

Sygn. akt: KIO 2457/14

WYROK
z dnia 9 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2014 roku przez wykonawcę **Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Prezydenta Miasta Piekary Śląskie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie** zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Dnia 21 listopada 2014 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie Oddział Rzeszów, zwany dalej „Odwołującym”:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Rozbudowa Szpitala Miejskiego w Piekarach Śląskich przy ulicy Szpitalnej 11 wraz z niezbędną infrastrukturą adaptacją budynków do nowych funkcji i wyburzeniami - Etap II, Nowy budynek BN” (dalej „postępowanie”) prowadzi Zamawiający: Prezydent Miasta Piekary Śląskie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 sierpnia 2014 r., numer ogłoszenia 2014/S 157-281974.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą Katowicach (dalej „DOMBUD”) jako najkorzystniejszej,
- b) zaniechania czynności odrzucenia oferty DOMBUD,
- c) czynności poprawienia przez Zamawiającego w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które powodują istotne zmiany w treści tej oferty,
- d) czynności zmiany treści oferty DOMBUD oraz prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą DOMBUD negocjacji dotyczących złożonej oferty,
- e) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- a) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty DOMBUD jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- b) naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie przez Zamawiającego w ofercie DOMBUD innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, pomimo, iż powodują one istotne zmiany w treści oferty DOMBUD,

c) naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOMBUD jako niezgodnej z ustawą z uwagi na prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą DOMBUD negocjacji dotyczących złożonej oferty, a w konsekwencji nieuprawnione dokonanie zmiany w treści oferty DOMBUD,

d) naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonał czynności odrzucenia oferty DOMBUD;

c) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego, przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby odrzucenia oferty DOMBUD, bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W konsekwencji, zgodnie z określonym w SIWZ kryterium oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem uplasowała się w rankingu oceny złożonych ofert na drugiej pozycji. Poprzez zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wymienionych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania. Efektem wskazanej powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący w dniu 12 listopada 2014 r. otrzymał od Zamawiającego faksem zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którym jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy DOMBUD, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Odwołanie wniesiono w dniu 21 listopada 2014 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust 5 ustawy Pzp kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty DOMBUD jako nieodpowiadającej treści SIWZ, Odwołujący stwierdził co następuje.

1. W pierwszej kolejności wskazał na obowiązujące w postępowaniu postanowienia SIWZ oraz wymagania w udzielanych przez Zamawiającego wyjaśnieniach. Mianowicie, zgodnie z Rozdziałem XIV pkt. 1 SIWZ oferta powinna składać się z wypełnionego formularza oferty - załącznik nr 1 do SIWZ oraz wypełnionego kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 a do formularza oferty. Jednocześnie Zamawiający zamieścił na własnej stronie internetowej wzór kosztorysu ofertowego uwzględniającego modyfikacje na dzień 29.09.2014 r. W treści załącznika nr 1a Zamawiający wskazał w poszczególnych pozycjach wymagane dane (pozycje 1 - 6), a następnie wymagał wpisania przez wykonawcę cen jednostkowych oraz wartości PLN (pozycje 7 i 8). Następnie, przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu (data 22.10.2014 r.) Zamawiający udzielił szeregu wyjaśnień treści SIWZ, które mają znaczenie z punktu widzenia zarzutów formułowanych w odwołaniu. Odwołujący wskazał na następujące pytania wykonawców i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego: były to pismo Zamawiającego z dnia 12.09.2014 r. (dot. pytania z dnia 04.09.2014 r.); pismo Zamawiającego z dnia 17.09.2014 r. (dot. pytania nr 1 z dnia 28.08.2014r.); pismo Zamawiającego z dnia 17.09.2014r. (dot. pytania nr 1 z dnia 08.09.2014r.); pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2014r. (dot. pytania nr 1 z dnia 17.09.2014r.); pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2014r. (dot. pytania nr 2 z dnia 17.09.2014r.); pismo Zamawiającego z dnia 23.09.2014r. (dot. pytania nr 4 z dnia 22.09.2014r.); pismo Zamawiającego z dnia 29.09.2014r. (dot. pytania nr 5 z dnia 03.09.2014r.); pismo Zamawiającego z dnia 29.09.2014r. (dot. pytania nr 2 z dnia 10.09.2014r.).

Odwołujący zauważył, że określony wzór kosztorysu ofertowego nie budził jakichkolwiek zastrzeżeń u wykonawców, zaś Zamawiający w udzielanych wyjaśnieniach każdorazowo wskazywał na brak możliwości ingerencji w przedmiar robót oraz wzór kosztorysu ofertowego, przede wszystkim z uwagi na zapisy wzoru umowy sporządzonego przez Zamawiającego, aby przy rozliczeniu kosztorysowym zabezpieczyć Zamawiającego przed roszczeniami o roboty dodatkowe.

