Sygn. akt: KIO 784/11

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Navimor-Invest S.A., ul. Grunwaldzka 212, 80-266 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5, 24-120 Kazimierz Dolny**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5, 24-120 Kazimierz Dolny** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Navimor-Invest S.A., ul. Grunwaldzka 212, 80-266 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Gminy Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5, 24-120 Kazimierz Dolny** na rzecz **Navimor-Invest S.A., ul. Grunwaldzka 212, 80-266 Gdańsk** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Lublinie.**

Przewodniczący:

……..……..……

Sygn. akt: KIO 784/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminę Kazimierz Dolny, ul. Senatorska 5, 24-120 Kazimierz Dolny (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Przebudowa i modernizacja portu jachtowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą realizowanego jako zadanie nr 1 „Kazimierz Dolny – przebudowa i modernizacja portu jachtowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą” w ramach projektu: „Wykorzystanie walorów rzeki Wisły w celu budowy wspólnego produktu turystycznego przez Kazimierz Dolny, Puławy i Janowiec” dofinansowanego z Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007-2013, osi priorytetowej 6 Polska gospodarka na rynku międzynarodowym, działanie 6.4 Innowacje w produkty turystyczne o znaczeniu

ponadregionalnym.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2011 r. zamawiający, pismem przesłanym w formie faksu, zawiadomił wykonawców, w tym wykonawcę Navimor-Invest S.A., ul. Grunwaldzka 212, 80-266 Gdańsk (dalej: „odwołujący" lub „Navimor-Invest") o odrzuceniu jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja") oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (dalej: „przystępujący" lub „Warbud"). W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał, że odwołujący w kosztorysie ofertowym – roboty hydrotechniczne w poz. 15 d.2 umieścił i wycenił kontenery sanitarne 1 komplet z kwotę 109 450 zł netto, co stanowi niezgodność oferty ze specyfikacją, której zamawiający nie może poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie powodując istotnych zmian w treści oferty.

W dniu 15 kwietnia 2011 r. Navimor - Invest wniósł odwołanie w którym zarzucał czynnościom zamawiającego naruszenie przepisów ustawy a także wskazywał na zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego, do których był zobowiązany, tj.:

1. niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego;
2. zaniechanie dokonania czynności, do której był zamawiający jest zobligowany przepisami Pzp - określonej w art. 87 ust.2 pkt. 3 Pzp – w przypadku uznania, iż w istocie treść oferty nie odpowiadała treści siwz;
3. przeprowadzenie badania i oceny ofert w sposób sprzeczny z przepisami Pzp;
4. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad prowadzenia postępowania wobec dokonania wyboru oferty mniej korzystnej niż oferta odwołującego.

Navimor-Invest zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w wyniku błędnego uznania, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz,
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny.

Z ostrożności - w przypadku uznania przez Izbę stanowiska zamawiającego i uznania, iż uwzględnienie przez odwołującego dostawy kontenerów sanitarnych stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, odwołujący wskazywał, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy:

1. art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oferty odwołującego poprzez wykreślenie pozycji nie wymaganych przez zamawiającego i dokonanie związanej z tym korekty wartości oferty oraz zaniechanie zawiadomienia o tym odwołującego, w wyniku czego doszło do bezprawnego odrzucenia jego oferty;
2. art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie iż oferta nie odpowiada treści siwz i zaniechanie dokonania poprawek w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy, co doprowadziło do bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę WARBUD,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego z przedmiotowego postępowania,
3. dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Z ostrożności - w przypadku uznania przez Izbę stanowiska zamawiającego i

