

WYROK
z dnia 7 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2011 roku** przez wykonawcę **Marka Stobierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany Miech-Bud Marek Stobierski, z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gdański Uniwersytet Medyczny, 80-210 Gdańsk, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3A**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, powtórzenie badania i oceny ofert z oferty czynności uwzględnieniem Odwołującego się oraz okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu**

- 2. kosztami postępowania obciąża Gdański Uniwersytet Medyczny 80-210 Gdańsk, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3A:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Marka Stobierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany Miech-Bud Marek Stobierski, z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,**

 - 2) zasądza od Zamawiającego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy Marka Stobierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany Miech-Bud Marek Stobierski, z siedzibą w Gdańsku kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika strony.**

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 zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu **30 maja 2011 roku** (pismem z dnia 27 maja 2011 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone na podstawie art. 180 ust. 1 i ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 Nr 113 poz. 759 z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą Pzp” przez Odwołującego się wykonawcę **Marka Stobierskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany Miech-Bud Marek Stobierski, z siedzibą w Gdańsku (80-166) przy ul. W. Mozarta 32** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gdański Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Gdańsku** w trybie przetargu nieograniczonego na „Ocieplenie ścian

zewnątrznych wraz z wykonaniem elewacji oraz ociepleniem dachów budynku Collegium Biomedicum."

Odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, dokonanej w dniu **24 maja 2011 roku**, o której to czynności Odwołujący został zawiadomiony w formie faxu tego samego dnia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, w związku z uznaniem że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) i podlega odrzuceniu, w konsekwencji czego oferta Odwołującego nie była brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty,
- art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp
- 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny, przy kryterium oceny ofert - najniższej cenie.

Z ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem czynności wyjaśnienia treści oferty i zaniechaniem czynności poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Firmy Handlowo-Usługowej EKO-TAP Jerzy Grajczyński,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. przyznanie Odwołującemu kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600,00 zł, poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, które zostaną potwierdzone przez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Z ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ Odwołujący wnosił o:

1. nakazania dokonania wyjaśnienia treści oferty Odwołującego lub poprawy omyłek w ofercie Odwołującego, polegających na niezgodności oferty ze SIWZ,

Interes prawny Odwołującego w złożeniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na odrzuceniu oferty Odwołującego przez Zamawiającego, polega na tym że w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, oferta Odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszej pozycji i w konsekwencji uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 22 kwietnia 2011 r. pod nr 123113-2011, wpłynęły dwie oferty. Kryterium wyboru ofert określonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu była najniższa cena.

W dniu 24 maja 2011 roku Odwołujący otrzymał pismo o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty Firmy Handlowo-Usługowej EKO-TAP Jerzy Grajczyński oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający zarzucił Odwołującemu niezgodność oferty z treścią SIWZ, polegającą na braku uwzględnienia w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym:

- w pozycji 1.1.9, 1.1.10 i 1.1.11 wykonania izolacji cieplnych systemem dwuwarstwowym przy użyciu płyt z wełny mineralnej,
- w pozycji 1.1.13 wykonania kominków wentylacyjnych warstwy pokrywowej.

Odwołujący nie podziela argumentacji zaprezentowanej Zamawiającego, jako że jest sprzeczna z zapisami SIWZ i obowiązującymi przepisami.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił ryczałtowy charakter ceny oferty i pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego dla obliczenia ryczałtowej ceny oferty. Na ryczałtowy charakter wynagrodzenia w rozumieniu art. 632 §1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, wskazują postanowienia rozdziału XII (opis sposobu obliczenia ceny) pkt 5 SIWZ oraz § 4 ust. 1, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, projektu umowy. Jednocześnie w rozdziale XII pkt 4 SIWZ, Zamawiający określił że „dla ułatwienia wyliczenia ceny oferty i sporządzenia kosztorysu ofertowego Zamawiający przekazuje jako załącznik nr 7 do SIWZ przedmiar robót”. W pkt 6 i 7 przytoczonego rozdziału SIWZ Zamawiający dodatkowo potwierdził że Wykonawca ma obowiązek uwzględnić w kalkulacji ceny oferty także wartość robót nie objętych przedmiarem

oraz wskazał że odpowiedzialność za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca. Tym samym Zamawiający sam w zapisach SIWZ przyznał że cena oferty i wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, a kosztorys ofertowy ma jedynie charakter informacyjny i pomocniczy dla wyliczenia ryczałtowej ceny oferty.

Wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z definicją z art. 632 ust. 1 KC oznacza wynagrodzenie niezmienne, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Istotę wynagrodzenia ryczałtowego stanowi określenie tego

wynagrodzenia jako przysługującego wykonawcy z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 8 maja 2003 r. (sygn. akt: II CKN 46/01), wyroku z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CKN 913/97), oraz w wyroku z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: U CKN 913/97). Przy tak sformułowanym charakterze wynagrodzenia oraz w świetle zapisów rozdziału XII SIWZ, należy podkreślić, że załączony do oferty kosztorys ofertowy pełni jedynie funkcję informacyjną i pomocniczą, a rzekome rozbieżności między treścią niektórych jego składników kalkulacyjnych w stosunku do treści przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią SIWZ skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 2 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 616/08, oraz Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 5 czerwca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1585/06, za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca, a jeżeli w takim wypadku zamawiający wymaga opracowania przez wykonawcę kosztorysu ofertowego „winien traktować przekazany w ramach SIWZ przedmiar robót, jako dokument informacyjny”. Informacyjno-pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia potwierdzają także wyroki KIO: wyrok z dnia 15 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 65/07, wyrok z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1439/09, oraz wyrok z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 593/10.

W drugiej kolejności Odwołujący zauważył, iż nawet w przypadku uznania za irrelevantny charakter wynagrodzenia i jednocześnie uznania sprzeczności oferty z treścią SIWZ, analiza kosztorysu ofertowego Odwołującego wyraźnie wskazuje że nie ma on niezgodności w stosunku do przedmiaru wskazanych przez Zamawiającego, których poprawienie skutkowałoby istotną zmianą w treści oferty, lub które nie mogłyby być wyjaśnione na zasadach określonych w art. 87 ustawy Pzp. Pozycje kosztorysu ofertowego nr 1.1.9, 1.1.10 i 1.1.11 zawierają następujący opis: „izolacje cieplne dachów płaskich systemem dwuwarstwowym wentylowanym wełną mineralną (...)”, podczas gdy opis odpowiadających pozycji w przedmiarze brzmi „izolacje cieplne dachów systemem dwuwarstwowym wentylowanym na dachu monolitycznym wykonane płytami z wełny mineralnej (...)”. Z przytoczonego opisu kosztorysu w żaden sposób nie wynika, że Odwołujący nie uwzględnił wykonania izolacji cieplnych systemem dwuwarstwowym przy użyciu płyt z wełny mineralnej, co zarzuca mu Zamawiający, wręcz przeciwnie jedyna różnica w opisie polega na braku użyciu słów „płyt” oraz „na dachu monolitycznym”. Zgodnie ze sztuką budowlaną oczywiste jest że izolacje cieplne montuje się z płyt, a jeżeli Zamawiający miał jakieś wątpliwości do treści tych pozycji powinien był zwrócić się do Odwołującego o ich wyjaśnienie. Co do pozycji 1.1.13, to jej opis w kosztorysie ofertowym jest identyczny jak w przedmiarze robót. Decydujące znaczenie co do tożsamości robót w kosztorysie w stosunku do odpowiadających im pozycji w przedmiarze, ma przede wszystkim fakt opisanie ich tym samym katalogiem KNR, a różnica w opisie wynika jedynie z faktu zastosowania innego niż zamawiający programu do

kosztorysowania, do czego wykonawca ma prawo. Przy czym zastosowanie numeru KNR jednoznacznie wskazuje na zamiar wykonania robót określonych w rozmiarze i w sposób wymagany przez Zamawiającego, a opis pozycji ma charakter wyłącznie pomocniczy. Zdaniem Odwołującego nieistotne różnice w opisach pozycji można wyjaśnić lub poprawić na zasadach określonych w przytoczonych pozycjach ustawy Pzp.

W świetle powyższych okoliczności należy uznać że działania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Odwołującego nie zawiera bowiem w treści żadnych błędów (gdyż kosztorys jest jedynie dokumentem pomocniczym), a jeśli nawet uznać że nieistotne zmiany w opisie pozycji są błędem to można taki błąd usunąć na zasadach określonych

w ustawie prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym Odwołujący wnosił się o wydanie wyroku jak w petitum niniejszego odwołania.

Odwołujący oświadczył że przesłał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu w formie faxu, przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

W dniu **30 maja 2011 roku** Zamawiający powiadomił pozostałych uczestników postępowania o wniesieniu odwołania w prowadzonym postępowaniu.

W dniu **1 czerwca 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą faksu nadesłano zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Jerzego Grajczyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Jerzy Grajczyńskiego EKOTAP z siedzibą w Gdańsku**. W dniu 2 czerwca 2011 roku zgłoszenie nadesłano również w formie e-maila.

Do momentu otwarcia posiedzenia Zamawiający nie przedstawił odpowiedzi na piśmie na odwołanie.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone w pismach procesowych.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 5 622 653,30 zł, co stanowi równowartość 1 464 614,04 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 kwietnia 2011 roku, pod numerem 123113.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła **nie dopuścić** zgłaszającego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego z uwagi na brzmienie art. 185 ust. 2

ustawy Pzp i niedotrzymanie 3 dniowego terminu oraz formy pisemnej na doręczenie przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej.

