakłady tych pozycji wynikające wprost z opisu w przedmiarach i Specyfikacji Technicznej, ponieważ w wielu innych pozycjach „wyceny indywidualnej” (poz. 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87) nakłady te odwołujący uwzględnił, a ponadto oferty wszystkich pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu zawierają czynniki kalkulacyjne odpowiadające wyżej wymienionym pozycjom kosztorysu.

Dalej zamawiający podniósł, iż wg odwołującego wartość pomyłek popełnionych przez niego w kosztorysie ofertowym to kwota 3,857,02 zł. Zamawiający natomiast twierdził, iż średnia wartość niewycenionych nakładów kosztorysu - obliczona na podstawie pozostałych ofert złożonych w przetargu - wynosi 192 399,85 zł. Nie sposób zatem zgodzić się ze zdaniem odwołującego, iż zamawiający odrzucając ofertę naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wskazał, iż zgodnie z powszechnie obowiązującymi poglądami doktryny zamawiający zobowiązany jest poprawić omyłki w treści oferty polegające na niezgodności z treścią siwz, o ile ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Co do stopnia istotności zmian decyduje zamawiający. Zamawiający może zmienić treść oferty po jej złożeniu przez wykonawcę w zakresie, w jakim uzna to za stosowne. Granicą zmian będzie interpretacja „istotności” zmian w treści oferty. W przedmiotowym przypadku - biorąc pod uwagę wysokość zmiany ceny oferty odwołującego (192 399,85 zł) i jej zakresu (brak czynników kalkulacyjnych RMS w zestawieniu RMS) - nie można zdaniem zamawiającego

uznać, że zmiana jest nieistotna, błaha i nie prowadzi do zmiany treści oferty. W przedmiotowym przypadku zmiana oświadczenia woli Odwołującego stanowiłaby istotną zmianę treści oferty nieodpowiadającą w żadnym wypadku wymaganiom określonym w siwz przez zamawiającego. Omyłki zdaniem zamawiającego powinny być takiego rodzaju, by zamawiający mógł ich dokonać samodzielnie, bez uczestniczenia w tym procesie wykonawcy. W przypadku oferty odwołującego takie działanie ze strony zamawiającego nie było możliwe. Powołał wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2011 r. (sygn. akt: KIO 1252/11).

Kolejną przyczyną, z powodu której zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, były niezgodne z przedmiarem i specyfikacją techniczną zaoferowane przez odwołującego materiały wynikające wprost z kosztorysu ofertowego i jego nakładów RMS, zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy należy uznać za nietrafny. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w rozdziale 4 pkt 5 siwz wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do kosztorysu ofertowego.

Tymczasem w 36 pozycjach kosztorysu ofertowego odwołujący zaoferował materiały niezgodnie z przedmiarami i specyfikacją techniczną. Zdecydowana większość niezgodności z przedmiarem i specyfikacją techniczną wystąpiły w elemencie Technologii Stacji SUW, a więc najważniejszym elemencie dla prawidłowego jej działania - na 31 pozycji w tym elemencie aż 17 jest niezgodnych. Niedoskonałości programu komputerowego do opracowania kosztorysu nie usprawiedliwiają powyższych nieprawidłowości, gdyż wykonawca zawsze ma obowiązek taki dokument zweryfikować pod kątem zgodności z przedmiarem i projektem. Zmiana przedmiotu świadczenia co do materiałów/urządzeń użytych do realizacji zamówienia, a co za tym idzie do sposobu wykonania, przy uwzględnieniu, że zmianie takiej podlegałyby 36 pozycji powoduje, że w sposób istotny, zasadniczy zmienia się treść oferty. Istotne jest także, że poprawienie omyłek będzie powodowało zmianę ilości robót i ich cenę. Istotnym jest również, że treść wymaganych specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu stanowi merytoryczną treść oferty poprzez wskazanie nazw, symboli i szczegółowej konfiguracji parametrów technicznych konkretnego zaoferowanego sprzętu. Brak powyższych informacji uniemożliwia ustalenie, jaki sprzęt jest zaoferowany przez wykonawcę, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Przedstawione powyżej stanowisko znajduje także uzasadnienie w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2011 r., (sygn. akt: KIO 297/11), zgodnie z którym „użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Przedmiotowe błędy w kosztorysie ofertowym odwołującego nie mogą być również w opinii zamawiającego poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jako uzasadnienie takiego