Odwołujący po dokonaniu analizy treści oferty DOMBUD, w szczególności w zakresie prawidłowości załączonego do niej kosztorysu ofertowego, stwierdził, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodności oferty DOMBUD z wymaganiami Zamawiającego i merytoryczną treścią wzoru kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 a do oferty występują w następującym zakresie:

a. Konstrukcje

- pozycje 15 i 16. Wykonawca DOMBUD zaoferował płyty fundamentowe o grubościach 70cm i 50cm co jest niezgodne z dokumentacją projektową, która wymaga wykonania płyt fundamentowych o grubościach 80cm i 60cm. Zmniejszenie grubości płyt fundamentowych zagraża stateczności budynku i może doprowadzić do katastrofy budowlanej.

- poz. 154 - powinno być: ilość 0,416t w przedmiarze robót, tymczasem w ofercie jest: 0,418t;

b. Sieci zewnętrzne sanitarne

- przyłącze wodociągowe - wykonawca DOMBUD wprowadził dwie dodatkowe pozycje w swoim kosztorysie tj. poz. 8.1 i 9.1 na łączną kwotę 862,23zł, tymczasem w przedmiarze robót brak takich pozycji;

- przyłącze kanalizacji sanitarnej i technologicznej - wykonawca DOMBUD wprowadził dwie dodatkowe pozycje w swoim kosztorysie tj. poz. 42.1, 42.2, na łączną kwotę 7 760,45zł, tymczasem w przedmiarze robót brak takich pozycji;

- przyłącze kanalizacji deszczowej - wykonawca DOMBUD wprowadził dwie dodatkowe pozycje w swoim kosztorysie, tj. poz. 68.1, 68.2, na łączną kwotę 17 992,14zł, tymczasem w przedmiarze robót brak takich pozycji;

c. Instalacje nisko-prądowe

- w pozycji 129 brak wyceny przez wykonawcę

Brak ceny jednostkowej w tej pozycji kosztorysu, dotyczącej wykonania zabezpieczenia p.poż, powoduje, że wykonawca DOMBUD w istocie nie zaoferował tych robót. W związku z brakiem wykonania zabezpieczenia p.poż nie jest możliwe uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu, ponieważ nie będzie on spełniał wymogów ochrony przeciwpożarowej.

d. Branża sanitarna

- poz. 1123 - inna ilość - powinno być zgodnie z przedmiarem 26 m, tymczasem w ofercie jest: 28 m

- poz. 1145 - inna ilość - powinno być zgodnie z przedmiarem 2 szt, tymczasem w ofercie jest: 1 szt

- wykonawca DOMBUD wprowadził szereg dodatkowych pozycji tj.: 493.1; 494.1; 495.1; 496.1; 497.1; 498.1, 1024.1; 1032.1; 1041.1; 1059.1; 1068.1; 1077.1; 1086.1; 1095.1; tymczasem w przedmiarze robót brak takich pozycji;

e. Branża elektryczna

- pozycja 28 - brak pozycji i wyceny przez wykonawcę

Brak tej pozycji kosztorysowej, dotyczącej dostawy i montażu rozdzielnic R2.1R powoduje, że wykonawca DOMBUD nie zaoferował takiego urządzenia i w związku z tym nie jest

możliwe uruchomienie i poprawne funkcjonowanie instalacji elektrycznej. Nie można również uznać za wiarygodne wyjaśnienia wykonawcy, w którym próbuje on udowodnić, że brakujący element jest zawarty w pozycji nr 12, skoro opis tej pozycji wyraźnie wskazuje że dotyczy ona tylko rozdzielnic RZCW.

f. Dodatek 7

- poz. 65 - inna ilość - powinno być zgodnie z przedmiarem 0,6m³, tymczasem w ofercie jest: 0,8m³

g. Architektura

- poz. 64

Wykonawca DOMBUD zaoferował warstwy wyrównujące z zaprawy samopoziomującej o grubości 1mm podczas gdy wymagana była grubość 5mm.

-poz. 107,114,149

Wykonawca DOMBUD zaoferował wykonanie warstw wyrównawczych pod posadzki o grubościach 10mm przy wymogu projektowym 4cm. W tym przypadku oprócz niewykonalności tak cienkich posadzek w technologii opisanej w dokumentacji projektowej, zostaną zakłócone rzędne wysokościowe w budynku, co będzie wymagało poważnych zmian projektowych.

h. Braki specyfikacji STWiORB w kosztorysach DOMBUDU.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót stanowią integralną część dokumentacji projektowej i opisu przedmiotu zamówienia. Pominięcie lub zmiana specyfikacji w kosztorysach powoduje, że zaoferowane przez DOMBUD roboty będą wykonane niezgodnie w wymogami Zamawiającego.