Po drugie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów niewłaściwego odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Ocieplenie ścian zewnętrznych wraz z wykonaniem elewacji oraz ociepleniem dachów budynków Collegium Biomedicum”.

W SIWZ Zamawiający w rozdziale II – Opis przedmiotu zamówienia- wskazał, że zakres robót obejmuje docieplenie ścian zewnętrznych budynku do poziomu fundamentów, wykonanie izolacji pionowej ścian fundamentowych, docieplenie stropodachów budynku, wymianę rynien, rur spustowych oraz obróbek blacharskich, częściową wymianę stolarki zewnętrznej okiennej i drzwiowej oraz wykonanie instalacji odgromowej. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został określony w dokumentacji projektowej (załączniki nr 5 i 5.1 do SIWZ), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (załącznik nr 6 do SIWZ) oraz przedmiarze robót w pozycjach 11.1 do 12.14 (załącznik nr 7 do SIWZ). Wskazano także, że zakres robót określony w pozycjach 11.1 do 12.14 przedmiaru nie został ujęty w dokumentacji projektowej. Ale, aby oferowana wartość zamówienia obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem całości zamówienia, należy uwzględnić w wycenie również wskazane pozycje przedmiaru.

W rozdziale VI – Opis sposobu przygotowania ofert – wskazano, że oferta musi zawierać kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową.

W rozdziale XII – Opis sposobu obliczenia ceny oferty – wskazano, iż cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia, oraz warunkami jego realizacji określonymi w SIWZ. Dla ułatwienia wyliczenia ceny oferty i sporządzenia kosztorysu ofertowego Zamawiający przekazał załącznik nr 7 do SIWZ, tj.

przedmiar robót. Z rozdziału niniejszego wynikało również, że cena ryczałtowa netto podana w ofercie i powiększona o podatek VAT stanowić będzie ostateczne wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów tych robót i innych świadczeń.

Kryterium oceny ofert określono jako cena oferowana brutto – waga 100%.

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 2 oferty.

W dniu 24 maja 2011 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty

najkorzystniejszej Firmy Handlowo-Usługowej EKO-TAP Jerzy Grajczyński oraz odrzuceniu oferty Odwołującego się obecnie wykonawcy ze względu na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, że wykonawca w kosztorysie ofertowym nie uwzględnił w pozycji 1.1.9, 1.1.10, 1.1.11 wykonania izolacji cieplnych systemem dwuwarstwowym przy użyciu płyt z wełny mineralnej oraz w pozycji 1.1.13 nie uwzględnił wykonania kominków wentylacji warstwy pokrywczej. W ocenie Zamawiającego pominięcie istotnego elementu robót powoduje, że oferta jest niezgodna z postanowieniami SIWZ.

Wykonawca nie był wzywany do złożenia wyjaśnień odnośnie kwestionowanej pozycji i nie były poprawiane w jego ofercie żadne błędy. Wobec takiego zachowania Zamawiającego, wykonawca złożył odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzuty naruszenia wskazanych w petitum odwołania przepisów ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie ofertę Odwołującego, Izba uznała wymienione zarzuty za zasadne rozpatrzyć łącznie, z uwagi na ich charakter.

Ustosunkowując się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, uznano zarzuty za uzasadnione.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższe brzmienie przepisu zostało nadane 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), która weszła w życie od 24 października 2008 roku.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, 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 regul. (...). 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.

Ulega skróceniu termin, w jakim wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki w ofercie (art. 89 ust. 1 pkt 7). Uznano, że termin 3 dni (obecnie 7 dni) stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wykonawcy, gdyż pozostawia mu możliwość zajęcia stanowiska w kwestii wprowadzanych poprawek także w sytuacji, gdy obejmuje dni ustawowo wolne od pracy.”

Powołany przepis statuuje obowiązek Zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz nie stanowiących oczywistej omyłki pisarskiej lub oczywistej omyłki rachunkowej.

Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści SIWZ; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie).

Przenosząc powyższe na stan rozpatrywanej sprawy, w odniesieniu do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w tym zakresie, w którym znajdujący się w ofercie kosztorys ofertowy zawiera błędy, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż oferta

Odwołującego zawiera niezgodności treści z treścią SIWZ ale nie zachodzi wskazana przyczyna odrzucenia oferty. Zdaniem Izby poprawienie wskazanych w odwołaniu niedokładności w opisie kilku pozycji kosztorysu nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Jest to bowiem pominięcie w opisie pozycji pojedynczych wyrazów lub krótkich fraz, które określają w pewien sposób zakres pozycji, jednak ich uzupełnienie, na które pozwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, doprowadzi do pełnej zgodności treści opisu zawartego w kosztorysie z opisem zastosowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przedmiarze (taki jest cel tego przepisu), zatem nie będzie zachodziła wskazana przez Zamawiającego możliwość realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnie z jego wymaganiami, a sama poprawka nie zmieni w sposób diametralny sposobu realizacji zamówienia.