uznania, iż uwzględnienie przez odwołującego dostawy kontenerów sanitarnych stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz, odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę WARBUD,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z przedmiotowego postępowania,
3. nakazania zamawiającemu dokonania poprawy w ofercie odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp,
4. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Navimor-Invest wskazywał, że w czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty z uwagi na podaną przez zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią siwz uznać należy za naruszającą art. 89 ust. 1 pkt.2 Pzp jako, że w opinii odwołującego takiej niezgodności brak. Podnosił, że § 3 ust.1 specyfikacji określał przedmiot oraz wielkość lub zakresu zamówienia poprzez ogólny opis czynności koniecznych do realizacji zamówienia, a jednocześnie w ust. 2 wskazywał, iż szczegółowy opis zamówienia określały: wzór ogólnych warunków umowy, przedmiar robót, projekt budowlany. Zwracał uwagę, iż w § 12 ust. 3 siwz jednoznacznie ustalono, iż podstawą obliczenia ceny będzie przedmiar robót opracowany przez wykonawcę, a przedmiar robót opracowany przez zamawiającego i przekazany wykonawcy stanowi jedynie podstawę informacyjną. W ocenie odwołującego nieujęcie w niniejszej sprawie w przedmiarze robót opracowanym przez zamawiającego kontenerów sanitarnych nie stanowi z pewnością o wyłączeniu ich z zakresu zobowiązania wykonawcy - odwołującego. Stąd prawidłowe ustalenie pełnego zakresu robót i czynności koniecznych dla wykonania przedmiotu zamówienia wymagało oparcia się na ogólnym opisie zamówienia zawartym w § 3 ust.1 siwz, a także na projekcie budowlanym. Zdaniem odwołującego w sytuacji gdy ustalono, iż przedmiar robót zawiera dane mniej szczegółowe niż projekt budowlany w oparciu, o który odwołujący wykonywać miał przedmiot zamówienia, należało zakres prac rozszerzyć o dane wynikające z projektu. Wskazywał, że w „Projekcie zagospodarowania terenu przystani wodnej w Kazimierzu Dolnym" w punkcie 13.2 Rozwiązań technicznych zawierał się opis techniczny kontenerów sanitarnych wraz ze szczegółowym wskazaniem parametrów technicznych tych kontenerów. Wobec tego, skoro w projekcie będącym podstawowym na etapie realizowania zadania dla wykonawcy wyznacznikiem zakresu jego zobowiązania jednoznacznie przewiduje się wykonanie nie tylko podłączeń kontenerów sanitarnych do sieci energetycznej, instalacji wodociągowej i sanitarnej, ale także opis techniczny i

parametry techniczne tych kontenerów wraz z ilością poszczególnych typów to odwołujący nie widział uzasadnienia, dla którego nie miał uwzględnić tych kontenerów w kosztorysie. Kolejno, odwołujący pokreślał, że w celu ustalenia na etapie wykonywania projektu w tym zakresie czy przedmiotowe roboty (podłączenia do sieci energetycznej i instalacji, wykopy, zbrojenie) zostały wykonane prawidłowo koniecznym jest również dokonanie montażu kontenerów. W ocenie odwołującego, fakt, iż z opisu technicznego wynika, że kontenery docelowo mają funkcjonować sezonowo, a w razie zagrożeń powodziowych powinny zostać wywiezione nie ma wpływu na zakres zobowiązania wykonawcy, który powinien te kontenery zgodnie z projektem dostarczyć i zamontować. Odwołujący twierdził, iż przyjęty przez niego w kosztorysie zakres prac bez wątpliwości zapewni realizację przedmiotu zamówienia w całości. Zdaniem odwołującego zamawiający nakazał w celu szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia badać projekt budowlany, w którym jednoznacznie opisane zostały roboty polegające na przyłączeniu do sieci instalacji kontenerów sanitarnych, ale również podane zostały szczegółowo parametry techniczne samych kontenerów, to odwołujący zasadnie uwzględnił w kosztorysie również koszt kontenerów jako elementu wyposażenia koniecznego do zrealizowania przedmiotu zamówienia w całości.

Z ostrożności - w przypadku gdyby Izba nie przychyliła się do ww. stanowiska w przedmiocie zasadności uwzględnienia kosztu kontenerów sanitarnych, odwołujący podnosił, iż tego rodzaju niezgodność zamawiający powinien poprawić w trybie art. 87 ust.2 pkt. 3 Pzp. Odwołujący wywodził, iż mając na względzie treść projektu uwzględniającą kontenery sanitarne, odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu o konieczności umieszczenia ich w kosztorysie. Zatem skoro na obecnym etapie zamawiający uznaje tę

