

WYROK

z dnia 21 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2018 r. przez Odwołującego: RISER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Zabrze - Prezydent Miasta

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Zabrze reprezentowane przez Prezydenta Miasta Zabrze (dalej jako

„Zamawiający”) prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sali gimnastycznej przy Zespole Szkół Sportowych

w Zabrzu przy ul. Płaskowickiej 2 wraz z towarzyszącą infrastrukturą drogową i techniczną - w ramach „Programu inwestycji o szczególnym znaczeniu dla Sportu - edycja 2017’ (dalej

jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20 listopada 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 617341-N-2017.

W dniu 6 lutego 2018 r. wykonawca RISER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego: odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy omyłki w ofercie Odwołującego winny zostać poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji od czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na błędnie przyjętej podstawie oraz z przekroczeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego pomimo faktu, iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści SIWZ — z zastrzeżeniem, że ewentualne omyłki w niej występujące winny zostać skorygowane zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych;

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie, a w konsekwencji

niedokonanie poprawy omyłek w ofercie Odwołującego, które spowodowały błędne wrażenie Zamawiającego, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;

3) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji unieważnienie postępowania, pomimo faktu, iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu z Postępowania;

4) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wskazanie w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, że ceny wszystkich ofert przekraczają kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podczas gdy kwota ta wskazana została w Zbiorczym zestawieniu ofert złożonych przez wykonawców (zgodnie z art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp) i wynosi 21 127 258,06 złotych, a więc żadna ze złożonych ofert nie przekracza wskazanej kwoty.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie powtórnego badania i oceny ofert oraz

poprawy w ofercie Odwołującego omyłek wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz piśmie „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania” z dnia 25 stycznia 2018 roku;

5) wskazanie w orzeczeniu kończącym postępowanie, że kwota 21 127 258,06 złotych wskazana w Zbiorczym zestawieniu ofert złożonych przez wykonawców jest kwotą, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (zgodnie z art. 86 ust. 3 oraz art. 86 ust. 5 pkt 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), bądź jest kwotą,

do której Zamawiający może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia (zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 in fine ustawy Pzp);

6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W Postępowaniu Zamawiający zaniechał dokonania poprawy omyłek, uznając, iż wskazane przez niego omyłki nie podlegają poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgada się Odwołujący. Odwołujący wskazał, iż:

a) Zamawiający nie udostępnił wykonawcom przedmiarów w wersji edytowalnej (zob.

odpowiedź na pytanie do SIWZ nr 1 udzielona dnia 30 listopada 2017 roku oraz odpowiedź nr 3 udzielona dnia 4 grudnia 2017 roku) w związku z czym obowiązek przepisywania przedmiarów przerzucony został na wykonawców;

b) Zamawiający dwukrotnie dokonywał zmiany w przedmiarach publikując zaktualizowane wersje w formie nieedytowalnej;

c) Zamawiający dopuścił stosowanie przez wykonawców kalkulacji własnej, przy czym zastrzegł, że zakres robót wyceniony przez wykonawcę wg kalkulacji własnej musi być identyczny z odpowiadającym mu zakresem wg KNR wyszczególnionym w przedmiarze

robót (zob. pkt 12 SIWZ - str. 13);

d) Odwołujący w punkcie 1 oferty zobowiązał się zgodnie z poniższym: Zobowiązuję się do wykonania w/w zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i wzorze umowy, z kolei zgodnie z § 1 ust. 5 wzoru umowy (cz. V SIWZ) szczegółowy opis przedmiotu umowy zawarty jest w dokumentacji projektowej, która została wyszczególniona w kolejnych pozycjach i na którą składa się 5 projektów budowlanych, 5 tomów projektów wykonawczych, przedmiary robót, STWiOR, wizualizacja oraz uzgodnienia.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji, które w ocenie Odwołującego powinny zostać poprawione jako omyłki, Odwołujący stwierdził, co następuje:

- kosztorys: roboty budowlane, pozycja 67 d 6.1 - jedyna omyłka dostrzegalna w ramach porównania powyższych dokumentów polega na wpisaniu omyłkowo innego rodzaju podłoża, do którego mocowane będą płyty z wełny mineralnej. Niemniej jednak gatunek podłoża wynika bezpośrednio z dokumentacji projektowej, a błędne wpisanie jest wynikiem tylko i wyłącznie konieczności przepisywania przedmiarów do programu kosztorysowego oraz zmian w przedmiarach odnośnie wskazanej pozycji. Jednocześnie Odwołujący zauważył, iż pozycja KNR AT-31 0704-01 opisywana jest słownie również z użyciem fragmentu „podłoże z gazobetonu”, brak natomiast odnośnej pozycji dla „blach trapezowych”, w związku z czym przyjęto wskazaną przez Zamawiającego pozycję KNR, niemniej jednak Odwołujący posiada pełną świadomość występowania na budowie podłoża z blachy trapezowej i potwierdza, iż oferuje Zamawiającemu wykonanie mocowania do podłoża z blachy trapezowej i potwierdza, iż oferuje Zamawiającemu wykonanie mocowania do podłoża z blachy trapezowej, które też mocowania wycenił w kosztorysie (bez względu na omyłkę powstałą podczas jego przepisywania).

- kosztorys: elektryczny, pozycja 197 d 2.2.1 oraz 198 d 2.2.1 - jedyne omyłki polegają na podaniu błędnej jednostki miary, przy czym kalkulacja wykonawcy została sporządzona w oparciu o jednostki wskazane przez Zamawiającego, w związku z czym omyłkowo wpisane „adres” winno zostać przez Zamawiającego poprawione na „lin”, a omyłkowo wpisane oznaczenie „n-g”, które nie niesie żadnego znaczenia, winno być poprawione na „system”, przy zachowaniu tożsamej (niezmienionej) ceny kosztorysowej.

- kosztorys: elektryczny, pozycja 234 d 2.2.4 oraz 235 d 2.2.4 - miała tu miejsce oczywista omyłka pisarska polegająca na pominięciu jednej litery „C”. Zamawiający wymagał przewodów NHXCH, w przedmiarach widoczny jest zapis NHXC, a Odwołujący nieopatrznie wpisał kabel NHXH. W ocenie Odwołującego nie ulega jednak wątpliwości, że nie istnieją ani przewody o nazwie widocznej w przedmiarze (NHXC), ani przewody o oznaczeniu NHXH, w związku z tym z całą stanowczością istniejąca rozbieżność to oczywista omyłka pisarska, która winna być poprawiona przez Zamawiającego w trybie

art. 87 ust. 2 pkt 1 lub art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

- kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 1.13 - jedyna „niezgodność” polega na omyłkowym wpisaniu jednostki miary „szt.” w miejsce prawidłowego „kpl”, nie ulega jednak wątpliwości, iż „blok oporowy” jest kolokwialnie rzecz ujmując „betonowym klockiem”, który może być dostarczony wyłącznie w całości. W związku z tym w niniejszym przypadku

sformułowanie „sztuka” oraz „komplet” oznaczają de facto taki sam przedmiot.

- kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 2.2, 3.2, 4.3 - Zamawiający poprzestał na wskazaniu, iż cena odnosić się ma do kompletu, z kolei Odwołujący kalkulując cenę całkowitą za komplet przy zachowaniu nadzwyczajnej staranności dokonał analizy dokumentacji projektowej i przeliczył jaka jest długość konkretnych odcinków, a następnie na tej podstawie wyliczył cenę za komplet zabezpieczenia wykopów. Obliczenia te nie powinny znaleźć się w kosztorysie ofertowym, bowiem były roboczymi wyliczeniami Odwołującego, jednakże w wyniku omyłki zostały przedstawione Zamawiającemu. Nie ulega jednak wątpliwości, iż wskazane przez Odwołującego w ostatniej kolumnie ceny zabezpieczenia wykopów są cenami za całkowite zabezpieczenie wykopów, a więc za „komplet” takiego zabezpieczenia.

- kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 2.18 - także w tym przypadku w kosztorysie omyłkowo pojawiły się wyliczenia robocze Odwołującego, jednakże cena podana w ostatniej kolumnie jest ceną całkowitą - zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, za wykonanie odpowiedniej próby wodnej szczelności przyłącza wodociągowego. Abstrakcją

byłoby sądzić, iż Odwołujący jest w stanie wycenić 15 metrów próby. Odwołujący dokonał

stosownych obliczeń, przyjmując jaki odcinek instalacji będzie niezbędny do dokonania próby, a następnie wyliczył cenę całkowitą planowanej próby wodnej.

- kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 3.5 - Odwołujący omyłkowo wpisał, że dostawa i montaż dotyczyć będzie 2 sztuk, podczas gdy winien on wpisać 1 komplet (a więc po zsumowaniu - wartość ostatniej kolumny). Niemniej jednak nie sposób uznać, iż oferta Odwołującego nie jest zgodna z treścią SIWZ, a Odwołujący nie zamierza wykonać całego przedmiotu zamówienia, ponieważ wycena została dokonana po starannej analizie dokumentacji projektowej.

- kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 3.42 - Odwołujący dokonał obliczenia stosownych wartości (podanych przez Zamawiającego - a więc długości instalacji do demontażu), a następnie wpisał wartość za demontaż zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Z analizy powyższego w prosty sposób można dojść do wniosku, jaka jest cena oferowana przez Odwołującego za konkretny metr bieżący (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) dokonując podziału kwoty 8 500,00 złotych przez ilość metrów wymaganych przez Zamawiającego - to jest $126,60 \text{ mb}$, aby uzyskać wynik $8500/126,60 = 67,14$ złotych za metr bieżący.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający błędnie ocenił powyższe omyłki w treści jego oferty jako nienadające się do poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy Pzp, podczas gdy wszystkie te drobne błędy były wynikiem nieświadomych omyłek powstałych podczas przepisywania przedmiarów, nie były działaniem celowym Odwołującego, doprowadziły do potencjalnej niezgodności oferty z SIWZ, aczkolwiek nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Poprawa tych omyłek nie spowoduje żadnej zmiany w cenie oferty.

Odwołujący stwierdził, iż rozpoznał pełen zakres zamówienia, zapoznał się z dokumentacją postępowania (dokumentacją projektową) i prawidłowo wycenił cały przedmiot zamówienia. W swojej ofercie zobowiązał się do wykonania całego przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ oraz umową, które zawierają odniesienia do dokumentacji projektowej. W związku z tym nie sposób uznać, że Odwołujący nie oferuje pełnego przedmiotu zamówienia, li tylko przez drobne omyłki, które w świetle całego przedmiotu zamówienia noszą znamiona znikomych i nieistotnych dla treści całej oferty. Nawet w przypadku, gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie sposobu poprawiania omyłek w ofercie Odwołującego - ma on możliwość skorzystania z przywileju wezwania do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż mając na uwadze uzasadnienie odnoszące się do dwóch poprzednich zarzutów oferta Odwołującego powinna ostać się w Postępowaniu i nie powinna zostać odrzucona. W związku z tym, nie zaktualizowała się przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a zatem postępowanie nie może zostać unieważnione.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający przytacza in extenso treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzając, iż „ceny wszystkich ofert przekraczają kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty.” Powyższemu oświadczeniu

Zamawiającego przeczy dokument Zbiorcze zestawienie ofert złożonych przez wykonawców,

sporządzony po dacie otwarcia ofert, zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp oraz wskazaniem pkt 11.6 SIWZ. W dokumencie tym Zamawiający wskazał in extenso Kwota brutto, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tj.: 21.127.258,06 PLN (w tym zamówienie podstawowe): 14.084.838,71 PLN. W związku z tym w ocenie Odwołującego należy uznać, iż kwota zarezerwowana w budżecie Zamawiającego na realizację niniejszego zamówienia to kwota 21.127.258,06 złotych. Z ostrożności procesowej Odwołujący dodał, iż nawet jeśliby uznać, iż kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia jest kwota niższa (wskazana powyżej), to i tak należałoby przyjąć, iż Zamawiający posiada zagwarantowane środki na wykonanie całej inwestycji w wysokości 21.127.258,06 złotych, przez co nie można twierdzić, iż Zamawiający nie jest władny podwyższyć kwotę, którą pierwotnie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przyjęcie zapatrywania odmiennego prowadziłoby zdaniem Odwołującego do wypaczenia sensu instytucji podawania przed otwarciem ofert kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, bowiem Zamawiający mógłby podawać przed otwarciem kilka kwot, a następnie decydować czy je sumować, czy rozpatrywać je odrębnie, a w konsekwencji - od ich arbitralnej decyzji zależałoby czy unieważniać postępowanie czy może zsumować kwoty i wybrać konkretnego wykonawcę. Naruszałoby to zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) oraz zasadę jawności (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp).