Niezależnie od tego, w załączniku Nr 5 do odwołania Odwołujący wskazał na inne, dodatkowe uchybienia występujące w zakresie: branży sanitarnej, instalacji niskoprądowej, konstrukcji, tymczasowego zasilania kotłowni. W załączniku tym wskazano dane dotyczące konkretnej pozycji kosztorysowej oraz rodzaj uchybienia (kolumna 'Uwagi').

Powyższe odstępstwa od treści SIWZ i wymagań Zamawiającego stanowią zdaniem Odwołującego o niezgodności treści oferty DOMBUD z treścią SIWZ, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe usunięcie opisanych powyżej niezgodności pomiędzy treścią oferty złożonej przez wykonawcę DOMBUD a treścią SIWZ w żaden przewidziany ustawą sposób, w szczególności poprzez dopisanie brakujących pozycji czy też zmianę błędnie zaoferowanych i wycenionych ilości bądź cen jednostkowych pozycji kosztorysowych. Przede wszystkim zauważyć należy, że kosztorys ofertowy stanowi treść oferty przetargowej i nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie jest bowiem ani dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, ani dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Ponadto zauważyć należy, że informacje na temat tego, co konkretnie i w jakich ilościach/jednostkach zostało zaoferowane przez wykonawcę niewątpliwie stanowi merytoryczną treść oferty, bowiem wskazuje w jaki konkretnie sposób wykonawca planuje wykonać przedmiot zamówienia, tj. co konkretnie zamierza Zamawiającemu dostarczyć (wbudować).

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez poprawienie przez Zamawiającego w ofercie DOMBUD innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, pomimo, iż powodują one istotne zmiany w treści oferty DOMBUD, a także poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOMBUD jako niezgodnej z ustawą z uwagi na prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą DOMBUD negocjacji dotyczących złożonej oferty, a w konsekwencji nieuprawnione dokonanie zmiany w treści oferty DOMBUD, stwierdzono, co następuje.

Niezależnie od podnoszonych wcześniej w uzasadnieniu odwołania niezgodności oferty DOMBUD z treścią SIWZ, Odwołujący kwestionuje również czynności Zamawiającego dokonane na etapie badania oferty DOMBUD. Mianowicie, Zamawiający pismem z dnia 31.10.2014 r., działając w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do wykonawcy DOMBUD o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Jak wynika wprost z pisma Zamawiającego, w ofercie DOMBUD Zamawiający dostrzegł wiele niezgodności i braków w stosunku do wymagań określonych w przedmiarze robót. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca DOMBUD pismem datowanym na 04.10.2014 r. (powinno być: 04.11.2014r.) udzielił wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego, w poszczególnych punktach i branżach, udzielając negatywnej albo pozytywnej odpowiedzi, bądź też wskazując informacje nie wynikające z kosztorysu ofertowego. Udzielone odpowiedzi do poszczególnych branż wskazują na to, iż wykonawca DOMBUD nie dokonał wyceny poszczególnych pozycji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w załączniku nr 1a (wzór kosztorysu ofertowego). Przykładowo, uwagę zwraca kwestia poz. 28 branży elektrycznej i okoliczności jej nieujęcia w kosztorysie ofertowym wykonawcy. Kwestia ta była przedmiotem dodatkowych wyjaśnień pomiędzy Zamawiającym a DOMBUD (pismo Zamawiającego z dnia 04.11.2014 r. i odpowiedź wykonawcy z dnia 05.10.2014 r. - powinno być: 05.11.2014r.). W udzielonej odpowiedzi wykonawca DOMBUD twierdzi, iż pozycje 12 i 28 przedmiaru robót branży elektrycznej zostały ujęte wspólnie pod poz. 12 kosztorysu ofertowego „Instalacje elektryczne”. Odwołujący podnosi jednak, iż wyjaśnienia te nie znajdują jakiegokolwiek potwierdzenia w treści kosztorysu ofertowego zamieszczonego w ofercie DOMBUD. W szczególności z poz. 12 nie wynika, jakoby zostały w niej

umieszczone i wycenione jakiegokolwiek dodatkowe skrzynki i rozdzielnice skrzynkowe R2.1R, co więcej, podawane przez DOMBUD w wyjaśnieniach wartości 2.525,89 zł (poz. 28) i 10.104,80 zł (poz. 12) nie wynikają z kosztorysu ofertowego. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że poz. 28 została zwyczajnie pominięta i nie została zaoferowana oraz wyceniona przez wykonawcę DOMBUD, a twierdzenia o rzekomym ujęciu tego zakresu prac w poz. 12 są gołosłowne, bowiem nic takiego nie wynika z treści kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą.

