Sygn. akt: KIO 103/14

WYROK
z dnia 5 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stal-Tech sp. z o.o. w Radymnie** oraz **P…….. P……..,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Remontowo-Budowlana P…….. w Piwodzie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Krosno z siedzibą w Krośnie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Robót In ynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. z siedzibą w Krośnie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obcią a wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stal-Tech sp. z o.o. w Radymnie** oraz **P…….. P……..,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Remontowo-Budowlana Piotrowski w Piwodzie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Stal-Tech sp. z o.o. w Radymnie** oraz **P…….. P……..,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Firma Remontowo-Budowlana P…….. w Piwodzie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 103/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Krosno z siedzibą w Krośnie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „rewitalizacja Zespołu Staromiejskiego w Krośnie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 listopada 2013 r. poz. 477600.

W dniu 16 stycznia 2014 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stal-Tech sp. z o.o. w Radymnie oraz P…… P……., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana P……. w Piwodzie, zwanych dalej „odwołującym", o odrzuceniu oferty zło onej przez odwołującego.

W dniu 21 stycznia 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu zło onej przez

niego oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, której treść odpowiada treści SIWZ,
2) art. 87 ust. 1, 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do zło enia wyjaśnień w szczególności dotyczących pozycji 1.4, 1.6, 2.3 i poprawy ewentualnych błędów pisarskich, czy te innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) uniewa nienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty zło onej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie, zwanego dalej „przystępującym”,
2) uniewa nienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący, w odniesieniu do podstawy odrzucenia jego oferty odnoszącej się do zaoferowania płyt granitowych o niewłaściwej kolorystyce argumentował, e dokonał wyceny prawidłowego materiału. Pierwotnie przedmiar wskazywał kolor ółto-szary płyt. Wywiódł, e faktycznie zastosował do wyceny płyty granitowe o kolorze rudo-szarym, kierując się ofertami dostawców tego materiału. W praktyce często uto samiane są

kolory granitu ółto-szarego i rudo-szarego. Powszechnie wiadomo, e polskie zło a zawierają granit w kolorze rudym, bądź rudo- ółtym. Dlatego te w niniejszym postępowaniu przetargowym wiadomym było od początku, e zastosowanie ma kolor rudo-szary. Podniósł, e jak wynika z przedstawionej oferty przez Przedsiębiorstwo Produkcji, Handlu i Usług PIRAMIDA Sp. z o.o. w Kostrzy, dostawca ten zaoferował odwołującemu dostarczenie do Krosna płyt granitowych z granitu strzegomskiego rudo-szarego. Wywiódł, e to zamawiający doprowadził do nieścisłości w określeniu kolorów płyt granitowych, kilkakrotnie zmieniając przedmiar robót. Najpierw wskazywał kolor ółto-szary, a później rudo-szary. Argumentował, e rozbie ność w przyjęciu określonego odcienia koloru nie ma adnego wpływu na ofertę cenową.

W odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty, związanej z niewłaściwą podsypką, odwołujący argumentował, e przyjęty przez niego koszt podsypki uwzględnia mo liwość zastosowania ró nych frakcji kruszywa, równie grysu. Wywodził, e zamawiający dokładnie nie sprecyzował jakie ma być uziarnienie grysu, z jakiego kruszywa. Dlatego te pozostawienie w opisie podsypki cementowo-piaskowej, zgodnie z wcześniejszym przedmiarem robót, nie mo e jednoznacznie przesądzać o odrzuceniu oferty tylko z tego powodu. Podniósł, e zmiana podsypki nie ma adnego wpływu na ofertę cenową odwołującego.

W odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty, związanej z niewłaściwym rodzajem krawę ników, odwołujący podniósł, e błąd ten nie ma adnego wpływu na ofertę cenową. Pierwotnie zamawiający przewidywał krawę nik o wymiarach 20x25 cm. Argumentował, e z całą pewnością zastosowałby krawę nik o wymaganych wymiarach.