Ponadto Odwołujący wskazał na konieczność ujęcia w orzeczeniu Izby w niniejszej sprawie niedopuszczalności unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp obok wskazania niedopuszczalności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe dyktowane jest faktem, iż Zamawiający *expressis verbis* w dokumencie Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zacytował podstawę unieważnienia postępowania wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z tym Zamawiający *de facto* unieważnił Postępowanie na podstawie dwóch przesłanek - art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie - mając na uwadze, że szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych, a konstrukcja art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie zezwala na wnoszenie odwołania na czynność Zamawiającego w postaci wyłącznie unieważnienia postępowania, konieczne jest objęcie kognicją Izby obu przesłanek unieważnienia postępowania, skoro zostały one zacytowane przez Zamawiającego jednocześnie w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 15 lutego 2018 r., wnosząc o jego odrzucenie w całości, a w przypadku skierowania sprawy do rozpoznania - oddalenie w całości.

Pismem z dnia 16 lutego 2018 r. Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego, poza dokumentacją Postępowania, także dokumenty złożone przez Odwołującego w toku rozprawy (dwie oferty dotyczące separatora - z 4 oraz 8 grudnia 2017 r. oraz pismo Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2016 r. z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Dokonując ustaleń na gruncie przepisu art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż w treści odwołania zostały postawione przez Odwołującego cztery zarzuty, tj.:

- 1) zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- 3) zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
- 4) zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze regulację art. 180 ust. 2 ustawy Pzp Izba postanowiła skierować do rozpoznania na rozprawie zarzuty 1 i 2 (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) - jako zarzuty wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, o której to czynności Zamawiający zawiadomił pismem z dnia 25 stycznia 2018 r. [art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp] - oraz łącznie z nimi zarzut 3 (zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) - jednakże nie traktowany jako samodzielny zarzut, z uwagi iż jest on skierowany przeciwko czynności unieważnienia Postępowania, lecz wyłącznie jako konsekwencja naruszeń, do których odnoszą się dwa pierwsze zarzuty.

Natomiast zarzut 4 (zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), jako skierowany przeciwko czynności niewskazanej przez ustawodawcę w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania. W orzecnictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego uwzględnienia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu z innymi zarzutami - powinny zostać pozostawione bez rozpoznania [wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 lipca 2012 r. (sygn. akt II Ca 685/12), wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r. (sygn. akt I Ca 131/15), oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 903/17), z dnia 3 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 222/16), z dnia 5 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2690/13) oraz z dnia 30 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 482/12)]. Mając to na uwadze, zarzut 4 Izba postanowiła pozostawić bez rozpoznania. Z powyższych względów wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości podlegał oddaleniu.

Rozpoznając odwołanie w pierwszej kolejności Izba obowiązana jest ustalić, czy Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecnictwie Izby legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej, aby uzyskać dane zamówienie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2017 r. KIO 921/17). Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r. KIO 336/17).

Z dokumentacji Postępowania wynika natomiast, iż pismem z dnia 25 stycznia 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania (pismo zatytułowane Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania). Jako podstawę unieważnienia Postępowania Zamawiający wskazał: „unieważniono postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto Zamawiający stwierdza, iż ceny wszystkich ofert przekraczają kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty.”

Mając na uwadze powyższy zapis w ocenie składu orzekającego Izby nie ulegało wątpliwości, iż Postępowanie zostało przez Zamawiającego unieważnione na podstawie dwóch przesłanek, tj. art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wprawdzie w treści zawiadomienia Zamawiający nie wskazał drugiej podstawy poprzez podanie ww. jednostki redakcyjnej (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), jednakże odniesiono się do treści tego przepisu (przytaczając ją z niewielkimi zmianami), w tym odniesiono się do możliwości Zamawiającego zwiększenia ww. kwoty.

Okoliczność powyższa, tj. unieważnienie Postępowania na podstawie dwóch przesłanek, tj. art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, została potwierdzona przez Zamawiającego w toku rozprawy. W ten sam sposób została ona również zidentyfikowana przez Odwołującego, czemu dał wyraz w treści odwołania (in fine). Wprawdzie odmienne stanowisko Odwołujący przedstawił na rozprawie, jednakże w ocenie składu orzekającego

Izby było one związane z przyjętą taktyką procesową w związku z postanowieniem Izby o pozostawieniu bez rozpoznania zarzutu 4.

Ww. ustalenie znajduje również w pełni potwierdzenie w okolicznościach faktycznych

niniejszej sprawy. Jak bowiem wynika z dokumentu Zbiorcze zestawienie ofert złożonych przez wykonawców kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wyniosła 14.084.838,71 zł (brutto) i cena każdej ze złożonych ofert kwotę tą przekraczała (w tym także cena oferty Odwołującego - 15.267.741,20 zł). Na marginesie należy wskazać, iż błędne jest rozumowanie Odwołującego, który za ww. kwotę uznaje 21.127.258,06 zł, która - w przeciwieństwie do cen zawartych w ofertach - obejmuje także zamówienia, o których mowa w 67 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp (tzw. zamówienia uzupełniające) - dokumentacja Postępowania (wniosek o przeprowadzenie Postępowania, protokół ZP). Złożone w Postępowaniu oferty zawierają ceny obejmujące wyłącznie realizację zamówienia podstawowego, a zatem należy je porównywać z kwotą, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia podstawowego. Ponadto, Zamawiający nie ma obowiązku dokonania zwiększenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego, kosztem kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówień uzupełniających. Mogłoby to bowiem doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający nie mógłby udzielić zamówień uzupełniających, pomimo zajścia takiej potrzeby i ziszczenia się przesłanek ustawowych z uwagi na brak środków finansowych na wymaganym poziomie, pierwotnie prawidłowo przewidzianym przez Zamawiającego.

Mając zatem na uwadze fakt unieważnienia przez Zamawiającego Postępowania, w tym na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała, iż Odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania. Nawet w przypadku potwierdzenia się wskazywanych naruszeń - w zakresie podlegającym rozpoznaniu przez Izbę, tj. odnoszących się wyłącznie do czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nie może on ponieść szkody, albowiem Postępowanie zostało przez Zamawiającego unieważnione i nie może ono zostać przez Izbę wzruszone, albowiem zarzuty wobec czynności unieważnienia Postępowania nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na wartość zamówienia niższą od tzw. progu unijnego. Tym samym w przypadku uznania przez Izbę za zasadne zarzutów podniesionych wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jego oferta w dalszym ciągu nie podlega przywróceniu do Postępowania, gdyż zostało ono już unieważnione i nie może to zostać zmienione na skutek wyroku Izby. W konsekwencji Odwołujący nie może ponieść szkody, albowiem bez względu na fakt wniesienia odwołania, jak i rozpoznania go przez Izbę, sytuacja Odwołującego jest dokładnie taka sama - nie ma on możliwości uzyskania zamówienia w tym konkretnym (unieważnionym) Postępowaniu.

Mając zatem na uwadze brak legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, Izba orzekła o jego oddaleniu.

Zarzuty podniesione wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego - jakkolwiek nie mogły zmienić wyniku postępowania odwoławczego - Izba ocenia jako zasadne. Jak wynika z dokumentacji Postępowania w ofercie Odwołującego zostały przez Zamawiającego zidentyfikowane następujące błędy, skutkujące jej odrzuceniem na podstawie przepisu art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