Konsekwentnie do podniesionej wyżej argumentacji, Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego z dnia 06.11.2014r. polegającą na poprawieniu szeregu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z pisma tego wynika, iż Zamawiający w bardzo dużej ilości miejsc kosztorysu ofertowego dodał nieuwjęte przez DOMBUD krotności, poprawiał opisy poszczególnych pozycji, zmieniał podstawy wyceny, poprawiał ilości jednostek, dopisywał jednostki miary, a także dokonywał zmiany wartości poszczególnych pozycji i w efekcie wartość całego kosztorysu. Także w odniesieniu do poruszanej wyżej kwestii braku ujęcia i wyceny w kosztorysie DOMBUD poz. 28 branży elektrycznej Zamawiający dokonał modyfikacji oferty, poprzez dodanie poz. 28 i zmianę wartości poz. 12, wbrew wyjaśnieniom udzielonym przez samego wykonawcę DOMBUD, zgodnie z którymi wartość poz. 28 została ujęta w poz. 12.

Powyższy przykład zdaniem Odwołującego dowodzi, iż w postępowaniu doszło do niedopuszczalnych ustawą negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DOMBUD, w efekcie których dokonano zabronionej zmiany treści złożonej oferty. Treść tej oferty została po upływie terminu składania ofert ukształtowana przez Zamawiającego, a w zakresie poz. 28 branży elektrycznej, nawet wbrew wyjaśnieniom samego wykonawcy.

Podsumowując sformułowane zarzuty, niedopuszczalne i sprzeczne z przepisami ustawy było zaakceptowanie wyjaśnień DOMBUD udzielonych w dniu 04.11.2014 r. a następnie dokonanie przez Zamawiającego w dniu 06.11.2014 r. poprawie oferty DOMBUD, bowiem wyjaśnienia te i zmiany stanowiły de facto niedopuszczalną modyfikację i uzupełnienie oferty wykonawcy DOMBUD o elementy i informacje wyraźnie narzucone i wymagane wzorem kosztorysu ofertowego (przedmiar robót - załącznik nr 1a). W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego i wykonawcy DOMBUD doprowadziły w istocie do zmiany treści złożonej oferty. Tymczasem zakaz modyfikacji treści oferty, w tym jej uzupełniania, poprzez składanie wyjaśnień, został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Również w orzecznictwie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia nie mogą służyć usuwaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Stanowisko powyższe Izba wyraziła wielokrotnie, np. w wyroku KIO z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 425/12. Tym

samym, wobec dokonania modyfikacji treści oferty DOMBUD po upływie terminu składania ofert, oferta ta winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Wreszcie wskazać należy, że niedopuszczalne było poprawienie wskazanych powyżej niezgodności treści oferty złożonej przez wykonawcę DOMBUD z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli jako innej omyłki. Abstrahując od istotności i ilości błędów popełnionych przez DOMBUD w kosztorysie ofertowym, należy podkreślić, że dokonanie poprawki na tej podstawie prawnej wymagało uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy DOMBUD o złożenie wyjaśnień w przedmiocie kilkudziesięciu, a nawet kilkuset, pozycji kosztorysowych. Tymczasem zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w szeregu orzeczeń, warunkiem sine qua non dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to, iż Zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. Pogląd powyższy został wyrażony przez Izbę m.in.: w wyroku z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt: KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12, w wyroku z dnia 10 lipca 2010r., sygn. akt KIO/1420/10, w wyroku z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 429/12, w wyroku z dnia 16 lipca 2012 r. sygn. akt: KIO 1323/12, w wyroku z dnia 23 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 55/12 oraz w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 758/12, KIO 774/12.

Odwołujący zauważył, że w tej sprawie Zamawiający bez udzielenia obszernych wyjaśnień przez wykonawcę DOMBUD nie był w stanie w jakikolwiek sposób stwierdzić, jak należy dokonać poprawienia kosztorysu ofertowego wykonawcy. Występujące bowiem w tym kosztorysie ofertowym braki i uchybienia nie pozwalały na samodzielne dokonanie przez Zamawiającego poprawienia kosztorysu. W efekcie, dopiero wskazówki wykonawcy DOMBUD stanowiły punkt wyjścia do dalszego działania Zamawiającego, jednak działania te spowodowały istotną zmianę treści złożonej oferty i w sposób niedopuszczalny usunęły dużą ilość wad kosztorysu ofertowego.