W kwestii wskazanych przez zamawiającego nieprawidłowości zawartych w pozycji 1.4 kosztorysu, odwołujący wyjaśniał, e podana tam grubość nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych 3 cm odnosi się tylko do jednej pozycji katalogowej. Pozycja 1.4 składa się bowiem z 2-ch pozycji katalogowych i zgodnie ze wskazanym tam katalogiem norm KNR 2-31 0803-03 0803-04 grubość nawierzchni wynosi 5 cm i taka te została uwzględniona w wycenie. Podobna sytuacja dotyczy opisu w pozycji 1.6 gdzie mylnie wpisano grubość 4 cm. tylko dla jednej normy katalogowej. Jednak scalenie w opisie norm KNR 2-31 0801-07 0801-08 dotyczy mechanicznego rozebrania podbudowy z mas mineralno-bitumicznych o grubości 7 cm.

Odwołujący wywiódł równie , e dokonany przez niego opis w pozycji 2.3 nie ma adnego wpływu na koszt wykonania robót wg pozycji kosztorysowej. Tym bardziej, e zamawiający nie wskazał dokładnie miejsca wywozu ziemi, a odwołujący miał mo liwość odbioru ziemi bezpośrednio z placu budowy.

Odwołujący argumentował, e wskazane nieprawidłowości nale ało usunąć poprzez wezwanie go do zło enia wyjaśnień i poprawienia oczywistych błędów pisarskich.

Zamawiający zło ył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Robót In ynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie. Zło ył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ z 6 grudnia 2013 r., ofertę zło oną przez odwołującego, pismo zamawiającego zawierające i oferty rozstrzygniecie postępowania uzasadnienie faktyczne odrzucenia odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania zło one w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zwa yła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, e odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, e nie została wypełniona adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta zło ona przez odwołującego została odrzucona. Natomiast oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza była - na podstawie kryteriów oceny ofert – ofertą mniej korzystną od oferty zło onej przez odwołującego. Ustalenie, i zamawiający wbrew przepisom ustawy odrzucił ofertę zło oną przez odwołującego,

prowadziłoby do nakazania zamawiającemu uniewa nienia tej czynności, czego efektem mo e być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powy sze wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w rozdziale 14 SIWZ dokonał następującego opisu sposobu obliczania ceny:
1. Cena kształtowana jest kosztorysem ofertowym wypełnionym na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego przedmiaru robót, a zamówienie podlega rozliczeniu w oparciu o ceny i stawki jednostkowe określone tym kosztorysem.
2. Wykonawca obowiązany jest dołączyć do oferty kosztorys.
Kosztorys powinien zawierać:
a) kosztorys uproszczony z podaniem cen jednostkowych wraz z podsumowaniem pozycji oraz kosztorysu,
b) wykaz cen czynników produkcji: materiałów, sprzętu, robocizny, kosztów pośrednich oraz zysku;
c) sumę wszystkich kosztorysów.

W przedmiarze robót dot. robót drogowych, zmodyfikowanym w wyniku odpowiedzi z dnia 6 grudnia 2013 r., zamawiający wymagał wykonania następujących robót:
1) poz. 1.7.1 – *Krawę niki kamienne wystające o wymiarach 18 x 25 cm, na podsypce*

piaskowej,
2) *poz. 1.7.5. – Chodnik z płyt granitowych o bokach obcinanych w kolorze rudo-szarym gr. 8 cm, na podsypce cementowo-piaskowej gr. 3 cm,*
3) *poz. 1.7.7. – Nawierzchnia z kostki granitowej nieregularnej o wysokości 5x5 cm na podsypce grysowej,*
4) *poz. 2.7.1 - Krawę niki kamienne wystające o wymiarach 18 x 25 cm, na podsypce piaskowej,*
5) *poz. 2.7.5 - Chodnik z płyt granitowych o bokach obcinanych w kolorze rudo-szarym* gr. 8 cm, na podsypce cementowo-piaskowej gr. 3 cm,
6) *poz. 2.7.7 - Nawierzchnia z kostki granitowej nieregularnej o wysokości 5x5 cm na podsypce grysowej.*

Ustalono ponadto, e w przedmiarze robót dotyczącym wykonania parkingu przy ul. Franciszkańskiej w Krośnie zamawiający wymagał wykonania następujących robót:
1) poz. 1.4. – Rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych mechanicznie, grubość nawierzchni 5 cm,