- 1) kosztorys: roboty budowlane, pozycja 67 d 6.1 - w opisie pozycji wpisano błędny rodzaj podłoża (podłoże z gazobetonu zamiast podłoże z blachy trapezowej);
- 2) kosztorys: elektryczny, pozycja 197 d 2.2.1 oraz 198 d 2.2.1 - wpisano błędne jednostki miary („adres” zamiast „lin” oraz „n-g” zamiast „system”);
- 3) kosztorys: elektryczny, pozycja 234 d 2.2.4 oraz 235 d 2.2.4 - w opisie pozycji wpisano błędne oznaczenie kabla („NHXH” zamiast „NHXCH”);
- 4) kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 1.13 - wpisano błędną jednostkę miary („szt.” zamiast „kpl”);
- 5) kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 2.2, 3.2, 4.3 - wpisano błędne jednostki miary („m²” zamiast „kpl” oraz zawarto robocze obliczenia Odwołującego);
- 6) kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 2.18 - wpisano błędną jednostkę miary („m” zamiast „kpl” oraz zawarto robocze obliczenia Odwołującego);
- 7) kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 3.5 - wpisano „2 szt.” zamiast „1 kpl”;

- 8) kosztorys: sanitarna zewnętrzna, pozycja 3.42 - wpisano błędną jednostkę miary „kpl” zamiast „mb” oraz nie podano ceny za metr bieżący.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby pod pojęciem „omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy rozumieć niezamierzony błąd wykonawcy, skutkujący niezgodnością z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Jak wynika z porównania treści ww. przepisu oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, omyłka uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie musi być oczywista - przyjmuje się, iż może ona być ustalana na podstawie treści samej oferty lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co więcej, sposób jej poprawienia może zostać ustalony po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Poprawienie omyłki nie może jednak powodować istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazano w jednym z wyroków Izby „pojęcie istotności zmiany treści oferty, nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też w żadnym innym przepisie ustawy. W związku z powyższym - zdaniem Izby - pojęcie to należy interpretować, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem przede wszystkim podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2009 r. KIO/UZP 1260/09). W orzecznictwie Izby podkreśla się, iż zamawiający może dokonywać poprawienia omyłek, ale nie może zastępować wykonawcy w formułowaniu treści oferty.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby błędy popełnione przez Odwołującego w ofercie wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, których dotyczy zarzuty podniesione w odwołaniu, należy zakwalifikować jako omyłki podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (w przypadku omyłki wskazanej w punkcie 3 można wręcz mówić o omyłce pisarskiej - brak jednej litery). Wymaga wskazania, iż prawie wszystkie błędy odnoszą się do treści kosztorysu, które zostały wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania i sprowadzają się do błędnego ich przepisania, co jak wynika z wyjaśnień Odwołującego spowodowane było niedostępnością przedmiarów w wersji edytowalnej. Zdaniem składu orzekającego Izby popełnione błędy nie były przez Odwołującego zamierzone - do takiego samego wniosku doszedł Zamawiający, co zostało przez niego potwierdzone w toku rozprawy. Nie wydaje się, aby istniały jakiegokolwiek racjonalne powody, dla których Odwołujący chciałby dokonać modyfikacji kosztorysów. Ponieważ jak wskazano powyżej błędy odnoszą się do treści kosztorysu ustalonej przez Zamawiającego, sposób ich poprawienia jest jeden i jest on znany Zamawiającemu. W przypadku ostatniej ze wskazanych omyłek wprowadzić zabrakło ceny za jeden mb, ale bez problemu może zostać ona wyliczona na podstawie pozostałych, podanych w ofercie danych - nie mamy tu zatem do czynienia z tworzeniem przez Zamawiającego nowej treści oferty. Wskazane omyłki nie będą prowadzić do zmiany treści oferty - żadne wyliczenia nie ulegną zmianie, wszystkie ceny pozostaną te same. Należy jeszcze zauważyć, iż w przypadku dokonywania poprawy omyłek zamawiający nie muszą się obawiać problemów na etapie rozliczania umowy, na co wskazywał Zamawiający w toku rozprawy. W przypadku zidentyfikowania którejkolwiek z omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający dokonuje jej poprawienia, a następnie niezwłocznie zawiadamia o tym fakcie wykonawcę. Jeżeli wykonawca nie zgodzi się na jej poprawienie, jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dokonana powyżej ocena zarzutów odnoszących się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie mogła jednak skutkować chociażby częściowym uwzględnieniem odwołania, z uwagi na stwierdzone przez Izbę brak po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Na marginesie Izba zauważa, iż do takiego samego rezultatu prowadzi stosowanie zasady wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.).

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