pozycję za niewymaganą przez niego, to uznać należy taką niezgodność za omyłkę. Tym samym, w ocenie odwołującego w niniejszej sprawie pozostaje niewątpliwym, iż jeżeli zamawiający uznał łatwą do wykrycia - pozycję w kosztorysie w postaci kontenerów sanitarnych to poprawa tej niezgodności jest oczywista, tzn. wykreślenie tej pozycji i dokonanie odpowiedniej korekty ceny ofertowej. W ocenie odwołującego nie zmieni to oświadczenia woli odwołującego w przedmiocie zaoferowanej ceny, ponieważ usunięcie z kosztorysu świadczenia w postaci dostawy kontenerów wiąże się z odpowiednią zmianą kwoty oferty dla całości zamówienia. Odwołujący wyjaśniał, że poprawy ww. omyłki zmawiający może dokonać samodzielnie - bez udziału odwołującego. Zdaniem odwołującego poprawki polegające na wykreśleniu z kosztorysu pozycji niewymaganych przez zamawiającego i związana z tym korekta wartości oferty zarówno w jej aspekcie materialnym, jak i formalnym nie powinny być uznane za istotne, zatem są możliwe do przeprowadzenia. Zmiana w ofercie odwołującego nie byłaby znacząca, tym bardziej, że zarówno przed dokonaniem poprawki jak i po - oferta ta pozostaje najkorzystniejszą.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię ww. odwołania.

W dniu 18 kwietnia 2011 r. zamawiający, w formie faksu, przesłał kopię odwołania Navimor – Invest wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 20 kwietnia 2011 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca Warbud.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2011 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie w który wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt. 2 ww. paragrafu wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określają:

1) wzór ogólnych warunków umowy (dodatek nr 8 do siwz),
2) przedmiar robót (dodatek od nr 9 do nr 11 do siwz),
3) projekt budowlany (dodatek od nr 12 do nr 56 do siwz).

Przedmiar robót – branża hydrotechniczna (dodatek nr 9 do siwz) w pkt. 2 – Kontenery sanitarne i miejsce na odpadki – w pozycjach od 10 d. 2 do do 15 d. 15 zamawiający określił wymagania w zakresie ww. kontenerów oraz miejsc na odpadki. Przywołane powyżej pozycje nie obejmują dostawy kontenerów sanitarnych.

W pkt. 13.2 - kontenery sanitarne i miejsce na odpadki - projektu wykonawczego pt. Projekt zagospodarowania terenu przystani wodnej w Kazimierzu Dolnym wskazano między innymi, że przewiduje się miejsce na ustawienie sezonowo kontenerów sanitarnych obsługujących przystań oraz pole namiotowe. W okresach zagrożenia powodziowego oraz wysokich stanów wody kontenery będą wywożone z terenu przystani. Kontenery podłączone do sieci energetycznej, instalacji wodociągowej i sanitarnej. Planuje się ustawienie kontenerów:

- 2 kontenerów sanitarnych Typ SA 20’ o wymiarach 6,05x2,44 m,
- 1-go kuchenno-sanitarnego o wymiarach 6,05x2,44 m,
- kabiny kontenerowo sanitarnej dla osób niepełnosprawnych o wymiarach 1,65x2,2 m.

W § 13 pkt. 1 siwz zamawiający określił, że jako kryterium wyboru oferty przyjmuje najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, przypisując w jej wagę 100 pkt.

Odwołujący w złożonej ofercie (w formularzu ofertowym) zaoferował wykonanie

przedmiotu zamówienia za cenę 2.427.041,17 zł. brutto (wraz z obowiązującą stawką podatku VAT). W załączonym do oferty kosztorysie ofertowym – roboty wod – kan – w dziale kontenery sanitarne i miejsca na odpadki odwołujący w pozycji 15' d. 2 podano: „kontenery sanitarne – 1 kpl. – cena w złotych 109.450,00". Izba ustaliła, że wartość kompletu kontenerów podana w kosztorysie ofertowym jest wartością netto.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Warbud.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty Navimor-Invest w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako niezgodnej z siwz z uwagi na fakt, że wykonawca w kosztorysie ofertowym przewidział dostawę kontenerów sanitarnych. Przedmiot sporu sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy dokumentacja przetargowa w przedmiotowym postępowaniu przewiduje dostawę kontenerów sanitarnych, na które zdaniem Izby należy odpowiedzieć przecząco.

Zamawiający w specyfikacji jasno wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w trzech rodzajach dokumentów, które stanowiły załączniki do specyfikacji, tj. wzór ogólnych warunków umowy, przedmiar robót, projekt budowlany. W ocenie Izby z żadnego z ww. dokumentów nie wynika wprost obowiązek dostarczenia

kompletu kontenerów sanitarnych. Odnosząc się do zapisów przedmiaru robót, Izba po dokonaniu analizy dokumentacji stwierdziła, że pozycje w dziale – kontenery sanitarne i miejsce na odpadki – nie obejmują dostawy kontenerów sanitarnych. Izba podkreśla, że w przypadku, gdy zamawiający wymagał dostawy określonych urządzeń, zostało to przez niego wyraźnie wskazane w przedmiarze robót, np. dostawa pojemników do segregacji odpadków typu Otto.