---

2) poz. 1.6. - Rozebranie podbudowy z mas mineralno-bitumicznych, rozbiórka mechaniczna, grubość podbudowy 7 cm,
3) poz. 2.3. *– Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi 0,60 m3 w ziemi kat. I-III uprzednio zmagazynowanej w hałdach z transportem urobku samochodami wyładowczymi na od. 10 km + utylizacja ziemi na wysypisku.*

Odwołujący zło ył kosztorys ofertowy dot. robót drogowych, w którym zaoferował wykonanie m.in. następujących robót:
1) poz. 1.7.1 – krawę niki kamienne wystające o wymiarach **20** x 25 cm, na podsypce piaskowej, za cenę jednostkową 101,22 zł za m (razem wartość pozycji 101,22 zł x 111 m = 11.235,42 zł),
2) poz. 1.7.5. – Chodnik z płyt granitowych o bokach obcinanych w kolorze **ółto-szarym** gr. 8 cm, na podsypce cementowo-piaskowej gr. 3 cm, za cenę jednostkową 411,35 zł za m2 (razem wartość pozycji 411,35 zł x 829 m2 = 341.009,15 zł),
3) poz. 1.7.7. – Nawierzchnia z kostki granitowej nieregularnej o wysokości 5x5 cm na podsypce **cementowo-piaskowej,**
4) poz. 2.7.1 - krawę niki kamienne wystające o wymiarach **20** x 25 cm, na podsypce piaskowej, za cenę jednostkową 101,22 zł za m (razem wartość pozycji 101,22 zł x 104 m = 10.526,88 zł),
5) poz. 2.7.5 - Chodnik z płyt granitowych o bokach obcinanych w kolorze **ółto-szarym** gr. 8 cm, na podsypce cementowo-piaskowej gr. 3 cm, za cenę jednostkową 411,35 zł za m2 (razem wartość pozycji 411,35 zł x 885 m2 = 364.044,75 zł),
6) poz. 2.7.7 - Nawierzchnia z kostki granitowej nieregularnej o wysokości 5x5 cm na podsypce **cementowo-piaskowej.**

Do kosztorysu załączył wykaz materiałów, w którym ujął m.in. krawę nik kamienny mostowy o wym. **20 x 25cm** oraz płyty granitowe o bokach obcinanych **w kolorze ółto-szarym** gr. 8 cm.

Ustalono nadto, e odwołujący zło ył wraz z ofertą kosztorys dotyczący parkingu przy ul. Franciszkańskiej, w którym wycenił m.in. następujące roboty:
*1) poz. 1.4. – Rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych mechanicznie, grubość nawierzchni **3 cm,***
*2) poz. 1.6. - Rozebranie podbudowy z mas mineralno-bitumicznych, rozbiórka mechaniczna, grubość podbudowy **4 cm,***
3) poz. 2.3. *– Roboty ziemne koparkami podsiębiernymi z transportem urobku samochodami wyładowczymi **do 1 km** w ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach, koparka 0,60 m3, grunt kat. I-III, spycharka 55 kW, samochód do 5 t.*

Ustalono nadto, e w kosztorysie ofertowym dotyczącym parkingu przy ul. Franciszkańskiej, w poz. 4.4., odwołujący zaoferował wykonanie chodnika z płyt granitowych obcinanych w kolorze rudo-szarym 20/40/60 cm gr. 8 cm, na podsypce cem-piaskowej gr. 12

cm, za cenę jednostkową **44.72 zł za m2.**

Ustalono równie , e w tym samym kosztorysie, w poz. 5.1., 5.2., 5.3., odwołujący zaoferował wykonanie krawę ników granitowych na podsypce cem-piaskowej o wym. 18 x 25 cm, za cenę jednostkową **24,03 zł za m.**

Zamawiający oceniając treść oferty stwierdził, e podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu niezgodności kosztorysów ofertowych w ww. pozycjach 1.7.1., 1.7.5, 1.7.7., 2.7.1., 2.7.5, 2.7.7., 1.4, 1.6., 2.3 z przedmiarami robót.