Odwołujący podniósł jeszcze jedną okoliczność i zakwestionował sposób i skuteczność poprawienia przez Zamawiającego pismem z dnia 06.11.2014 r. omyłek w kosztorysie ofertowym DOMBUD, w zakresie poprawienia szeregu opisów pozycji kosztorysowych. Mianowicie, Zamawiający pismem w odniesieniu do poszczególnych wymienionych w piśmie branż dokonał poprawek opisów posługując się wielokrotnie stwierdzeniem cyt.: „w wymienionych pozycjach wystąpiła omyłka w opisie pozycji komórki „Nazwa i opis pozycji przedmiary robót, zamawiający poprawia ww opis zgodnie ze SIWZ”.

Odwołujący podkreśla, iż z tak dokonanej przez Zamawiającego czynności nie wynika, jaka omyłka miała miejsce zdaniem Zamawiającego w kosztorysie ofertowym i jak będzie prezentowała się treść kosztorysu ofertowego po dokonaniu poprawienia opisu. Innymi słowy, kompletnie niewiadomym pozostaje co konkretnie w danym opisie pozycji Zamawiający potraktował jako niezgodność z SIWZ. Zdaniem Odwołującego ma to fundamentalne znaczenie w odniesieniu do bardzo dużej ilości pozycji kosztorysowych.

Odwołujący na przykładzie wybranej pozycji kosztorysowej przedstawi istotę problemu:

Branża sanitarna – poz. 495: we wzorze kosztorysu ofertowego (przedmiar robót) jest „umywalka ceramiczna prostokątna 55x44 cm, głębokość niecki 12,5 cm, rozstaw otworów montażowych 28 cm z półpostumentem, wyposażona w zestaw odpływowy i zabezpieczona przed przelaniem (z syfonem), umywalka z otworem na baterie”.

w kosztorysie ofertowym DOMBUD jest: poz. 495 „umywalka ceramiczna prostokątna 55x44 cm, głębokość niecki 12,5 cm, rozstaw otworów montażowych 28 cm z półpostumentem, wyposażona w zestaw odpływowy i zabezpieczona przed przelaniem (z syfonem), umywalka z otworem na baterie 54,50 cm bez przelewu”.

Dalej, wykonawca DOMBUD w swoim kosztorysie ofertowym dopisał pozycję 495.1, której nie było we wzorze kosztorysu: poz. 495.1. „postument porcelanowy do umywalk”.
Zamawiający pismem z dnia 06.11.2014 r. zawiadomił, iż poprawia omyłki w kosztorysie DOMBUD: (...) poz. 495 i 495.1, „w wymienionych pozycjach wystąpiła omyłka w opisie pozycji komórki „Nazwa i opis pozycji przedmiary robót”, zamawiający poprawia opis zgodnie ze SIWZ”.

Odwołujący zaznaczył, iż z tak dokonanej przez Zamawiającego czynności nie wynika de facto, co i w jaki sposób uległo zmianie. Niewiadomym więc pozostaje, jaką ostatecznie treść nadał Zamawiający kosztorysowi ofertowemu DOMBUD, mając w szczególności na uwadze fakt, iż wykonawca DOMBUD w swoim kosztorysie posługuje się dwoma pozycjami (495 i 495.1), nie zaś jedną pozycją zgodnie ze wzorem kosztorysu ofertowego. Skoro Zamawiający poinformował, iż „poprawia ww opis zgodnie ze SIWZ”, zastanawiające jest, jaka jest obecnie treść opisu pozycji 495.1 w kosztorysie ofertowym, skoro w treści SIWZ pozycja taka nie występuje. Ponadto, nie wiadomo, co Zamawiający uczynił z cenami jednostkowymi i wartościami netto dla poz. 495 i 495.1 kosztorysu netto (scalil je, odjął, czy też może usunął jakieś wartości ?).

Analogicznych sytuacji do opisanej powyżej jest o wiele więcej. Powyższe dowodzi, iż Zamawiający dokonał poprawienia omyłek w sposób błędny i nieskuteczny. Opisany przykład dot. poz. 495 i 495.1 pokazuje również, iż kosztorys ofertowy DOMBUD zawiera w swej treści uchybienia, których nie sposób jednak zakwalifikować do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił również uwagę, iż wykonawca DOMBUD

pismem z 07.11.2014r. znak RM/188/14 wyraził zgodę na poprawienie w jego ofercie omyłek, jednak nie sposób nie odnieść wrażenia, że wykonawca ten wyrażając tę zgodę nie posiada wiedzy, jaki kształt ma obecnie jego kosztorys ofertowy. Bynajmniej, wiedza taka nie wynika z zawiadomienia Zamawiającego z dnia 06.11.2014 r.

Z korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DOMBUD nie wynika ponadto, jak powinna zmienić się wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych (w szczególności tych 'zdublowanych' przez wykonawcę np. 493 i 493.1, 494 i 494.1, 495 i 495.1 itd.), a także sumaryczna wartość oferty DOMBUD. Wskazywana w piśmie Zamawiającego wartość „+ 7005,53 zł” nie została poparta jakimikolwiek wyliczeniami.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, stwierdzono, co następuje.