W ocenie składu orzekającego możliwa jest taka wycena pozycji, pod warunkiem, że uwzględnia ona wszystkie składowe przedmioty zamówienia określone przez Zamawiającego dotyczące danej pozycji kosztorysu. W takim przypadku poprawienie innej oczywistej omyłki będzie możliwe, ponieważ sprowadzało się będzie do poprawienia opisu pozycji według właściwych norm KNR, przy zachowaniu cen jednostkowych i ilości. W ofercie w pozycji 1.1.13 użyto prawidłowego numeru KNR, jednoznacznie wskazano na zamiar wykonania robót określonych w ilości i w sposób wymagany przez Zamawiającego, a opis pozycji ma charakter wyłącznie pomocniczy. W przypadku pozycji 1.1.9, 1.1.10, 1.1.11 poprawiony zostanie opis pozycji. Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż w wycenie ujęto wszystkie wskazywane przez Zamawiającego elementy we właściwej ilości i za cenę określoną w ofercie jest w stanie wykonać prace o podanym charakterze. Nie dojdzie zatem w ocenie składu orzekającego do zmiany w treści złożonej oferty. Ze złożonego oświadczenia Odwołującego jasno wynika, że „w przypadku dokonania poprawy przez Zamawiającego powyższych omyłek zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia objętego dokumentacją techniczną za cenę wynikającą ze złożonej oferty”.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż korekta ta ma charakter bardziej formalny (ze względu na fakt, iż zamówienie jest udzielane przy zastosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych) niż praktyczny, ponieważ nawet bez jej dokonania wykonawca musiałby zrealizować roboty zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami inwestora – Zamawiającego. Tym samym dokonana zmiana nie ma przymiotu „istotnej zmiany treści oferty”. Przy tym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie ma podstaw, by Zamawiający

musiał dokonywać zmian cen jednostkowych wskazanych pozycji czy prowadzić negocjacje co do ceny, a zatem nie zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie mógłby przeprowadzić korekty nie wiedząc, jak tego dokonać.

Ponadto wskazać można, iż Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma możliwość zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w sprawie oferty i ustalić, czy wycena została dokonana zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego i czy zawiera wszystkie wymagane przez niego elementy.

Powyższe przemawiało za uznaniem dopuszczalności dokonania poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako dotyczącej niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części nieobejmującej zmiany przez Zamawiającego ceny.

Dostrzeżenia dalej wymagało, że poprawienie w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego omyłek, stanowiących o niezgodności oferty treścią SIWZ nie spowoduje istotnej zmiany oferty wykonawcy Odwołującego się. Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty, odnoszonej zarówno do pojedynczych poprawek jak i ich całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy; jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. W wyniku poprawienia zmianie nie uległa cena oferty. Natomiast zakres zmiany w stosunku do całokształtu oferty obejmuje jej niewielki wycinek. Zatem dokonane poprawki uznać należało za nieistotne.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp 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 Pzp do okoliczności konkretnego przypadku polega 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 Pzp, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby Zamawiającego, pominięcie określonych czynności, lub określenie w odmienny sposób częstotliwości wykonywania poszczególnych czynności jest doniosłe faktycznie lub prawnie.

Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, obejmującego roboty o znacznym rozmiarze i stopniu skomplikowania oraz znacznej ilości pozycji, poprawienie przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego się ze specyfikacją uznać należało za mało istotne w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia).

Z tych względów Izba wskazuje konieczność zastosowania przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego przywołanych przepisów w stosownym zakresie podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonywanej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Dodatkowo, Izba zwraca uwagę, iż dokonane poprawienie w ofercie nie powinno spowodować zmiany w cenie ofercie, a co za tym idzie dodatkowych kosztów dla Zamawiającego. Odwołujący złożył na rozprawie oświadczenie, iż w kwestionowanej pozycji znajduje się wycena całości prac wymaganych przez Zamawiającego, a złożona oferta nadal będzie ofertą z najniższą ceną.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego się

w przedmiotowym postępowaniu nie była uzasadniona. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ możliwa jest poprawa omyłek w treści oferty, a prowadząc postępowanie z naruszeniem zasady dotyczącej zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym samym potwierdziło się naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, zaś wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem zasad określonych w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wskazanej ustawy podlegało więc uwzględnieniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się i podjęte decyzje miały wpływ na wynika postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....