Krajowa Izba Odwoławcza zwa yła, co następuje.

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Oceniając ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, e treść oferty odwołującego nie jest zgodna z przedmiarem robót, stanowiącym część SIWZ we wszystkich kwestionowanych przez zamawiającego pozycjach kosztorysu ofertowego, zaś omyłki nie podlegają poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Jeśli chodzi o pozycje 1.7.1., 1.7.5, 1.7.7., 2.7.1., 2.7.5, 2.7.7. przedmiaru robót to dostrze enia wymagało to, e ostateczne brzmienie w tych pozycjach zostało ukształtowane w wyniku modyfikacji dokonanych przez zamawiającego odpowiedzią na pytania z 6 grudnia 2013 r. Pierwotne brzmienie przedmiarów robót wskazywano na materiały, które omyłkowo wymienił w swej ofercie odwołujący. Taka sekwencja zdarzeń, w ocenie Izby, prowadzi do wniosku, e wykonawca nie zastosował się do treści modyfikacji w wyniku omyłki, polegającej na pominięciu przy sporządzeniu oferty ww. zmiany SIWZ. Brak było podstaw do przyjęcia, aby było to działanie celowe i okoliczności takiej Izbie nie wykazano. Ponadto trudno byłoby przypuszczać, aby wykonawca świadomie chciał zło yć ofertę niezgodną z SIWZ, nara ając się na jej odrzucenie. Jednocześnie jednak brak było podstaw – aby wbrew treści oferty – ustalić, e wykonawca zaoferował w rzeczywistości roboty wymagane przez zamawiającego, a tylko wskutek zniekształcenia oświadczenia woli wpisał w kosztorysach nieprawidłowe materiały. Takie okoliczności faktyczne nie zostały Izbie wykazane adnym dowodem. Wniosku takiego w szczególności nie mo na było wyprowadzić z całości treści oferty. Nie wskazano adnego innego miejsca w ofercie, z którego wynikałoby, e w spornych pozycjach wykonawca de facto wycenił materiały prawidłowe, a jedynie wskutek

zniekształcenia jego oświadczenia woli zło onego w formie pisemnej, nie znalazło to odbicia w kosztorysach. Jedyny dowód, jaki odwołujący przedstawił, to pismo z firmy Przedsiębiorstwo Produkcji, Handlu i Usług Piramida w Kostrzy z 14 stycznia 2014 r., w oparciu o które wywodził, e prowadził korespondencję, której celem była dostawa płyt rudo-szarych. Dostrze enia wymagało jednak to, e swą ofertę wykonawca sporządzał w grudniu 2013 r., zaś pismo to sporządzono miesiąc później. Nie stanowiło ono zatem wiarygodnego dowodu na okoliczność intencji wykonawcy w momencie sporządzania oferty. Izba wzięła pod uwagę równie to, e omyłki natury pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp muszą mieć charakter oczywisty, z czego w orzecznictwie i piśmiennictwie wywodzi się, e muszą być widoczne od razu, fakt ich popełnienia musi niejako „narzucać się" odbiorcy oświadczenia. Tymczasem wniosku takiego nie mo na było wyprowadzić na podstawie analizy oferty, gdy wykonawca konsekwentnie wyceniał w jej treści materiały niewłaściwe. Podkreślenia wymagało to, e błąd występował bowiem nie tylko w spornych pozycjach kosztorysów ofertowych, ale i w załączanych do nich wykazach materiałów. Reasumując zatem Izba stwierdziła, e nie mo na przypisać omyłkom odwołującego znamion oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W tej sytuacji zachodziła konieczność rozwa enia mo liwości dokonania poprawy omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, je eli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrze eniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Norma prawna wynikająca z przywołanego przepisu jest jednoznaczna. Wynika z niej, e ka dorazowo przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty w ww. trybie zamawiający jest zobowiązany przeanalizować mo liwość poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do tego ostatniego przepisu „zamawiający *poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków*

zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty". Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają ró nego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem ró nego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powy szą intencję

ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. „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 uniewa nianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są mo liwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (…). Nale y równie podkreślić, e 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. Powy sze prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i mo e ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami."*

