Sygn. akt: KIO 2743/11

WYROK
z dnia 5 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier- Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie (Hiszpania), Karmar S.A. w Warszawie oraz Bouygues Batiment International w Guyancourt (Francja)** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Katowice**

przy udziale uczestnika postępowania **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Warbud S.A. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Ebud" – Przemysłówka sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz LTT sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie (Hiszpania), Karmar S.A. w Warszawie oraz Bouygues Batiment International w Guyancourt (Francja)** i zalicza w poczet kosztów postępowania

odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero gorszy) uiszczoną przez nich tytułem wpisu od odwołania;

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 **Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2743/11

Uzasadnienie

Miasto Katowice zwane dalej „zamawiającym", działając 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", prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na budowę siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 82 –135011 ze zmianami.

W dniu 14 grudnia 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie (Hiszpania), Karmar S.A. w Warszawie

oraz Bouygues Batiment International w Guyancourt (Francja) (dalej „odwołujący") o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Warbud S.A. w Warszawie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Ebud" – Przemysłówka sp. z o.o. w Bydgoszczy oraz LTT sp. z o.o. w Warszawie (dalej „konsorcjum Warbud" lub „przystępujący").

Dnia 23 grudnia 2011 r. pismem z dnia 22 grudnia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując w dniu 23 grudnia 211 r. za pośrednictwem faksu zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Warbud zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy oraz innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósło uwzględnienie odwołania w całości i o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty konsorcjum Warbud jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz"),
4. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z przepisami ustawy.

W konsekwencji odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego oraz o powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący zakwestionował prawidłowość dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Warbud, bowiem w ocenie odwołującego oferta tego wykonawcy nie powinna podlegać ocenie jako, że podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści siwz, obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu oraz oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odowłujący podniósł, iż konsorcjum Warbud w swojej ofercie popełniło szereg błędów, które zamawiający zakwalifikował jako „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz niepowodujące istotnych zmian w treści oferty". Odowłujący nie zgodził się z prawidłowością zakwalifikowania, jako „innej omyłki", braków w kosztorysie konsorjcum Warbud polegających na niewycenieniu pięćdziesięciu sześciu pozycji kosztorysu - zamawiający uznał, że pozycje te zostały „skalkulowane w innych pozycjach kosztorysu" i powołał jako podstawę prawną dokonanej poprawy pkt. 35 ppkt 3 a) siwz. Ponadto zamawiający dokonał szeregu innych korekt w kosztrysie konsorcjum Warbud, które nie były w odwołania kwestionowane.

Dalej odwołujący stwierdził, że nie można powołanych wyżej błędów w kosztorycie ofertowym konsorcjum Warbud z treścią siwz zakwalifikować jako omyłek podlegających poprawieniu na podstwie o art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Konsorcjum Warbud nie wyceniło w kosztorysie ofertowym 56 pozycji zamieszczając w kosztorysie dla tych pozycji jedynie opis, jednostkę miary i ilość jednostek (dla 55 pozycji nie podał cen jednostkowych i wartości, a w jednej pozycji cenę określił jako 0,00). Zdaniem odowłującego zamawiający nie miał prawa zakwalifikować tych błędów, jak to oświadczył w skierowanym do konsorcjum Warbud piśmie z dnia 8 grudnia 2011 r. (nr IN-III.271.24.201l.JŁ): „zgodnie z postanowieniami pkt. 35 ppkt 3 (a) SIWZ" i poprawić je na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Treść pkt. 35 ppkt 3 a) siwz ma następujące brzmienie:
„ W przypadku omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, polegających na niezgodności oferty, w tym w szczególności kosztorysu ofertowego ze specyfikacją, Zamawiający będzie stosował niżej wymienione zasady:
a) W przypadku braku ceny pozycji Kosztorysu ofertowego Zamawiający uzna, że ta