Odwołujący przypomniał, że ustawa nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Oznacza to między innymi, iż Zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, jaki zostały przewidziane. Dokonując zatem wyboru oferty najkorzystniejszej, może oprzeć tę czynność wyłącznie o postanowienia SIWZ przyjęte na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian jej treści dokonanych do upływu terminu składania ofert. Działania przeciwne, jak w niniejszym przypadku brak odrzucenia oferty DOMBUD z uwagi na złożenie kosztorysu ofertowego niezgodnego ze wzorem narzuconym przez Zamawiającego, a następnie nieuprawnioną zmianę tego kosztorysu wbrew zasadom ustalonym przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści SIWZ, doprowadziły do nierównego traktowania wykonawców, a zatem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji także naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił również szczególną uwagę na fakt, iż de facto tylko oferta wykonawcy DOMBUD zawiera w swoich kosztorysach ofertowych błędy i braki na tak dużą skalę. Z analizy korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcami w toku badania ofert wynika, iż o wyjaśnienie treści złożonej oferty Zamawiający prosił jedynie wykonawcę DOMBUD i wykonawcę Coprosa Polska Sp. z o.o. Przy czym, w odniesieniu do wykonawcy Coprosa Polska Sp. z o.o. wniosek o wyjaśnienie wyceny krotności w branży 'Instalacja klimatyzacji' dotyczył niewielkiej ilości pozycji, co więcej w wyniku udzielonych wyjaśnień Zamawiający nie dokonywał żadnych zmian w treści tej oferty. Tymczasem w przypadku wykonawcy DOMBUD, wyjaśnienia dotyczyły bardzo dużej ilości miejsc kosztorysu ofertowego i szeregu różnych uchybień: nieujęcia krotności, braków albo

nieprawidłowych opisów poszczególnych pozycji, zmiany podstaw wyceny, nieprawidłowej ilości jednostek, braków albo niewłaściwych jednostek miar, co skutkowało daleko idącą ingerencją w treść oferty (kosztorysów) powodującą zmiany wartości poszczególnych pozycji i w efekcie sumarycznej wartości całego kosztorysu. Natomiast w odniesieniu do oferty Odwołującego, Zamawiający nie dokonywał jakichkolwiek poprawek ani nie wnosił o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W związku z powyższym należy uznać, iż oferty Odwołującego i DOMBUD były nieporównywalne, a konwalidowanie przez Zamawiającego niezgodności i braków występujących w kosztorysie ofertowym DOMBUD poprzez wprowadzenie pismem z dnia 06.11.2014 r. zmian (poprawek) naruszyło powołane na wstępie odwołania przepisy.

Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów; dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W konsekwencji, naruszenie powołanych w odwołaniu przepisów prawa, doprowadziło do zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, pytań i odpowiedzi na pytania udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego prawidłowo przystąpił wykonawca DOMBUD S.A. z siedzibą Katowicach, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając szczegółową argumentację.

Ustalono, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przedstawił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

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 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 (...)*”.

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. Zdaniem składu Izby orzekającego w przedmiotowej sprawie zakres możliwych do poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien być interpretowany możliwie najszerzej.

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).

Co do uwag ogólnych odnośnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to zgodnie przywołaną regulacją, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Dostrzeżenia jednocześnie wymaga, że zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmienić treść oferty. Zastosowanie tego przepisu także nie może prowadzić do negocjacji treści oferty. Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/14: *„Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty.”*

Z kolei, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi generalnie obowiązek, jeśli istnieją ku temu stosowne podstawy w danym stanie faktycznym.

Należy wskazać, za wyrokiem KIO z 23.01.2013 r., sygn. akt: KIO 27/13, że: *„Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych*

omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09).”.

Niewątpliwie podkreślić należy, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi narzędzia do – naprawiania – „błędnie” złożonych ofert, lecz stanowi podstawę poprawy omyłek, której to poprawy może dokonać Zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Wykonawcę w kontekście SIWZ nie będzie istotne.

Nie negując ogólnej zasady, iż poprawa omyłek winna odbywać się bez pomocy wykonawcy, samodzielnie przez Zamawiającego, na podstawie danych, którymi dysponuje w ofercie, to w ocenie składu orzekającego Izby, dopuszczalne jest w pewnych okolicznościach wzywanie do wyjaśnień - jako poprzedzenie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte. Może się bowiem zdarzyć, że Zamawiający nie dostrzega tego, co oferta już zawiera, nie umie w sposób prawidłowy odczytać intencji wykonawcy. Takie stanowisko znajduje również oparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach z 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09, który dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W tym zakresie, Izba przywołuje także wyrok KIO z 30.01.2013, sygn. akt: KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12: „Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 1127/10, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. o sygn. akt KIO 2813/12).”.