stanowiska przytoczył wyrok SO w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r. (sygn. akt: V Ca 1051/10) świetle którego „(...) o możliwości poprawienia przez Zamawiającego innych omyłek pisarskich powodujących niezgodność oferty z SIWZ decyduje skala omyłek, liczona rezultatem oferty po ich ewentualnym poprawieniu, w tym znaczeniu, czy po ich naniesieniu treść oferty zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. W przedmiotowym przypadku zgodzić

się należy ze skarżącym, iż dokonanie, jak tego chce KIO, w pozycjach 3,10,11 i 43 kosztorysu poprawek w ofercie, nie byłoby możliwe samodzielnie przez Zamawiającego. Czyli zmuszałoby Zamawiającego do żądania od wykonawcy wskazania sposobu poprawienia oferty oraz wskazania jakie pozycje w kosztorysie i w jaki sposób należałoby zmienić oraz podanie, jakie wartości na miejsce poprawionych należałoby wpisać. Taka zmiana za zmianę nie powodującą istotnych zmian w treści oferty uznana być nie może. Z treści bowiem art. 87 ust. 2 pkt 3 zd. 2 wynika, iż zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu. W sprawie niniejszej poprawienie błędnych pozycji w kosztorysie oferty zmuszałoby Zamawiającego do prowadzenia swoistych negocjacji przed dokonaniem poprawek, w celu ustalenia jakie pozycje zamiast błędnie wstawionych należałoby wpisać, co odbiera niniejszym pomyłkom przymiot oczywistości i uniemożliwiając samodzielne wprowadzenie poprawek przez zamawiającego sprzeciwia się treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zatem nie mogło zostać dokonane. Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek ponadto zaburzyłoby zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp prowadzenia postępowania o zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelna w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna”.

W dalszej części zamawiający argumentował, iż odwołujący nie dokonał wyceny pozycji 3.4 przedmiaru. Nie zgodził się z odwołującym, że pozycja ta odpowiada pozycji pod nr 93 kosztorysu, ponieważ obie te pozycje zawierają inną charakterystykę robót, a tym samym inne normy pracy sprzętu. Porównał obie pozycje:

- KNR 201/229/2(2) - Przemieszczanie (spycharkami) mas ziemnych na odległość 10 m, grunt kat. III -4) niewyceniona pozycja zawiera następujący opis: Odspojenie i przemieszczenie mas ziemnych na wskazane miejsce, na nasyp lub odkład;
 - KNR 201/230/1(2) - (Zasypywanie wykopów spycharkami, przemieszczanie na odległość do 10 m, grunt kat I-III) - pozycja ta zawiera przemieszczanie mas ziemnych uprzednio odspojonych przy zasypywaniu wykopów warstwami grubości 30 cm.
- Zamawiający stwierdził, że powołane pozycje różnią się między sobą nie tylko podstawą wyceny, ale i charakterystyką robót, a co za tym idzie innymi normami pracy sprzętu, w

związku z tym zamawiający nie miał możliwości uzupełnienia tej pozycji. Zamawiający nie mógł znać ceny jednostkowej brakującej pozycji, gdyż pozycja z przedmiaru oznaczona 3.4 dotyczy innego zakresu i rodzaju robót (opis technologiczny z pozycji kosztorysowej) niż pozycja przedmiaru oznaczona 3.7.