pozycja została skalkulowana w innych pozycjach kosztorysu (…)".
W cytowanym wyżej punkcie siwz zamawiający stwierdził, że w przypadku braku ceny pozycji (liczba pojedyncza) uzna, że ta pozycja została skalkulowana w innych pozycjach. Nie można zatem przyjąć, że zasada ta stosowana może być również w przypadku braku cen całych rozdziałów kosztorysu ofertowego, jak np. rozdział 1.5.7. Dylatacje (kolejnych 21 pozycji), czy rozdział 1.5.8 Balustrady (16 kolejnych pozycji) bądź kolejnych kilku pozycji z innych rozdziałów, jak np. Instalacja DSO - system 1 pierścień (5 pozycji) i Instalacja DSO - system 1 Sala Koncertowa (5 pozycji) jak ma to miejsce w ofercie konsorcjum Warbud. Nie można zatem przyjąć w ocenie odowłującego, że roboty wyszczególnione w powyższych pozycjach zostały wycenione w innych pozycjach, jako że we wskazanych rozdziałach tych innych pozycji nie ma i jedyne, co powinien w takiej sytuacji stwierdzić zamawiający, to fakt, że brak wyceny całego rozdziału, czy jego znaczącej części, oznacza niezgodność treści oferty konsorcjum Warbud z treścią siwz, czyli nie zaoferowanie przez konsorcjum Warbud w niniejszym postępowaniu wykonania dylatacji, balustrad, instalacji czy systemu nagłośnienia. Dowodem niemożności wykazania, że wykonanie robót opisanych w tych pozycjach wycenione zostało w innych pozycjach, jest niewskazanie przez zamawiającego w piśmie z dnia 8 grudnia 2011 r. numerów tych „innych pozycji", jak ma to miejsce w sytuacji błędu opisanego w pkt. e). A zatem w przypadku 56 pozycji zamawiający nie dokonał czynności poprawienia „innej omyłki", a jedynie „uznał, że w/w pozycje zostały skalkulowane w innych pozycjach kosztorysu", co stanowi naruszenie przepisów ustawy.

Jeżeli nawet dla pozycji z rozdziałów 1.5.7. oraz 1.5.8 w kosztorysie ofertowym można doszukać się analogii i założyć, że ceny jednostkowe tam wskazane dotyczą również pozycji niewycenionych, to dla wszystkich pozostałych pozycji w całym kosztorysie nie znajdziemy robót podobnych, a zatem niemożliwe jest ustalenie cen jednostkowych i wartości tych robót. Wartość tych robót jest tak znacząca, że niemożliwym jest wskazanie innej pozycji kosztorysowej, co do której prawdziwe byłoby twierdzenie, że w cenie tej pozycji skalkulowana została również pozycja niewyceniona. Powyższe ilustrują następujące przykłady:
- poz. 2.3.2201 Mała Architektura - Tablice z informacją wizualną, 14 szt. - pozycja wyceniona w ofercie odwołującego na kwotę 207 835,46 zł;

- poz.2217a Mała Architektura - Dostawa i montaż pergoli wraz z fundamentem na dziedzińcu, kpi 1 - pozycja wyceniona w ofercie odwołującego na kwotę 50 786,88 zł;
- poz. 5.13 6258b Instalacja elektryczna do rozdzielni głównej budynku do rozdzielni ROT i ROT-sk - Dostawa i montaż instalacji elektrycznej od rozdzielni głównej budynku do rozdzielni ROT i ROT-sk wraz z badaniami próbnymi, kpi 1 - pozycja wyceniona w ofercie odwołującego na kwotę 49 500,00 zł;
- poz. poz. 5.14 6258c Instalacja elektryczna zasilająca składowe technologii scenicznych
- dostawa i montaż instalacji elektrycznej zasilającej składowe technologii scenicznych wraz z badaniami próbnymi, kpi 1 - pozycja wyceniona w ofercie Odwołującego na kwotę 35 500,00 zł;
- poz. 6.2 6287 Instalacja CCTV - Przewody izolowane jednożyłowe układane w gotowych korytach, przekrój przewodu 2,5 mm , jedn. 100 m, ilość jedn. 4500 - pozycja wyceniona w ofercie odwołującego na kwotę 886 185,00 zł;
- poz. 6.6.1 6541 System sygnalizacji pożaru - Montaż czujek pożarowych, liniowej dymu lub nadmiarowej temperatury, szt. 256 - pozycja wyceniona w ofercie odwołującego na kwotę 697 541,12 zł.
Zsumowana wartość wszystkich tych pozycji w ofercie odwołującego wynosi 1 927 348,46 zł, a więc należy uznać, że gdyby konsorcjum Warbud je wyceniło ich łączna wartość wskazana w kosztorysie ofertowym byłaby analogiczna, a tym samym oferta tego wykonawcy byłaby o zbliżoną kwotę wyższa.