Z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 73/14, wynika, że za omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 należy uznać niezamierzone opuszczenie w dokumencie jednego a nawet kilku wyrazów.

Pamiętać należy, że ustawodawca dał Zamawiającemu, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wystąpienie takiego rodzaju omyłki, mieszczącej się w zakresie obowiązywania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp według konsekwentnie prezentowanego w orzecznictwie KIO stanowiska, powinno być spowodowane niezamierzonym działaniem wykonawcy, wynikającym np. z przeoczenia, niedopatrzenia itp. Ponadto charakter omyłki nie może być istotny, a jej poprawienie musi być możliwe poprzez samodzielną czynność Zamawiającego. Wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy, a działania Zamawiającego w tym zakresie nie mogą prowadzić do

negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty. w przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby nie doszło do niedozwolonych między Stronami negocjacji, a tym samym nie potwierdziło się również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie można za negocjacje uznać okoliczności, że wykonawca poprzez złożenie wyjaśnień wskaże Zamawiającemu, w jakiej pozycji ujął określone koszty.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wielokrotnie wskazywała na obowiązek podjęcia przez Zamawiającego działań zmierzających do wyjaśnienia treści oferty i poprawienia omyłek. Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia w postępowaniu wszelkich dostępnych mu procedur i wykonania czynności umożliwiających wykonawcy wyjaśnienie wątpliwości co do treści złożonej oferty, w szczególności takich, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w postępowaniu. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia Zamawiającego do ewentualnego ustalenia, że dana oferta nie odpowiada treści SIWZ (tak KIO w wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 64/14). Także w wyroku z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2971/13 podkreślono, że przed uzyskaniem od wykonawcy wyjaśnień w zakresie treści oferty decyzja o odrzuceniu oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie jest możliwa.

Wyrok KIO z dnia 8.11.2010 r., sygn. akt KIO 2317/10 zawiera z kolei istotne podkreślenie, że naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadzają się między innymi do przyjęcia założenia, iż ofertę wykonawcy należy oceniać jako złożoną w dobrej wierze, przygotowaną w sposób racjonalny (co nie wyklucza pewnych dopuszczalnych pomyłek w jej przygotowaniu i złożeniu) i zmierzającą do uzyskania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w sposób przyjęty i wyrażony przez wykonawcę. W świetle powyższego Zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach obowiązujących przepisów ustawy Pzp w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, która w sposób istotny wpływałaby na treść tej oferty nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, a więc podjęta przez Zamawiającego decyzja o poprawieniu omyłek w ofercie Przystępującego była prawidłowa.

Okoliczności przygotowania i złożenia oferty jednoznacznie wskazują, że intencją i zamiarem Przystępującego było złożenie oferty z kosztorysem ofertowym wypełnionym zgodnie z wolą Zamawiającego, uzewnętrznioną w SIWZ. Odwołujący zamieścił w ofercie oświadczenie o akceptacji bez zastrzeżeń zapisów SIWZ, w tym również

zobowiązał się do wykonania zamówienia na warunkach i zasadach tam określonych, zwłaszcza w zakresie przedmiotowym, związanym z całokształtem robót budowlanych ujętych w dokumentacji do wykonania. Przystępujący oświadczył także, że przedmiot oferty jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Poprawienie wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu omyłek w wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego nie spowodowało istotnych zmian w treści oferty. Czynność ta doprowadziła do pełnej zgodności treści oferty z SIWZ, na co pozwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast sama poprawa nie zmieniła sposobu realizacji zamówienia. Omyłki sprowadzają się w gruncie rzeczy do niecelowego pominięcia pewnych wyrazów albo dodania nowych wyrazów w opisach pozycji, które nie znalazły się w SIWZ. Warto zauważyć, iż w żaden sposób nie wpłynie to na sposób wykonania zamówienia, bardzo szczegółowo opisany przez Zamawiającego za pomocą dokumentacji projektowej. Odwołujący nie wykazał, że w ofercie Przystępującego doszło do celowego działania, że wykonawca celowo wprowadził nowe wyroby, materiały, których zamierza użyć przy realizacji robót. Zmiany w opiach KNR, do których odwoływał się wykonawca wnoszący odwołanie są, w ocenie Izby, zmianami o charakterze niemerytorycznym, związanym raczej z korzystaniem z określonego programu do kosztorysowania. Odwołujący nie przedstawił dowodów, na okoliczność, że takie ujęcie opisu KNR zmienia przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby również omyłki co do ilości metrów Zamawiający ma prawo poprawić, powiększając lub pomniejszając ilość metrów zgodnie z zapisami przedmiarów, nawet jeżeli spowoduje to zmniejszenie lub zwiększenie ceny po przemnożeniu właściwej ilości metrów przez podaną i określoną przez wykonawcę cenę jednostkową (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 lutego 2011 roku, sygn. akt KIO 186/11; w wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 698/11 oraz w wyroku z dnia 30 marca 2012 roku, sygn. akt KIO 538/12). Jeżeli wykonawca w złożonej ofercie poda ilość jednostek nieodpowiadającą ilości jednostek podanych w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ ze wskazaniem jej ceny jednostkowej, Zamawiający ma podstawy i może zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez dokonanie poprawienia w ofercie omyłki, ponieważ dysponuje informacją o cenie jednostkowej, a poprawienie treści oferty w tym zakresie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zmiana będzie polegała na prostym przemnożeniu właściwej liczby jednostek przez cenę jednostkową, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych zmian. Dostrzeżenia także wymaga, iż tego rodzaju omyłki należą do najczęściej korygowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość poprawy takiego rodzaju nieistotnych błędów służyło właśnie wprowadzenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w obecnym brzmieniu tego przepisu. Ustawodawca dał Zamawiającym możliwość zadecydowania o korekcie oferty, kiedy