Nie sposób zgodzić się również ze stanowiskiem odwołującego, który z treści projektu budowlanego wywodził obowiązek uwzględnienia w ofercie kosztu dostawy kontenerów sanitarnych. W ocenie Izby zapisy w projekcie wykonawczym wskazujące, że przewiduje się miejsce na ustawienie sezonowo kontenerów sanitarnych obsługujących przystań oraz pole namiotowe oraz podanie typów kontenerów, nie przesądzają o konieczności uwzględniania w treści oferty kosztów związanych z dostawą ww. urządzeń. Szczególnie, że w przedmiotowym postępowaniu przedmiar robót - który uszczegóławiał projekt budowlany – i zawierał wyspecyfikowane są w nim materiały oraz ilości, nie przewidywał dostawy tego rodzaju urządzeń, tj. kontenerów sanitarnych.

Izba uznała za chybioną argumentację odwołującego, który podnosił, że na rynku funkcjonuje kilkanaście rodzajów kontenerów sanitarnych o różnych wymiarach oraz sposobach konstrukcji. Tym samym określony rodzaj kontenera wymaga specyficznych prac technicznych z tym związanych, np. posadowienie stopnia do wejścia do kontenera, rozmieszczenia przyłączy, jak również określenia miejsca usytuowania przyłącza kanalizacyjnego, które może znajdować się w zależności od rodzaju kontenera w rożnych miejscach.

W omawianym zakresie Izba podzieliła argumentację i stanowisko zamawiającego prezentowane na rozprawie, który wskazywał, że kontenery sanitarne są urządzeniami modułowymi o prostej konstrukcji, natomiast przewidziane w projekcie budowlanym rozwiązania techniczne polegające na połączeniu kontenerów za pomocą „szybkozłączy", tj.

przewodów miękkich, umożliwiają w każdym miejscu i w każdym czasie posadowienie, zamontowanie oraz demontaż ww. urządzeń. Zamawiający wskazywał również, że kształtki kanalizacyjne umożliwiają ułożenie przewodu w każdej odległości, natomiast spadek jest minimalny i został określony na poziomie 0,5%, czyli 0,5 cm na metr. Wobec tego, z przewidywanego w dokumentacji budowlanej oraz przedmiarze robót rodzaju prac budowlanych, nie sposób wywieść konieczności dostawy kontenerów, które stanowią gotowe moduły nie stwarzające trudności w montażu oraz nie wymagające zastosowania specyficznych rozwiązań technicznych w zakresie podłączenia.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom zmawiającego, że teren na który będą posadowione kontenery jest umiejscowiony w strefie zalewowej, wobec tego zamawiający mógłby

---

eksploatować znajdujące się tam kontenery sanitarne jedynie przez 4 miesiące w roku. Tym samym za niecelowe należy uznać wydatkowanie środków finansowych przez zamawiającego, podczas gdy zamawiający może takie kontenery wydzierżawić i wówczas dostawą i obsługą ww. kontenerów będzie zajmowała się wyspecjalizowana w tym zakresie firma.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w sprawie Izba uznała prawidłowość stanowiska zamawiającego i uznania, iż uwzględnienie przez odwołującego dostawy kompletu kontenerów sanitarnych w złożonej ofercie (kosztorysie ofertowym) stanowi niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Izba stwierdzając, że wykonawcy w oparciu o zapisy siwz nie byli zobligowani do ujmowania w kosztorysie ofertowym kosztów dostawy kontenerów sanitarnych, kolejno odniosła się do zarzutu dotyczącego zaniechania poprawienia w treści oferty odwołującego omyłki poprzez wykreślenie pozycji dotyczącej dostawy kontenerów sanitarnych jako nie wymaganej przez zamawiającego i dokonanie związanej z tym korekty wartości oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby bezsporna jest niezgodność oferty odwołującego ze specyfikacją w przedmiotowej sprawie w aspekcie realizacji nałożonego na wykonawców obowiązku wycenienia poszczególnych pozycji robót według przedmiaru robót w branży hydrotechnicznej stanowiącego załącznik do siwz. Wobec dodania przez odwołującego i wyceny pozycji nie wymaganej przez zamawiającego, nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż oferta zawiera błąd w zakresie materialnym. I tak: odwołujący w kosztorysie ofertowym dodał jedną pozycję, której zamawiający nie wymagał (poz. 15’ d.2).