Przystępujący pismami z 3 kwietnia 2012 r. uzupełnił argumentację przedstawioną w piśmie z 23 marca 2012 r. Wniósł o oddalenie odwołania w całości przedstawiając stanowisko zbieżne z tym, prezentowanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 2 kwietnia 2012 r. Wskazał na szereg dodatkowych nieprawidłowości w treści oferty odwołującego stwierdzając, iż niezgodności i błędy w kosztorysie odwołującego występują w 62 pozycjach, przez co oferta odwołującego jest nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w tym postępowaniu. Dodał, że czynniki kalkulacyjne RMS nie zawierają bardzo ważnych i kosztownych elementów wyceny, przez co niemożliwe będzie prawidłowe rozliczenie przedmiotu umowy, a w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych - zgodnie z § 14 umowy, zamawiający nie będzie w stanie prawidłowo ich rozliczyć. Zdaniem przystępującego odwołujący dokonał nieuprawnionych zmian przedmiotu zamówienia, które powodują, że jego jest nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Porównywalność tych ofert jest niezbędna dla oceny właściwego przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Niezgodności treści oferty odwołującego są w opinii przystępującego ewidentne, gdyż zaoferowane materiały, jak również ich brak nie odpowiadają opisanym w przedmiarach i specyfikacji technicznej, pod względem zakresu, ilości, rodzaju i innych parametrów istotnych dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym zamawiający nie może zgodnie z art. 87 ustawy poprawić niezgodności treści oferty odwołującego, ponieważ prowadziłoby to do uzupełniania treści oferty (wielu pozycji kosztorysowych), dopisywania brakujących czynników kalkulacyjnych materiałów i sprzętu oraz dopisania brakującej pozycji.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego

postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych:

Jako istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania należy powołać następujące postanowienia siwz:

- przedmiotem zamówienia jest wykonanie budowy sieci wodociągowej z dwoma budynkami pompowni wody w miejscowościach Januszkowice i Opcionka wraz z przebudową Stacji Uzdatniania Wody w Brzostku; szczegółowy zakres robót niezbędnych do wykonania zgodny

z przedmiarem robót oraz STWiOR załączonymi do siwz; (rozdział II, pkt 1 siwz – opis przedmiotu zamówienia),

- cena oferty wyliczona będzie w oparciu o przedstawiony przez wykonawcę kosztorys ofertowy; podstawą jego sporządzenia jest przedmiar robót i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, które stanowią załączniki do siwz (rozdział IV, pkt 5.1 siwz – opis sposobu obliczenia ceny),

- kosztorys ofertowy należy sporządzić jako kosztorys uproszczony, ściśle wg kolejności wyszczególnionych w przedmiarze robót pozycji, z tabelą elementów scalonych, zestawieniem robocizny, materiału i sprzętu oraz cenami jednostkowymi robót siwz (rozdział IV, pkt 5.2 siwz – opis sposobu obliczenia ceny),

- wartość kosztorysu musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające z przedmiaru robót, STWiOR, jak również koszty wszelkich lub ewentualnych robót przygotowawczych i porządkowych, zorganizowania, utrzymania i likwidacji budowy oraz dokumentacji powykonawczej (w tym geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej) (rozdział IV, pkt 5.3 siwz – opis sposobu obliczenia ceny),

- wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót; jeżeli w opisie pozycji przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione przez wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego; wykonawca nie może wprowadzać samodzielnie żadnych zmian do kosztorysu ofertowego (rozdział IV, pkt 5.4 siwz – opis sposobu obliczenia ceny),

- cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty i podatki; wykonawca określi w ofercie cenę brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie za realizację całego przedmiotu zamówienia (rozdział IV, pkt 5.5 siwz – opis sposobu obliczenia ceny),

- ceny jednostkowe określone w ofercie zostaną określone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, z wyjątkiem ewentualnych ustaleń zawartych w umowie (rozdział IV, pkt 5.6 siwz – opis sposobu obliczenia ceny),