W ocenie Izby, wbrew stanowisku odwołującego, ewentualna poprawa omyłek, w analizowanym stanie faktycznym, nie mogła polegać wyłącznie na zamianie opisu pozycji (zamianie nazwy materiałów niewłaściwych na prawidłowe), przy jednoczesnym pozostawieniu cen obliczonych dla materiałów niewłaściwych. Taki sposób poprawy byłby zasadny w przypadku wykazania, e istotnie wykonawca wyceniał materiały prawidłowe albo udowodnienia, e ceny materiałów prawidłowych nie odbiegają od cen materiałów

adna z tych okoliczności nie została udowodniona. Stanowisko wycenionych w ofercie. odwołującego, i polskie zło a zawierają tylko granit w kolorze rudym, bądź rudo – ółtym nie świadczyły o tym, e niewątpliwie zaoferował on zamawiającemu płyty rudo-szare

adnego miejsca oferty nie wynikało bowiem, e jego pochodzących z polskich złó . Z intencją było zaoferowanie płyt z Polski. Nie było zaś sporne pomiędzy stronami, e na rynku występują równie płyty ółto-szare pochodzące z Chin, tańsze o tych pochodzących z Polski.

Podkreślenia wymaga fakt, e twierdzenia odwołującego, jakoby ceny materiałów prawidłowych i omyłkowo wskazanych w kosztorysie są identyczne pozostały gołosłowne.

adnego wiarygodnego dowodu. Na potwierdzenie stanowiska odwołującego nie zło ono

Ponadto twierdzenia te pozostawały częściowo w sprzeczności z treścią oferty samego odwołującego. Uszło jego uwadze, e w innych miejscach swojej oferty wycenił on bowiem tak e prawidłowe płyty granitowe w kolorze rudo-szarym, jak równie wymagane przez zamawiającego krawę niki o wymiarach 18 x 25 cm. Odwołujący przyznał w trakcie

rozprawy, e są to te same materiały, o których mowa w spornych pozycjach kosztorysu. Izba stwierdziła, e ceny materiałów właściwych, wycenione przez samego wykonawcę, ró niły się znacząco od cen materiałów w kwestionowanych pozycjach 1.7.1, 1.7.5., 2.7.1. 2.7.5 kosztorysu. Odwołujący w poz. 4.4. wycenił chodnik z płyt granitowych obcinanych w kolorze rudo-szarym 20/40/60 cm gr. 8 cm, na podsypce cem-piaskowej gr. 12 cm, za cenę

jednostkową 44.72 zł za m2, a zatem ok. 9-krotnie taniej ani eli płyty w kolorze ółto-szarym w pozycjach 1.7.5. i 2.7.5, których koszt wykonania oszacowano na 411,35 zł za m2. Analogiczna sytuacja dotyczyła krawę ników. Prawidłowe krawę niki o wymiarach 18 x 25 cm w poz. 5.1., 5.2., 5.3. wyceniono na 24,03 zł za m, podczas gdy w kwestionowanych pozycjach 1.7.1. i 2.7.1. niezgodne z SIWZ krawę niki o wym. 20 x 25 cm oszacowano na kwotę 101, 22 zł za m.

Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego, który po zwróceniu uwagi na ww. sprzeczności w swym stanowisku wywodził w trakcie rozprawy, e ceny jednostkowe płyt rudo-szarych i krawę ników o wym. 18 x 25 cm, zani ył po to, aby niejako „wyjść" na zało oną przez siebie cenę ofertową, zaś ewentualne niedobory w tych pozycjach miały być rekompensowane w kosztach innych robót. SIWZ zawierała jasne i precyzyjne wymagania co do kształtowania cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach. Uszło uwadze odwołującego, e w świetle pkt 14 SIWZ wynagrodzenie w tym postępowaniu miało być kształtowane na podstawie kosztorysu, a nie na odwrót. Ponadto roboty miały być rozliczane w oparciu o ceny i stawki jednostkowe określone kosztorysem. Zamawiający zawarł w SIWZ równie precyzyjne wymogi co do kształtowania poszczególnych cen jednostkowych. W myśl postanowień pkt 14 SIWZ ceny jednostkowe umieszczone przy poszczególnych pozycjach miały obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania danych robót, co oznaczało, e poszczególne ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach kosztorysu musiały uwzględniać koszty materiałów objętych tymi pozycjami. Powy sze rozwa ania prowadziły do wniosku, e poprawa niezgodności kosztorysu ofertowego odwołującego z SIWZ w pozycjach 1.7.1., 1.7.5, 2.7.1. i 2.7.5 musiałaby polegać na zastąpieniu materiałów nieprawidłowych na zgodne z SIWZ, obejmujące równie koszt tych materiałów.

Oceniając w aspekcie faktycznym i prawnym skutek ewentualnej poprawy Izba stwierdziła, e poprawa oferty odwołującego w zakresie płyt granitowych oraz krawę ników doprowadziłaby do istotnej zmiany oferty, niedopuszczalnej w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba oceniła zakres ewentualnej zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy, a tak e jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. Izba wzięła pod uwagę, e skoro w innych pozycjach kosztorysu odwołujący wycenił prawidłowe płyty granitowe w kolorze rudo-szarym oraz prawidłowe krawę niki, to zamawiający bez negocjacji z wykonawcą miał mo liwość wyceny robót obejmujących materiały zgodne z SIWZ. Poniewa – jak przywołano wcześniej - płyty granitowe w kolorze

rudo-szarym wyceniono na 44,72 zł za 1 m2 , zaś krawę niki o wym. 18 x 25 na 24,03 zł za 1m, to całościowa wycena robót w spornych pozycjach – po dokonaniu poprawy oferty odwołującego - wyglądałaby następująco:
1) w pozycji 1.7.1. - 24,03 zł x 111 m = 2.667,33 zł,
2) w pozycji 1.7.5. - 44,72 zł x 829 m 2= 37.072,88 zł,
3) w pozycji 2.7.1 - 24,03 zł x 104 m = 2.499,12 zł,
4) w pozycji 2.7.5 – 44,72 zł x 885 m 2 = 39.577,20 zł,

Tymczasem w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego, odwołujący wycenił roboty następująco:
1) poz. 1.7.1. – 11.235,42 zł,
2) poz. 1.7.5. – 341.009,15 zł,
3) poz. 2.7.1. – 10.526,88 zł,
4) poz. 2.7.5. – 364.044,75 zł.

Izba stwierdziła zatem, e w wyniku poprawy tylko tych czterech pozycji kosztorysu cenę ofertową odwołującego nale ało skorygować, tj. zmniejszyć o kwotę ok. 645.000 zł netto, co dawałoby ok. 793.000 zł brutto. Ró nica w cenie ofertowej po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtowałaby się na poziomie ok. 22% wobec ogólnej ceny ofertowej odwołującego na poziomie 3.534.165,93 zł brutto. W ocenie Izby, omyłkę takiego rzędu z pewnością nale ałoby uznać za znacząco zmieniającą treść oferowanego świadczenia. W ocenie Izby, przywołane wy ej okoliczności świadczą o tym, e poprawki miałyby istotne znaczenie z punktu widzenia treści oferty odwołującego. Oznaczało to brak mo liwości zastosowania instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba oceniła mo liwość dokonania poprawy omyłki w ofercie odwołującego dotyczącej zaoferowania niewłaściwej podsypki. W ocenie Izby, poprawa pozycji 1.7.7. i 2.7.7., w których odwołujący zaoferował zamiast podsypki grysowej

granitowej - podsypkę cementowo-piaskową, wymagałoby przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji z wykonawcą w przedmiocie wyceny podsypki grysowej, niedopuszczalnych w świetle art. 87 ustawy Pzp.