Jak już była mowa wyżej, konsorcjum Warbud nie wyceniło w swoim kosztorysie ofertowym poz. 6.2 6287 Instalacja CCTV KNNR 5 0202-0100 Przewody izolowane jednożyłowe układane w gotowych korytach, przekrój przewodu 2,5 mm2. Opis tej pozycji zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców uszczegółowił poprzez określenie rodzaju kabla (Materiały Kabel FTPwn 4x2x0,5 - zgodnie z odpowiedzią 242). Dla kolejnej pozycji

kosztorysu ofertowego o identycznej treści konsorcjum Warbud , mimo że w odpowiedziach na pytania wykonawców treść ta została również uszczegółowiona przez zamawiającego (Materiały Kabel RG6 - zgodnie z odpowiedzią 242), o nr 6288, konsorcjum Warbud określiło cenę jednostkową w wysokości 4511,75 zł. Gdyby przyjąć, że cena ta ma zastosowanie również dla wyceny poz. 6287 (identyczny opis pozycji i identyczna jednostka miary), to mnożąc tę cenę jednostkową przez ilość jednostek określonych dla tej pozycji, tj. przez 4500 otrzymamy wartość 20 302 875,00 zł (4511,75 x 4500). Dodając do tej wartości wyżej wskazane kwoty z oferty odwołującego (bez poz. 6287) otrzymamy kwotę 21 344 038,46 zł (20 302 875, 00 + 1 927 348,46 - 886 185,00). W konsewkencji odowłujący podkreslił, iż

wycena przez konsorcjum Warbud w kosztorysie ofertowym wszystkich pominiętych pozycji spowodowałaby istotną zmianę w treści oferty tego wykonawcy.

Odowłujący argumentował, iż zamawiający postanowieniami części IV pkt. 17 ppkt 4 i 5 siwz, określając sposób obliczenia ceny, zakazał pomijania w kosztorysach ofertowych pozycji przedmiarowych:
„4. Wykonawca w kosztorysach ofertowych nie może pominąć jakiejkolwiek pozycji przedmiaru oraz winien go wycenić zgodnie z opisem pozycji bez wprowadzania pozycji dodatkowych z zastrzeżeniem punktu 35 ppkt 3 lit. (f) część VIII SIWZ.
5. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów robót. Wszelkie błędy dostrzeżone w przedmiarach i dokumentacji projektowej Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert w trybie art. 38 ustawy".

Brak wyceny danej pozycji w kosztorysie ofertowym należy traktować zatem jako pominięcie tej pozycji bowiem wyjątek wskazany powyżej w pkt. 17 ppkt 4 siwz, tj. punkt 35 ppkt 3 lit. f) części VIII siwz odnosi się do wprowadzania przez zamawiającego poprawek omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy tylko w przypadku:
„innego opisu pozycji niż w przedmiarze i/lub zastosowania innych ilości obmiarowych niż w przedmiarze robót i/lub w przypadku wprowadzenia pozycji dodatkowych". Zamawiający dalej wskazał, iż odrzuci ofertę na podstawie art. 89ust. 1 pkt 2 Pzp jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę treści oferty. Oferta nie będzie podleagał odrzuceniu jeśli te zmiany będą nieistotne. Postanowienie zamawiającego, że w przypadku braku ceny pozycji uzna, że ta pozycja została skalkulowana w innych pozycjach oraz wyszczególnione w punkcie 35 ppkt 3 f) części VIII siwz cytowane wyżej przypadki, mają zdaniem odowłującego na celu umożliwienie wykonawcom skalkulowania ceny oferty przy pomocy dowolnego programu służącemu kosztorysowaniu robót. Poszczególne programy kosztorysowe różnią się między sobą sposobem agregacji pozycji katalogowych, a co za tym idzie również opisem pozycji przedmiarowych i nie wprowadzenie powyższych zapisów do siwz eliminowałoby możliwość posłużenia się tymi programami. Natomiast treść punktu 35 ppkt 3 g) części VIII siwz umożliwiała zamawiającemu jedynie uzupełnienie kosztorysu ofertowego wykonawcy (oczywiście za jego zgodą) w sytuacji braku pozycji kosztorysu „jeśli zmiany te będą nieistotne, a Zamawiający na podstawie Kosztorysów ofertowych danego Wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej" - jak to ma miejsce w przypadku dwóch pozycji z kosztorysu ofertowego konsorcjum Warbud, poprawionych na podstawie pkt. 35 ppkt 3 g) siwz. Zamawiający stwierdził brak 2 pozycji i uznał, że identycznie opisane pozycje występują w kosztorysie ofertowym konsorcjum Warbud i są wycenione w poz. nr 4656, 4807 (dla brakującej poz. nr 4673) oraz w poz. nr