- w formularzu ofertowym zostało wskazane, iż wykonawca oferuje realizację całości przedmiotu zamówienia „za wynagrodzeniem kosztorysowym” ustalonym na podstawie kosztorysu ofertowego, wykonanego wg przedmiaru robót stanowiącego załącznik do siwz (pkt 1 załącznika 1 do siwz),

- wykonawca przyjmuje przedmiotowe zamówienie do wykonania zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji postępowania oraz kosztorysem ofertowym (ust. 1); szczegółowy zakres robót niezbędnych do wykonania jest zgodny z kosztorysem stanowiącym załącznik do oferty sporządzonym na podstawie przedmiaru robót oraz

STWiOR (ust. 2); z powołanymi postanowieniami projektu umowy koresponduje jego § 3 ust.

1 (§ 1 załącznika 2 do siwz - projekt umowy),

- strony postanawiają, że obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie kosztorysowe (§ 7 ust. 1 załącznika 2 do siwz - projekt umowy),

- wynagrodzenie to obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zadania z uwzględnieniem wszelkich opłat i podatków w szczególności: • koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z kosztorysów ofertowych i STWiOR, • koszty robót przygotowawczych (zagospodarowania placu budowy, utrzymania zaplecza budowy, podłączenia i koszty zużycia wody, energii elektrycznej, dozór i ubezpieczenie budowy, uporządkowanie placu budowy i zaplecza łącznie z przywróceniem terenu do stanu poprzedniego), • koszty przygotowania dokumentacji powykonawczej, • koszty wszelkich

niezbędnych pomiarów i badań laboratoryjnych, • należy podatek VAT; strony ustalają, że wykonawca otrzyma „wynagrodzenie kosztorysowe wyrażające się w kwocie netto (...)” (§ 7 ust. 2 załącznika 2 do siwz - projekt umowy),

- jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, które nie nadają się do usunięcia, a umożliwiają one użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, zamawiający obniży wynagrodzenie do wysokości uzgodnionej przez strony na podstawie wyliczenia przez inspektora nadzoru (§ 8 ust. 13 załącznika 2 do siwz - projekt umowy),
- podstawę sporządzenia faktury końcowej stanowi protokół odbioru końcowego i kosztorys powykonawczy wykonania pełnego zakresu rzeczowego przedmiotu umowy podpisany przez zamawiającego i wykonawcę (§ 9 ust. 3 załącznika 2 do siwz - projekt umowy),
- załącznikami do umowy są siwz oraz oferta wykonawcy (wykaz załączników załącznika 2 do siwz - projektu umowy).

Do siwz załączono w wersji elektronicznej projekt budowlany i STWiOR wodociągu i SUW.

Uwzględniając powyższe ofertę złożył m.in. odwołujący oferując realizację zamówienia „za wynagrodzeniem kosztorysowym w kwocie netto: 2 080 494, 50 (...) ustalonym na podstawie kosztorysu ofertowego, wykonanego wg przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ” (pkt 1 formularza oferty). Do oferty załączono kosztorys ofertowy (k. 1 – 32). Zamawiający pismem z 16 marca 2012 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wyjaśnił, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz, ponieważ „zgodnie z siwz, a w konsekwencji zgodnie z przedmiarem robót oraz wyjaśnieniami do siwz:

1. w poz. 1.3 Roboty ziemne, wyburzeniowe obmiar robót (S.U.W.)
- zgodnie z przedmiarem robót winno być m3 22,135
 - zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 31) jest m3 22,14

-
2. w poz. 1.4 Roboty ziemne, wyburzeniowe obmiar robót (S.U.W.)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być m3 22,135
- zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 32) jest m3 22,14

3. w poz. 1.5 Roboty ziemne, wyburzeniowe obmiar robót (S.U.W.)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być m3 22,135
- zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 33) jest m3 22,14

4. w poz. 1.6 Roboty ziemne, wyburzeniowe obmiar robót (S.U.W.)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być m3 22,135
- zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 34) jest m3 22,14 (g)

5. w poz. 2.13 Technologia (S.U.W.)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być układ 1
- szt. 3 zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 69) jest

6. w poz. 2.14 Technologia (S.U.W.)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być układ 4
- zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 70) jest szt. 3

7. w poz. 3.1 Przewody zewnętrzne (S.U.W.)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być km 0,084
- zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 88) jest km 0,08

8. w poz. 3.4 Przewody zewnętrzne (S.U.W.)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być m3 191,7 przy kr. 0,20
- zgodnie z załączonym kosztorysem - brak wyceny (brak poz. w kosztorysie)

9. w poz. 1 d.1.1.1 Roboty ziemne (sieć wodociągowa)

- zgodnie z przedmiarem robót winno być km 14,954
- zgodnie z załączonym kosztorysem (poz. 103) jest km 14,95”.

W dalszej części zamawiający wskazał, że poza faktem niezgodności treści oferty z treścią siwz jego „poważne zastrzeżenia budzi wycena o wartości zerowej pozycji w kosztorysie ofertowym:

- poz. 119, 132, 133, 134, 166, 167, 168 184, 186, 187, 188, 197

oraz znacznie poniżej rynkowych cen, wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym:

- poz. 1,21,22, 23, 24, 25.

zwłaszcza tak znaczących cenowo wycen jak dotyczących 2 kontenerów pompowni wody na sieci wodociągowej, czy też rozdzielni elektrycznych na Stacji Uzdatniania Wody”.

Powołane w punktach 1 – 9 pisma zamawiającego z 16 marca 2012 r. dane w zakresie dotyczącym zarówno treści przedmiaru robót stanowiącego integralną część siwz, jak i

kosztorysu ofertowego odwołującego, nie były kwestionowane i zostały przez zamawiającego w cytowanym piśmie zreferowane zgodnie z rzeczywistością.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Wykonawca Handlowo – Usługowy Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych Santex Kazimierz Czapka w Sędziszowie Małopolskim przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznała zarzuty odwołania odnoszące się do okoliczności faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego powołanych przez zamawiającego w piśmie z 16 marca 2012 r. tj. w pkt. 1 – 9 pisma. Zamawiający nie wskazał, jako przyczyny odrzucenia oferty odwołującego innych, podnoszonych w tym piśmie okoliczności budzących jego zastrzeżenia, tj. dotyczących wyceny wymienionych pozycji w kosztorysie ofertowym odwołującego, zatem okoliczności te, jako że nie były stanowiły podstawy faktycznej odrzucenia oferty, nie podlegają rozpoznaniu. Analogicznie należy odnieść się do wskazywanych przez zamawiającego oraz przystępującego, w pismach procesowych w toku postępowania odwoławczego, dodatkowych, nie podanych w piśmie zamawiającego z 16 marca 2012 r., nieprawidłowości dotyczących oferty odwołującego. Nie mogą być one rozpatrywane przez Izbę, bowiem nie były powołane w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego. Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też wyroki KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie, czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11 oraz wyrok KIO z dnia 19 września 2011 r., sygn. akt KIO 1934/11). Zatem

dotkowe okoliczności faktyczne mające uzasadniać odrzucenie oferty odwołującego powoływane dopiero w fazie postępowania odwoławczego nie podlegają ocenie Izby. Nie mogły być także przedmiotem zarzutów odwołania, skoro odwołujący nie został o nich powiadomiony w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty.

Zważywszy wyznaczone powyżej ramy postępowania odwoławczego, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu w tym zakresie zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz przystępującego, Izba uwzględniła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W okolicznościach faktycznych sporu niezbędne jest ustalenie, czy zamawiający stwierdzone w treści oferty odwołującego (kosztorys ofertowy) niezgodności z treścią siwz (przedmiary robót) zobowiązany był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czy też prawidłowo postąpił odrzucając ofertę odwołującego z powodu okoliczności wymienionych w pkt. 1-9 pisma z 16 marca 2012 r.

Za pierwszorzędne Izba uważa podkreślenie, iż 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 siwz. 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. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. 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.