Dostrze enia wymagało, e w ofercie odwołującego pró no było szukać cen jednostkowych wykonania podsypki grysowej granitowej. Nie wiadomo równie , jaką część w cenie jednostkowej nieprawidłowej pozycji stanowiło u ycie niezbędnego sprzętu – tj. walca, który nie musi być stosowany przy wykonywaniu podsypki z grysu granitowego. W ofercie znajdowała się bowiem jedynie wycena wykonania nieprawidłowej podsypki cementowo-piaskowej. Ustalenie ceny robót zgodnych z SIWZ wymagałoby podjęcia przez zamawiającego dodatkowych działań polegających na zwróceniu się do odwołującego o podanie ceny podsypki grysowej, jak równie wyceny technologii jej wykonania, która jest

odmienna od technologii robót z u yciem podsypki cementowo-piaskowej. Wykonanie podsypki piaskowo-cementowej wymaga u ycia nie tylko odmiennych materiałów (piasku i cementu zamiast grysu granitowego), ale i u ycia innego sprzętu wynikającego z odmiennej technologii tych prac – m.in. walca statycznego samojezdnego. Ustalenie ww. ceny samodzielnie przez zamawiającego w oparciu o ofertę odwołującego nie było mo liwe. Musiałby, zamierzając dokonać poprawy omyłki, zwrócić się do odwołującego o przedstawienie dodatkowej kalkulacji tej pozycji. Jednak e takie działanie – w świetle art. 87 ustawy Pzp - jest niedopuszczalne. Oznaczałoby bowiem podjęcie przez zamawiającego niedozwolonych negocjacji z wykonawcą co do ceny ofertowej. Natomiast stanowisko odwołującego, jakoby koszt wykonania podsypek obu rodzajów był identyczny, pozostało gołosłowne. Nie przedstawiono bowiem na tę okoliczność adnego dowodu. Niezgodne z rzeczywistością okazało się równie stanowisko odwołującego, który wywodził, e zamawiający nie wskazał rodzaju kruszywa, z którego ma być wykonany grys. W odpowiedzi na pytanie nr 19 z 6 grudnia 2013 r. zamawiający w sposób jednoznaczny wypowiadał się bowiem o konieczności wykonania podsypki grysowej granitowej.

Zdaniem Izby, podjęcia negocjacji z wykonawcą wymagałaby równie poprawa pozycji 2.3 kosztorysu. Odwołujący w opisie tej pozycji nie wycenił utylizacji ziemi na wysypisku. Ponadto zaoferował wywóz urobku samochodami do 1 km, podczas gdy zamawiający wymagał w przedmiarze robót wywozu na odległość 10 km. Poniewa odwołujący wycenił jedynie transport na odległość do 1 km i nie wycenił kosztów utylizacji na wysypisku, poprawa niezgodności z SIWZ w tej pozycji wymagała wezwania wykonawcy do dokonania wyceny brakujących robót, co w świetle art. 87 ustawy Pzp prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

Z analogicznych względów za niedopuszczalną nale ało uznać równie poprawę omyłek, jakich odwołujący dopuścił się w poz. 1.4. i 1.6. kosztorysu. W pozycji 1.4 odwołujący zaoferował mechaniczne rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych o gr. 3 cm, podczas gdy zamawiający wymagał 5 cm. Z kolei w pozycji 1.6 zaoferowano mechaniczne rozebranie podbudowy z mieszanek mineralno-bitumicznych o gr. 4 cm, podczas gdy zamawiający ądał rozbiórki podbudowy o grubości 7 cm. Niewątpliwie omyłka odwołującego nie była zamierzona i wynikła ze scalenia w opisie pozycji przedmiaru robót dwóch pozycji katalogu nakładów rzeczowych (KNR). To, e w tych pozycjach scalono dwie pozycje z KNR przyznał w trakcie rozprawy zamawiający. Jednak e, taka konstrukcja przedmiaru nie zwalniała odwołującego z zastosowania się do opisu pozycji przedmiaru. Je eli bowiem istotnie nr KNR wskazywał na dwie pozycje katalogowe, to opis rozwiewał wątpliwości, które pozycja jest właściwa. W tej sytuacji, obowiązkiem wykonawcy było

zaoferowanie robót zgodnie z opisem, czego jednak odwołujący zaniechał. Wobec powy szego, poprawa niezgodności z SIWZ w omawianych pozycjach wymagała wezwania wykonawcy do dokonania wyceny brakujących robót, co w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

W konsekwencji Izba stwierdziła, e zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i art. 87

ust.1 i 2 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, je eli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mo e mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wy ej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powy sze pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

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

Przewodniczący: ……..…