5416, 5486 (dla brakującej poz. nr 5591) i następnie dodał do ceny oferty wartości wynikające z przemnożenia cen jednostkowych wskazanych w tych innych pozycjach i ilości robót określonych w przedmiarze robót dla brakujących pozycji.
Zgodnie z postanowieniami punktu 35 ppkt 3 lit. g) części VIII siwz zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę w sytuacji, gdy nie można będzie ustalić ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysowej. Zamawiający nie jest w stanie ustalić cen jednostkowych dla 56 pozycji kosztorysowych, co zważywszy na przyjęte w projekcie umowy rozliczenie kosztorysowe i określenie jako podstawy wynagrodzenia cen jednostkowych podanych przez wykonawcę oraz obmiarów wykonanych robót jest bardzo istotne, bo czyni niemożliwym

rozliczenie tych robót po ich wykonaniu. Dal popracie swojej argumentacji odwołujący powołał orzecznicwto Krajowej Izby Odwoławczej.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł, jak na wstępie.

W dniu 23 grudnia 2011 r. zamawiający wezwał konsorcjum Warbud do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania.

W odpowiedzi konsorcjum Warbud pismem z dnia 27 grudnia 2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby dnia 27 grudnia 2011 r.) zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego kopie zgłoszenia przekazując tego samego dnia za pośrednictwem faksu zamawiającemu oraz odwołującemu.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz konsorcjum Warbud złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny niniejszej sprawy nie jest sporny, a jej okoliczności w zgodzie z rzeczywistością zostały przytoczone w zreferowanym powyżej odwołaniu.

W uzupełnieniu, w zakresie istotnym dla rozpoznania zarzutów odwołania, przywołać należy pkt 9.6 a) – d) siwz, zgodnie z którym szczegółowy zakres prac określa wzór umowy (załącznik nr 2 do siwz), przedmiar robót (załącznik nr 3 do siwz), specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (załącznik nr 4 do siwz) oraz dokumentacja projektowa (załącznik nr 5 do siwz). Ponadto stosownie do pkt. 15 siwz formą wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia jest wynagrodzenie kosztorysowe, którego podstawa obliczenia będą ceny jednostkowe podane przez wykonawcę oraz obmiar wykonanych robót.

Stosownie do par.7 ust. 5 wzoru umowy ceny jednostkowe robót podane w kosztorysie ofertowym nie ulegają zmianie i obowiązują do końca realizacji umowy.
Podstawą obliczenia ceny ofertowej jest przedmiar robót, projekt oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (pkt 17. 1 siwz).

W formularzu ofertowym przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w siwz (pkt 1 a) oraz uznał, iż jest związany określonymi w siwz postanowieniami i zasadami postępowania (pkt 5).

Dodać należy, iż cena zaoferowana przez odwołującego tj. ok. 272 934 000 zł brutto (pkt 12.3 druku ZP – PO: protokół postępowania w trybie przetargu ograniczonego)) przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 248 200 017,42 zł (pkt 11.1 druku ZP – PO: protokół postępowania w trybie przetargu ograniczonego), co także nie jest okolicznością sporną. Wartość zamówienia wynosi 201 788 632,05 zł (pkt 2.2 druku ZP – PO: protokół postępowania w trybie przetargu ograniczonego). Cena ofertowa przystępującego netto 190 999 915,96 zł, brutto 234 929 896,63 zł (po korekcie – pismo zamawiającego z dnia 8 grudnia 2011 r.)