Stwierdzić dalej należy, 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 (vide: wyrok z dnia KIO 1514/11 z dnia 29 lipca 2011 r.).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). 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 realizację zamówienia zgodnie z siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obciążone 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 dopuszczania 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. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty

ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu,

aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami."

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 stanie faktycznym sprawy uwzględnienia wymaga także fakt, iż zamawiający przewidział w siwz (rozdział IV, pkt 5.1 - 5.4 i 5.6 siwz, pkt 1 formularza ofertowego, § 7 ust. 1 i 2 oraz § 9 ust. 3 projektu umowy) wynagrodzenie kosztorysowe. Wbrew twierdzeniom odwołującego o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia nie przesądza brzmienie § 7 ust. 2 projektu umowy, bowiem koszty wymienione w tym postanowieniu umowy, których – jak twierdzi odwołujący na podstawie literalnego brzmienia tego postanowienia projektu umowy – wykonawca nie był zobowiązany ująć w kosztorysie ofertowym, powinny być przez niego w kosztorysie uwzględnione, co wynika wprost z rozdziału IV, pkt 5.3 i 5.4 siwz. Za ryczałtowym charakterem wynagrodzenia nie przemawia także treść § 8 ust. 13 projektu umowy przewidującego możliwość obniżenia wynagrodzenia w przypadku wad. Strony, niezależnie od rodzaju wynagrodzenia, mogą umówić się, że w określonych okolicznościach zostanie ono zmienione. Izba zgadza się, iż postanowienia siwz nie są w zakresie dotyczącym wynagrodzenia umownego w pełni spójne i jednoznaczne (przykładowo powoływane przez odwołującego postanowienia STWiOR lub brzmienie rozdziału IV, pkt 5.5 siwz), jednak kompleksowa analiza postanowień siwz nie pozostawia wątpliwości, iż wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy zdefiniowany w art. 629 kc, tj. wynagrodzenie ustalone na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów (w praktyce ustalone dopiero na podstawie kosztorysu powykonawczego, co zamawiający w § 9 ust. 3 projektu umowy przewidział). Powołany przepis znajduje zastosowanie do robót budowlanych w drodze analogii, co potwierdził Sąd Należywszy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 września 2009 r. (sygn. akt III CZP 41/09). W konsekwencji kosztorys ofertowy stanowi treść oferty, nie ma on zatem waloru pomocniczego,

jakby to miało miejsce w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Tym samym błędy w kosztorysie ofertowym odwołującego wskazane przez zamawiającego w pkt. 1 – 9 pisma z 16 marca 2012 r. stanowią o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Rozstrzygnięcia wymaga dopuszczalność ich poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Powołane niezgodności można sklasyfikować w trzech grupach:

- pierwsza: zaokrąglenia jednostek miary (poz. 1 – 4, 7 – 9 pisma zamawiającego z 16 marca 2012 r., tj. poz. 31, 32, 33, 34, 88 i 103 kosztorysu ofertowego),
- druga: podanie nieprawidłowej liczby układów, tj. w poz. 69 zamiast 1 podał 3, a w poz. 70 zamiast 4 podał 3 (poz. 5 i 6 pisma zamawiającego z 16 marca 2012 r., tj. poz. 69 i 70 kosztorysu ofertowego),
- trzecia: pominięcie poz. 3.4 przedmiaru robót, tj. KNR 201/229/2 (2) przemieszczenie spycharkami mas ziemnych na odległość do 10 m, grunt kategorii III; ilość 191,7 m³; 0,20 krotność (poz. 8 pisma zamawiającego z 16 marca 2012 r.).