Izba potwierdza, że zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodność zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba podzieliła opinię i stanowisko odwołującego i potwierdziła możliwość, a w

konsekwencji obowiązek zamawiającego, poprawienia oferty Navimor-Invest w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie omyłek zawartych w kosztorysie ofertowym.

Odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. Bezspornym jest, że w przedmiotowej sytuacji wykonawca dokonał niewłaściwej interpretacji zapisów specyfikacji co miało bezpośrednie przełożenie na treść złożonej przez niego oferty. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae netogtii.* Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Odnosząc powyższe do przedmiotowego przypadku stwierdzić należy, iż przeprowadzenie postulowanych przez odwołującego poprawek w treści jego oferty zwiększyłoby o niespełna 134.623,50 zł brutto (tj. o 5,5%) wartość brutto kwoty oferty odwołującego. Uwzględniając powyższe, proporcje oraz charakter określenia i

wyliczenia wartości roboty budowlanej, stwierdzić należy, iż zmiana polegająca na wykreśleniu pozycji nie wymaganej przez zamawiającego oraz związanej z tym korekcie wartości oferty zarówno w jej aspekcie materialnym, jak i formalnym nie powinna być uznawana za istotną i niemożliwą do przeprowadzenia. Szczególnie, że jak ustaliła Izba oferta odwołującego pomimo, że zawiera koszt pozycji nie wymaganych przez zamawiającego jest ofertą najtańszą.

Ponadto, 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. Oznacza to, że „oczywistość" omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Tego typu sytuacja w rozpatrywanym przypadku nie zachodzi. Zmawiający w przedmiarze robót jasno wskazał zakres i ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu ofertowego. Wobec tego bez trudności stwierdził, że odwołujący w kosztorysie ofertowym w branży hydrotechnicznej dodał jedną pozycję, która obejmowała dostawę kompletu kontenerów sanitarnych, której to zamawiający nie wymagał. W związku z powyższym zdaniem Izby zamawiający winien poprawić ofertę Navimor-Invest poprzez wykreślenie w kosztorysie ofertowym pozycji dotyczącej dostawy kontenerów sanitarnych (poz. 15' d. 2) a następnie należy skorygować kwotę ceny ofertowej poprzez jej pomniejszenie o kwotę zawartą w przywołanej powyżej pozycji wraz z należnym podatkiem VAT.

Izba wskazuje, iż nakazanie zamawiającemu przywrócenia oferty odwołującego do

postępowania oraz dokonania poprawienia jej treści w oparciu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest równoznaczne z koniecznością powtórzenia wszelkich niezbędnych czynności w postępowaniu, które wiążą się z pozostawaniem w postępowaniu ważnej oferty, która według kryteriów oceny ofert pozostaje ofertą najkorzystniejszą, typu: powtórzenie oceny ofert i ewentualny wybór tej oferty, chyba, że zajdą przesłanki unieważnienia postępowania lub

wykluczenia wykonawcy albo odrzucenia jego oferty w związku z wystąpieniem innych okoliczności niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zamawiającego w związku z odrzuceniem oferty odwołującego bez uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a tym samym potwierdza naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty odwołującego w zakresie poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym Navimor-Invest. Izba stwierdziła, że dokonanie wyboru ofert przystępującego jako najkorzystniejszej należy uznać za naruszenie przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ oferta odwołującego, biorąc pod uwagę kryterium ceny, jest ofertą przedstawiający korzystniejszą cenę niż oferta Warbud. W konsekwencji ww. naruszenia ustawy Izba stwierdziła nierespektowanie przez zamawiającego postanowień art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 § 5 ust. 2 pk1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła kosztów odwołującego związanych z dojazdem w kwocie 569,18 zł oraz wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, ponieważ pełnomocnik odwołującego do zamknięcia rozprawy nie przedstawił w tym zakresie dokumentów w postaci rachunku lub faktury VAT wymaganych § 3 ust. 2 powyższego rozporządzenia.

Przewodniczący:

……