Biorąc pod uwagę 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. Wbrew stanowisku konsorcjum Warbud zaprezentowanemu w piśmie procesowym z dnia 5 stycznia 2012 r. oraz na rozprawie o braku możliwości poniesienia przez odwołującego szkody spowodowanej naruszeniem przez zamawiającego ustawy nie przesądza fakt, iż cena oferty odwołującego przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp). Unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w przypadku, gdyby odwołanie zostało uwzględnione, na moment rozpoznawania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny, co nie jest wystarczające do stwierdzenia braku możliwości poniesienia przez odwołującego szkody, do której odwołuje się przepis art. 179 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Status uczestnika postępowania uzyskało konsorcjum Warbud skutecznie przystępując do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba oddaliła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp czynności poprawienia niezgodności treści oferty przystępującego z treścią siwz. Rozstrzygnięcia wymaga, czy w stanie faktycznym sprawy zamawiający zobowiązany był do poprawienia 56 pozycji kosztorysu ofertowego przystępującego przy zastosowaniu reguły opisanej w pkt. 35 ppkt 3 a) siwz, zgodnie z którą w zakresie dotyczącym omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający, w przypadku braku ceny pozycji kosztorysu ofertowego uzna, że ta pozycja została skalkulowana w innych pozycjach kosztorysu. Następnie wymaga także analizy zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż w odwołaniu zostało także podniesione, iż oferta przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny.

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 pkt 2 Pzp. (vide: wyrok z dnia KIO 1514/11 z dnia 29 lipca 2011 r.)

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty zakreśla 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 realizacją zamówienia zgodnie z siwz. (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09).

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone 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 dopuszczenia 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 omyłek w treści oferty, 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. Dal rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania należy także uwzględnić postanowienia siwz, w której zamawiający w pkt. 35 ppkt 3 opisał mechanizm poprawiania stwierdzonych omyłek.

Jak słusznie podnosił w toku rozprawy odwołujący, aby w ogóle można było rozważać możliwość poprawienia niezgodności treści oferty z treścią siwz, należy stwierdzić, iż owa niezgodność ma charakter „omyłki”. Izba w tej kwestii podziela pogląd odwołującego, iż postanowienia siwz w zakresie opisującym reguły rządzące poprawianiem omyłek zdefiniowane w pkt. 35 ppkt 3 siwz będą miały zastosowanie nie do wszystkich stwierdzonych w ofertach niezgodności z treścią siwz, lecz tylko do takich, które stanowią „nieistotną omyłkę”, na co wskazuje literalne brzmienie komentowanego postanowienia siwz: „w przypadku omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (…), Zamawiający będzie stosowała niżej wymienione zasady: (…)”. Inaczej być nie może także i z tej przyczyny, iż siwz w omawianym zakresie może wyłącznie uzupełniać postanowienia ustawy, uszczegóławiać je dla potrzeb danego postępowania, a nie zmieniać. Ingerencja zamawiającego musi się mieścić w ramach zakreślonych bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy, zatem zamawiający - wprowadzając do siwz regulacje dotyczące sposobu poprawiania omyłek, w czym wyraża się jego dbałość o realizację wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady przygotowywania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - jest uprawniony, aby uregulować sposób poprawiania wyłącznie „nieistotnych omyłek”. Tak też zasadniczo należy odczytywać postanowienia pkt. 35 ppkt 3 siwz w niniejszej sprawie. I w tym zakresie postanowienia siwz są wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców, którzy mają prawo oczekiwać, iż zamawiający poprawi ich oferty zgodnie z wytycznymi w siwz wyartykułowanymi.

W tym kontekście zatem dalej trzeba stwierdzić, iż pkt 35 ppkt 3 a) siwz będzie miał

zastosowanie do sytuacji, gdy braku jest w ofercie ceny pozycji kosztorysu ofertowego – wówczas zamawiający uzna, że ta pozycja została skalkulowana w innych pozycjach kosztorysu.