Odnosząc się do pierwszej oraz drugiej grupy - zamawiający zobowiązany był do dokonania odpowiednich poprawek poprzez podanie w pozycjach 31, 32, 33, 34, 88, 103 kosztorysu ofertowego zgodnej z przedmiarami robót liczby jednostek miary, a w pozycji 69 i 70 poprzez podanie zgodnej z przedmiarami robót liczby układów, a następnie uwzględnienie wszystkich konsekwencji rachunkowych dokonanych korekt. Ingerencja zamawiającego nie doprowadziła 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 11,14 zł (pierwsza grupa niezgodności) oraz zmniejszenie szacowanego wynagrodzenia kosztorysowego kwotę 3 929,01 zł (druga grupa niezgodności).

Ustosunkowując się do pominięcia przez odwołującego w kosztorysie ofertowym pozycji 3.4 przedmiaru robót za zasadne należy uznać uzupełnienie kosztorysu ofertowego o

tę pozycję i przyjęcie, iż cena jednostkowa tej pozycji wynosi 0 zł. Wprawdzie odwołujący argumentował, iż należy posiłkować się w tej kwestii ceną jednostkową przewidzianą za prace o podobnej charakterystyce (pozycja 3.7 przedmiaru robót – KNR 201/230/1 (2), zasypywanie wykopów spycharkami, przemieszczanie na odległość do 10 m, grunt kategorii I–III, 172,530 m³; 0,8 krotność), jednak Izba – uwzględniając fakt, że obie pozycje dotyczą innego rodzaju prac - nie znajduje podstaw do przyjęcia, że ceną jednostkową za prace opisane w pozycji 3.4 przedmiaru robót jest cena taka sama, jak za zakres określony w pozycji 3.7 przedmiaru robót, co prowadziło do wzrostu ceny o 60,85 zł. Izba stoi na

stanowisku, że skoro odwołujący nie podał ceny jednostkowej pozycji 3.4 przedmiaru robót, należy przyjąć, że wycenił realizację tej pozycji za cenę 0 zł.

Za przedstawionym poglądem przemawia fakt, iż celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z siwz. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował, iż wykona całość przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem kosztorysowym ustalonym na podstawie kosztorysu ofertowego, wykonanego wg przedmiaru robót załączonego do siwz (pkt 1 formularza ofertowego). 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 kc). Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy, a zamawiający zobowiązany jest projekt wykonawcy dostarczyć (art. 647 i 648 kc § 2 kc). Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i STWiOR 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 zdaniem Izby 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) nieodpowiadającego siwz, nie wyraził zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11).

Możliwe będzie także prawidłowe rozliczenie umowy. Uwzględniając kosztorysowy charakter wynagrodzenia jedyną konsekwencją przyjęcia ceny 0 zł za pozycje 3.4 przedmiaru robót jest, iż odwołujący za prace opisane w tej pozycji nie będzie mógł domagać się dodatkowego wynagrodzenia.

Izba nie oceniła stwierdzonych w kosztorysie ofertowym odwołującego omyłek jako „istotne”. W tej kwestii Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), że kwalifikator „istotnych zmian” „należy odnosić do całości treści oferty (...) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. Dalej Sąd wyjaśnił, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”.

Izba podkreśla, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11).

Wobec przedmiotu zamówienia, który stanowi skomplikowane przedsięwzięcie budowlane - roboty budowlane polegające na wykonaniu sieci wodociągowej z dwoma budynkami pompowni wody w miejscowościach Januszkowice i Opacionka wraz z przebudową Stacji Uzdatniania Wody w Brzostku, uwzględniając, że kosztorys ofertowy zawiera ok. 200 pozycji, a wartość stwierdzonych omyłek (przy wynagrodzeniu kosztorysowym netto oferowanym przez odwołującego w wysokości 2 080 494, 40 zł) prowadziłyby nawet do zmniejszenia szacowanego w ofercie wynagrodzenia kosztorysowego o ok. 3 900 zł, stwierdzić należy, że poprawienie niezgodności oferty odwołującego z siwz nie powoduje istotnej zmiany treści oferty. Wskazane przez zamawiającego w piśmie z 16 marca 2012 r. niedoskonałości w treści oferty odwołującego uznać należało za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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).

Przewodniczący:

.....