postępowanie dotyczy zwłaszcza skomplikowanych robót budowlanych a wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia i przedstawienia kosztorysu. Nie sposób sobie wyobrazić, że przy dużej liczbie jednostek przedmiarowych nie dojdzie do pomyłki w zakresie określonych ilości. Podobnie należy stwierdzić w przypadku pomyłki jednostki miary określonej w przedmiarze, a brakującej w ofercie. Jeżeli zgadzały się wszystkie inne dane w pozycji, to nic nie stało na przeszkodzie, aby dokonać w ofercie poprawy, w taki sposób, aby przypisać danej pozycji prawidłową jednostkę miary. Dodatkowo, jak słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący, już z samego opisu pozycji wynikało, w jakich jednostkach miary wykonywane są prace. Odnośnie pozycji „nowych” w kosztorysie ofertowym Przystępującego, to wskazać należy, iż wbrew ocenie Odwołującego wykonawca nie wprowadził do swojego kosztorysu nowych pozycji. Zachował się więc zgodnie z wymogami Zamawiającego, który wielokrotnie podkreślał, że wykonawcy samodzielnie nie mogą korygować jednostek przedmiarowych. Te „nowe” pozycje w kosztorysie Przystępującego to w rzeczywistości rozbitcie jednej pozycji z przedmiaru na dwie pozycje w kosztorysie z uwagi na uwzględnienie niezbędnych nakładów rzeczowych i materiałowych do wykonania danej pracy. Nie jest niczym szczególnym, że w jednej pozycji (np. 495) ujęte jest wykonanie prac związanych z montażem umywalek, a pozycja 495.1 uwzględnia dostawę samego materiału do wykonania prac. Odwołujący podkreślał, że w takim przedstawieniu kosztorysu nieznaną jest ostateczna treść oferty Przystępującego i zakres prac. Tymczasem dla Izby oczywistym jest, że poprawa została dokonana w ten sposób, że obowiązującym jest opis pozycji z przedmiaru robót, a cena za wykonanie prac z pozycji 495 i 495.1 została scalona w jedną kwotę.

Dostrzeżenia wymagało, że poprawienie w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego omyłek, stanowiących o niezgodności oferty treścią SIWZ czy też omyłek rachunkowych nie spowoduje istotnej zmiany oferty wykonawcy Przystępującego. O możliwości dokonania poprawy nie decyduje ilość, czy też kwota omyłek ale ich istotność, rozpatrywana przez pryzmat i wpływ na treść całej oferty. 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 co prawda może ulec cena oferty, natomiast zakres i wielkość tej zmiany w stosunku do całokształtu oferty obejmuje jej niewielki wycinek. Fakt, że omyłka ta może ewentualnie mieć wpływ na cenę oferty, nie stanowi automatycznie przeszkody w jej poprawieniu (por. wyrok KIO z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO 702/10).

Decydująca jest bowiem istotność dokonanej poprawy. Zatem dokonane poprawki uznać należało za nieistotne.

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

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów wskazanych w petitum odwołania, w tym także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Nie może być mowy o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający skorzystał z przysługujących mu zgodnie z ustawą Pzp uprawnień. Uprawnień tych w ocenie Izby nie nadużył.

W ocenie składu orzekającego Izby nie doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających w postępowaniu odrzuceniu w ramach posiadanych środków finansowych, za podstawę przyjmując opisane w SIWZ kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z tych powodów uznano, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej była prawidłowa. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Przewodniczący: