

**WYROK**  
**z dnia 26 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2014 r. przez wykonawcę **RENOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Piękna 47, 00-672 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych "Śląsk" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Sikorskiego 41 40-282 Katowice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **RENOVA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Piękna 47, 00-672 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu.

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

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

I. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. «Wykonanie robót budowlanych związanych z renowacją obiektu zabytkowego w ramach zadania inwestycyjnego: „Renowacja Sali Sejmu Śląskiego”», o wartości mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, zamawiający - Województwo Śląskie z siedzibą w Katowicach - odrzucił ofertę wykonawcy - RENOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - odwołującego w postępowaniu odwoławczym.

Czynność odrzucenia oferty zamawiający uzasadnił następująco.

„1. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny:

a. Zamawiający w pkt IV SIWZ oraz w załącznikach, tj. w Krótkim Opisie Przedmiotu Zamówienia, w istotnych dla stron postanowieniach, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, podzielił zadanie na dwa etapy i szczegółowo określił terminy oraz zakresy poszczególnych etapów realizacji zamówienia.

Zgodnie z powyższym zakończenie robót I etapu ma nastąpić do dnia 29 sierpnia 2014 r., natomiast zakończenie robót II etapu planowane jest do dnia 29 maja 2015 r.

Zgodnie z opisami SIWZ oraz przedmiarami robót, Wykonawca zobowiązany był podzielić roboty budowlane wchodzące w zakres renowacji Sali Sejmu Śląskiego oddzielnie na I etap robót i II etap robót oraz wskazać w formularzu oferty oddzielnie ich wartość.

Do oferty załączono kosztorys ofertowy instalacji AV, w którym brak jest podziału robót instalacji AV na etap I i etap II. Wykonawca w pkt 3 formularza ofertowego ujął łączną wartość kosztorysu ofertowego instalacji AV I i II etapu w wartości etapu II, wg. kwot wskazanych w formularzu oferty Wykonawca nie oferuje wykonania przypadającej w I etapie robót instalacji AV w terminie do 29 sierpnia 2014 r. Wszystkie roboty wchodzące w skład instalacji audio-video zgodnie z ofertą Wykonawcy będą wykonywane w drugim etapie robót, co jest niezgodne z zapisami SIWZ. Zamawiający nie ma możliwości doliczenia do wartości I etapu robót wskazanego przez Wykonawcę na formularzu oferty wartości instalacji audio-video, gdyż kosztorys ofertowy na wykonanie ww. instalacji nie został podzielony na etapy robót i nie ma matematycznej możliwości wyliczenia wartości instalacji AV oddzielnie na I i II

etap robót, tym samym Zamawiający nie ma możliwości dokonania poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

**b.** W kosztorysie ofertowym instalacji audio-video we wszystkich pozycjach (121 pozycji) nie wskazano podstaw wyceny. Zamawiający nie może uzupełnić ww. podstaw wyceny w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, gdyż nie ma pewności, z jakiej podstawy wyceny wyceniono poszczególne pozycje:

- czy z podstawy wyceny wskazanej w przedmiarze robót,
- czy wg kalkulacji własnej dopuszczonej przez Zamawiającego zgodnie z zapisami rozdziału XII pkt 8 SIWZ.

W związku z powyższym kosztorys ofertowy instalacji audio-video Wykonawcy nie spełnia wymagań rozdziału XII pkt 9e SIWZ, zgodnie z którym kosztorysy ofertowe należy wydrukować i załączyć do oferty w formie uproszczonej zawierającej co najmniej: podstawę wyceny, opis pozycji kosztorysowej, jednostkę miary, ilość jednostek miar, cenę jednostkowo-ryczałtową z narzutami bez VAT w zł oraz wartość pozycji z narzutami bez VAT w zł.

**c.** Kosztorys ofertowy na roboty budowlane oraz prace konserwatorskie Etapu I jest niezgodny z przedmiarem robót stanowiącym integralną część SIWZ, zawiera błędy polegające na:

- braku wyceny pozycji nr 1.2.9. przedmiaru robót (roboty budowlane I etap) tj.: KNR 401/313/4 wykonanie przesklepień otworów w ścianach z cegieł, dostarczenie i obsadzenie belek stalowych, do I NP 180 mm - nadproża zabezpieczające z HEB100 w ilości 17,0 m.

W kosztorysie ofertowym na roboty budowlane I etapu występują wskazane roboty w innych pozycjach, tj. nr 1.1.8, 1.3.9 i 1.4.9 kosztorysu ofertowego, jednak ceny jednostkowe za wykonanie powyższych robót są różne, tj. w:

- - pozycji nr 1.1.8 cena jednostkowa to 153,22 zł/m
- - pozycji nr 1.3.9 cena jednostkowa to 148,61 zł/m
- - pozycji nr 1.4.9 cena jednostkowa to 148,61 zł/m.

W związku z powyższym brak jest możliwości jednoznacznego ustalenia ceny jednostkowej za wykonanie pominiętej przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym pozycji 1.2.9 przedmiaru robót, tj.: nadproża zabezpieczające z HEB100 w ilości 17,0 m i tym samym jednoznacznego ustalenia wartości w/w pozycji;

- nieprawidłowo wycenionej pozycji nr 2.3.7. kosztorysu ofertowego (roboty budowlane I etap) polegającej na wycenieniu innego rodzaju robót w ww. pozycji kosztorysu. W kosztorysie ofertowym wyceniono KNR 4-01 0713-02 przecieranie istniejących tynków wewnętrznych z zeszkrobaniem farby lub zdzieraniem tapet na stropach, biegach i spocznikach w ilości 26,428 m. Zgodnie z przedmiarem robót należało wycenić KNRW 4-01

0722-02 przecieranie istniejących tynków zewnętrznych, na ścianach, loggiach, balkonach, tynk cementowo-wapienny, kategoria III.

W pozostałych pozycjach kosztorysów ofertowych Wykonawcy brak jest ceny jednostkowej za wykonanie robót wyszczególnionych w pozycji 2.3.7 przedmiaru robót. Brak jest możliwości ustalenia lub wyliczenia ceny jednostkowej, a tym samym wartości ww. pozycji (brak cen materiałów i sprzętu niezbędnych do ustalenia ceny jednostkowej pozycji wg. nakładów podstawy KNRW 4-01 0722-02 wskazanej w przedmiarze robót - niezbędne ceny materiałów i sprzętu: wapno suchogaszone, gips budowlany szpachlowy powierzchniowy, piasek do zapraw i wyciąg).

Ponadto Zamawiający nie może uzupełnić kosztorysu ofertowego Wykonawcy, gdyż nie ma pewności z jakiej podstawy wyceny Wykonawca wyceniłby przedmiotową pozycję:

- czy z podstawy wyceny wskazanej w przedmiarze robót
- czy wg kalkulacji własnej dopuszczonej przez Zamawiającego zgodnie z zapisami rozdziału XII pkt 8 SIWZ;

- braku wyceny pozycji nr 1.1.5 przedmiaru robót (prace konserwatorskie Etap I), tj.: TZKNBK 8/204/2 Sztablatury na gotowym podkładzie z przygotowaniem zaprawy-analogia- z wygładzeniem i oszlifowaniem powierzchni na ścianach, uzupełnienie ubytków i wypełnienie spękań w ilości 403,99 m<sup>2</sup>.

W pozostałych pozycjach kosztorysów ofertowych Wykonawcy brak jest ceny jednostkowej za wykonanie robót wyszczególnionych w pozycji 1.1.5 przedmiaru robót. Brak jest możliwości ustalenia lub wyliczenia ceny jednostkowej a tym samym wartości ww. pozycji (brak cen materiałów i sprzętu niezbędnych do ustalenia ceny jednostkowej pozycji wg. nakładów podstawy TZKNBK 8/204/2 wskazanej w przedmiarze robót - niezbędne ceny materiałów i sprzętu: gips budowlany zwykły, haki do muru, listwy i łaty iglaste, wapno gaszone oraz żuraw okienny 0,15t). Ponadto Zamawiający nie może uzupełnić kosztorysu ofertowego Wykonawcy, gdyż nie ma pewności z jakiej podstawy wyceny Wykonawca wyceniłby przedmiotową pozycję:

- czy z podstawy wyceny wskazanej w przedmiarze robót
- czy wg kalkulacji własnej dopuszczonej przez Zamawiającego zgodnie z zapisami rozdziału XII pkt 8 SIWZ.

Ww. pozycja dotyczy najważniejszych prac przy renowacji Sali Sejmowej (renowacja stiukomarmurów opisanych w programie konserwatorskim). Zamawiający nie może poprawić powyższych błędów oraz dopisać ww. pozycji kosztorysu i wycenić ich zgodnie z dostępnymi informacjami zawartymi w kosztorysie ofertowym Wykonawcy (gdyż informacje te nie występują w kosztorysach ofertowych Wykonawcy).

W postępowaniach z wynagrodzeniem kosztorysowym ceny jednostkowe stanowią podstawową wielkość, od której uzależnione jest ustalenie ceny oferty i wynagrodzenia Wykonawcy.

Brak ceny jednostkowej i/lub pominięcie jakiegokolwiek pozycji powoduje, że rozliczenie wykonanych robót będzie niemożliwe. Nie można więc uznać, że zaniechanie wpisu w określonej pozycji jest oczywistą omyłką pisarską podlegającą na poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wprowadzenie bowiem nowej treści w rubryce niewypełnionej nie jest w istocie rzeczą poprawieniem omyłki, ale wprowadzeniem nowej wielkości bez poprawienia omyłki - wyrok KIO z 22 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1424/08), co jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji należy uznać jako niezgodność treści oferty z SIWZ, a nie w kategorii omyłki (wyrok KIO z 30 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 362/08, wyrok KIO z 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 476/09).

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wymaganych przez Zamawiającego, gdyż mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu.

W związku z powyższym Zamawiający postąpił jak na wstępie”.

**II.** Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego zarzucając naruszenie wyłącznie: art. 89 art. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp przez ich zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ i jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny; art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp przez ich niezastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego; art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych "Śląsk" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wybory jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty wykonawcy "Śląsk" Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a także zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

**1a.** Podniesione przez zamawiającego zarzuty naruszają przepisy ustawy Pzp, w tym art. 87 ust. 2. Twierdzenie zamawiającego jakoby niemożliwe byłoby matematyczne wyliczenie wartości instalacji AV oddzielnie na I i II etap robót nie zasługuje na uznanie. Kosztorys AV wykonawcy obejmuje realizację dwóch etapów robót. Jego rozdzielenie nie stanowi

problemu. Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 1 mógł wystąpić do wykonawcy z zapytaniem o wyjaśnienie dotyczące treści oferty. Ponadto, zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 mógł również sam poprawić omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią SIWZ samodzielnie, gdyż jej poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Nieprawdziwe jest twierdzenie zamawiającego, że odwołujący chce wykonać wszystkie roboty AV w II etapie. Odwołujący złożył jeden kosztorys na dwa etapy i omyłkowo wpisał jego wartość tylko do etapu II w formularzu. Taki błąd jest nieistotny, nie ma wpływu na realizację, cenę oraz nie świadczy o niewykonaniu robót w I etapie. Kosztorys przedstawiony przez zamawiającego podzielony jest na dwa etapy łącznie, a nie stanowi dwóch części. Pozycje od 1 do 107 stanowią etap I natomiast pozycje powyżej etap II, co jednoznacznie wskazuje na możliwość podzielenia kosztorysu na dwa etapy, bez konieczności tworzenia dwóch oddzielnych kosztorysów. Zamawiający stwierdził w swoim piśmie, że brak dokonania poprawy omyłki wynika z faktu braku matematycznego wyliczenia wartości instalacji AV a nie niezgodności z SIWZ, która w istotny sposób zmienia treść oferty. Nieprawdziwe jest twierdzenie, że nie można matematycznie policzyć wartości instalacji AV, gdyż w odniesieniu do podziału na etapy robót instalacyjnych AV, to zamawiający dokonał tego rozdzielenia wprowadzając w przedmiarze informację, że wszystkie roboty w pozycji od 1 do 107 są etapem I, a pozostałe pozycje stanowią etap II. Potwierdza to dokument pod nazwą opis przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że do etapu I - str. 6 - należy: „montaż niezbędnej instalacji AV” a do etapu drugiego - str. 7 - „zakończenie instalacji AV”.

Odwołujący podniósł, że w wyniku omyłki nie zostały wprowadzone żadne zmiany w stosunku do SIWZ, a nieścisłości w tym zakresie są jedynie skutkiem niezamierzonym. Rzeczywistym zamiarem odwołującego było złożenie oferty zgodnej ze SIWZ, co jednoznacznie potwierdza treść złożonych oświadczeń. Tego typu omyłkę zamawiający zobowiązany był poprawić jednostronnie, w oparciu o dane zawarte wprost w dokumentach oferty. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakłada obowiązek poprawienia wszelkich omyłek powodujących niezgodność oferty z SIWZ, jeżeli nie powodują one istotnej zmiany treści, przy czym taka właśnie sytuacja miała miejsce w sprawie.

Ponadto, SIWZ nie przewiduje odrzucenia oferty z powodu tego typu omyłek.

**1b.** Odnośnie zarzutu podstawy wyceny, odwołujący wyjaśnił, że w złożonym kosztorysie AV, jako podstawę wyceny przyjął kalkulację własną. W załączonym kosztorysie ofertowym opis pozycji kosztorysowej nie odpowiada podstawie wyceny, co świadczy o obraniu metody kosztorysowania zgodnie z rozdziałem XII pkt 8 SIWZ.

Podane przez zamawiającego podstawy wyceny nie zawierają rzeczywistych treści odnoszących się do wykonania zadania opisanego dokumentacją projektową i opisem przedmiotu zamówienia, lecz wyłącznie stanowią specyfikację urządzeń oraz pomocnicze

opisy nakładów robocizny zaczerpnięte z zupełnie innych działów robót branży elektrycznej (w szczególności teletechnicznej), dowodem na to jest fakt, że w przedmiarze dotyczących robót AV zamawiający zastosował ww. KNR z rozszerzeniem - analogią oraz w znacznym stopniu dopuścił kalkulacje własne, co wynika wprost z faktu, że na dzień dzisiejszy dla robót instalacyjnych AV nie istnieją katalogi nakładów rzeczowych. W związku z powyższym, wykonawca zobowiązany był wyłącznie do ustalenia oferowanej ceny jednostkowej za dostawę, montaż, rozruch i sterowanie poszczególnych urządzeń opisanych w przedmiocie zamówienia. Odwołujący taką ofertę przygotował. Zamawiający, jeżeli powziął wątpliwości mógł zwrócić się o ich wyjaśnienie. W treści SIWZ brak jest stwierdzenia, że omyłka pisarska polegająca na nie podaniu, że kosztorys stanowi wycenę własną jest powodem odrzucenia oferty.

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07, że *„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”*.

Odwołujący wskazał, że 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.