Wbrew twierdzeniom odwołującego dla zastosowania przywołanego postanowienia siwz nie jest konieczne wskazanie pozycji kosztorysu ofertowego przystępującego, w której/w których pozycja wprost niewyceniona, została ujęta. Postanowienie siwz precyzyjnie i jednoznacznie wskazuje, że gdy pozycja w kosztorysie została podana, lecz nie wskazano ceny za jej realizację, wówczas przyjmuje się, że wyceniono ją w innych pozycjach kosztorysu. Odwołujący wskazuje, iż „brak ceny pozycji" (liczba pojedyncza) oznacza, że poprawie na tej podstawie podlega tylko pojedyncza pozycja kosztorysu ofertowego. Taka interpretacja nie daje się pogodzić z wynikającą z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp regułą, że poprawie podlegają „nieistotne omyłki", zatem kryterium decydującym o obowiązku poprawy jest istotność omyłki, co nie koniecznie w każdej sytuacji musi znajdować proste przełożenie na liczbę niezgodności.

Aby rozstrzygnąć zatem, czy opisana w pkt. 35 ppkt 3 a) siwz reguła rozumiana w sposób wskazany przez Izbę mogła być zastosowana do 56 pozycji kosztorysu ofertowego przystępującego w zakresie opisanym w odwołaniu wymaga przesądzenia, czy brak ceny w tych 56 pozycjach był „nieistotną omyłką".

Izba zgadza się z zamawiającym i przystępującym, iż pominięcie cen w 56 pozycjach kosztorysu z pewnością nie stanowi – jak postuluje odwołujący – błędu w ofercie skutkującego koniecznością odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 siwz.

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 – jak też zwracał uwagę odwołujący na rozprawie – chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z siwz. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował, iż uznaje się za związanego określonymi w siwz postanowieniami i zasadami (pkt 5 formularza oferty) oraz zaoferował cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w siwz (pkt 1 a formularza ofertowego). Trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści siwz. Stąd nie sposób zgodzić się z poglądem odwołującego, zgodnie z którym brak cen w 56 pozycjach kosztorysu ofertowego musiało stanowić przejaw

świadomego działania wykonawcy - oświadczenia o zamiarze wykonania zamówienia w sposób odmienny aniżeli wymagany w siwz, którego skutkiem miałoby być domaganie się w fazie realizacji umowy dodatkowego wynagrodzenia za niewycenione wprost w kosztorysie pozycje.

Izba wyraża pogląd, iż to odwołujący zobowiązany był dowieść, iż w niniejszej sprawie zamiarem przystępującego było złożenie oświadczenia woli niezgodnego z treścią siwz tj. że jego intencją było niezaoferowanie dylatacji, balustrad, instalacji i systemu nagłośnienia. W praktyce przeprowadzenie takiego dowodu z pewnością będzie utrudnione, niemniej jednak okoliczność ta nie może prowadzić do domniemania, że niezgodność oferty wykonawcy ma charakter błędu i przerzucać na wykonawcę składającego ofertę, w której stwierdzono niezgodności z treścią siwz, ciężar wykazania, że zamierzał złożyć ofertę zgodną z siwz i ustalone w toku badania oferty nieprawidłowości mają charakter omyłki. 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 wyrazi 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 wyroki KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11).

Zdaniem Izby zatem w okolicznościach faktycznych sprawy niezgodność treści oferty przystępującego z treścią siwz polegającą na pominięciu cen w 56 pozycjach kosztorysu ofertowego, co miałoby zdaniem odwołującego dowodzić, iż przystępujący nie zaoferował realizacji zamówienia w zakresie wynikającym z powołanych 56 pozycji tj. dylatacji, balustrad, instalacji i systemu nagłaśniania, nie stanowi nie podlegającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawie błędu. Za takim stanowiskiem przemawia także brzmienie pkt. 9.6 a) – d) siwz, z którego wynika, iż szczegółowy zakres prac określa wzór umowy, przedmiar robót,

specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz dokumentacja projektowa. Z tego punktu widzenia w ogóle trudno stwierdzić jakąkolwiek niezgodność treści oferty przystępującego z treścią siwz. Niewątpliwie przystępujący złożył kosztorysy ofertowe zawierające 56 spornych pozycji, zatem nie sposób stwierdzić, że jakikolwiek zakres przedmiotowy został przez niego w ofercie pominięty i nie będzie następnie wykonany. Możliwe będzie także prawidłowe rozliczenie umowy. Uwzględniając kosztorysowy charakter wynagrodzenia, którego podstawą obliczenia będą ceny jednostkowe podane przez wykonawcę oraz obmiar wykonanych robót (pkt 15 siwz), zważywszy postanowienia par.7 ust. 5 wzoru umowy, zgodnie z którym ceny jednostkowe robót podane w kosztorysie ofertowym nie ulegają zmianie i obowiązują do końca realizacji umowy, jedyną konsekwencją pominięcia przez przystępującego cen w 56 pozycjach kosztorysu ofertowego będzie (korespondująca z pkt. 35 ppkt 3 a siwz, z którego wynika, iż brak cen w pozycjach kosztorysu oznacza ich skalkulowanie w innych pozycjach), iż przystępujący za prace opisane w spornych 56 pozycjach – na co wskazał zamawiający w toku rozprawy – nie będzie mógł domagać się dodatkowego wynagrodzenia.

Tym samym zdaniem Izby analiza całokształtu okoliczności sprawy prowadzi do wniosku, iż na gruncie badanej sprawy przystępujący nie tylko nie popełnił błędu, ale trudno nawet dopatrzeć się w jego ofercie „innej omyłki", do której odwołuje się przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem Izby wystarczającym było wyjaśnienie stwierdzonych nieścisłości na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Podjęte przez zamawiającego działania polegające na automatycznym zakwalifikowaniu stwierdzonych braków do kategorii omyłek, o których stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wynikały z brzmienia siwz (pkt 35 ppkt 3 a). W realiach tej sprawy jednak okoliczności te nie wpływają na prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny oferty przystępującego, który wyraził zgodę na poprawienie omyłki. Niewątpliwie – wbrew twierdzeniom odwołującego - przystępujący nie popełnił omyłki wyrażającej się w niezaoferowaniu wykonania prac opisanych w 56 niewycenionych (z ponad 7 500) pozycjach (dylatacji, balustrad, instalacji i systemu nagłośnienia), na co wskazuje literalne brzmienie kosztorysów ofertowych, w których ten zakres przedmiotowy został ujęty.

Dla przedstawionej oceny bez znaczenia pozostaje brzmienie pkt. 17 siwz stanowiącego instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób zobowiązani są obliczyć cenę ofertową. Przystępujący obliczył cenę ofertową zgodnie z dyrektywami wyartykułowanymi w siwz. Odwołujący nie udowodnił, aby zasady wyrażone przez zamawiającego w siwz określające sposób obliczenia ceny nie zostały przez przystępującego zastosowane. W szczególności nie można w świetle postanowień siwz przyjąć (pkt 17 ppkt 4 w zw. z pkt 35 ppkt 3 a siwz), iż skoro 56 pozycji kosztorysowych nie zostało wprost wycenione (ewentualnie wycenione de facto na 0

zł), to przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny. Przystępujący obliczył cenę zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt. 17.1 siwz na podstawie przedmiaru robót, projektu oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (odwołujący nie udowodnił, aby było inaczej), a jak przesądził zamawiający w siwz (pkt 35 ppkt 3 a siwz), w przypadku pominięcia ceny, przyjmuje się, iż dana pozycja jest skalkulowana w innych. Zważywszy, iż

poszczególne postanowienia siwz nie mogą być interpretowane w oderwaniu od innych, nie sposób w tej sytuacji stwierdzić w ofercie przystępującego błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pt 6 Pzp. Dodać trzeba, iż odrzucenie oferty na tej podstawie jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy istotnie zostanie stwierdzone, iż wykonawca błędnie obliczył cenę, a niezgodność ta nie jest możliwa do usunięcia np. w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 i 2 pkt. 1-3 siwz.

Uwzględniając powyższe jako nieistotne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania Izba uznała przedstawione w toku rozprawy wyciągi z kosztorysu inwestorskiego, porównanie cen ofertowych w zakresie pominiętych 56 pozycji, oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia sporządzoną dla postępowania pn.: budowa wielofunkcyjnego budynku Międzynarodowego Centrum Kongresowego".

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:

.....