**1c**, tiret pierwsze. Brak wyceny 1.2.9.

Odwołujący nie zamieścił w swoim kosztorysie ofertowym pozycji dotyczącej wykonania przesklepień otworów w ścianach z cegieł, dostarczenia i obsadzenia belek stalowych w ilości 17 m bieżących. Niemniej jednak ustalenie ceny jednostkowej dla tej pozycji jest możliwe do szybkiego ustalenia, bowiem analogiczną czynność zamawiający przewidział do wykonania na budowie jeszcze trzykrotnie, co opisał w pozycjach przedmiaru nr 1.1.8, 1.3.9, 1.4.9, dla których wykonawca sporządził kalkulację jednostkową. Zamawiający mógł zastosować kwotę najwyższą lub największą, albo wycenić brakującą pozycję na 0 zł. Wartość tej pozycji to 2 604,74 zł, przy przyjęciu najwyższej kwoty, przy cenie ofertowej wykonawcy 7 999 774,91 zł wynosi 0,03%, co nie stanowi istotnej zmiany treści oferty, zarówno w wymiarze przedmiotowym, jak i wartościowym. Przez powtarzalność lub uśrednienie pozycji jest możliwe ustalenie ceny jednostkowej.

**1c**, tiret drugie. Pozycja 2.3.7, odwołujący pomimo tego, że zastosował w kosztorysie ofertowym KNR 4-01 0713-02 przecieranie istniejących tynków wewnętrznych z zeszkobaniem farby, w niczym nie uchybił prawidłowej wycenie tej roboty i ustalił prawidłowo jej cenę jednostkową, bowiem przyjęta w przedmiarze przez zamawiającego pozycja KNRW

4-01 0722-02 dotyczy analogicznych czynności, lecz o niższych nakładach rzeczowych na robociznę materiały i sprzęt, innymi słowy zamawiający otrzymał wycenę jednostkową części przedmiotu zamówienia popartą wyłącznie inną zbliżoną pozycją katalogu nakładów rzeczowych dotyczącą tych samej czynności i zastosowania tych samych materiałów i sprzętu.

Odwołujący wskazał, że jego firma, jako profesjonalna uznała, iż KRNW jest bardziej trafny, w szczególności do robót w obiektach zabytkowych. Zgodnie § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno- użytkowym, należy najpierw stosować przy ustalaniu jednostkowych nakładów rzeczowych w kolejności:

- 1) analizę indywidualną;
- 2) kosztorysowe normy nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach oraz metodę interpolacji i ekstrapolacji, przy wykorzystaniu wielkości określonych w katalogach.

Przedstawił tabelę porównania KRN4-01 0713-02 i KRNW 4-01 0722-02.

#### **1c, tiret trzecie. Brak wyceny pozycji 1.1.5**

Pomimo tego, że odwołujący opuścił w swoim kosztorysie ofertowym pozycję 1.1.5, to jednak w rzeczywistości wycenił te prace, w szczególności ustalił wartość cen jednostkowych tych prac, ponieważ znany rzeczywisty zakres robót dotyczący uzupełnienia ubytków i wypełnienia spękań stiukomarmurów na powierzchni 403,99 m<sup>2</sup>, został wyceniony przez odwołującego w pozycji TZKNBK VIII 07-65 w całości. W obydwu zastosowanych przez zamawiającego pozycjach dotyczących uzupełnienia ubytków i wypełnienia spękań nie określił on dokładnej ilości procentowej ubytków i spękań mniejszych niż 0,1 m<sup>2</sup> i większych niż 0,1 m<sup>2</sup>, zostawiając ocenę wykonawcy, a odwołujący, w konkluzji faktycznego stanu zachowania stiukomarmurów, ocenił całkowitą wartość tego zadania w jednej pozycji kosztorysowej. Zamawiający mógł dopisać brakującą pozycję i wycenić ją na 0 zł.

Odwołujący stwierdził, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt VII Ga 147/08).

Wskazał wyrok KIO dnia 21 października 2013 r., KIO 2366/13; KIO 2370/13, w którym „Izba podkreśla, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z SIWZ i wymaganiami zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09).



Wprowadzając przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. zamiarem ustawodawcy było umożliwienie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami. Przepis ten obliguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Ponadto, w odniesieniu do zarzutu błędu w obliczeniu ceny odwołujący przytoczył orzeczenie KIO 2351/13 dnia 18 października 2013 r., zgodnie z którym: „Przy uwzględnieniu charakteru pomocniczego przedmiarów, zamawiający dopóki nie udowodni, że odwołujący się wykonawca nie objął wszystkich kosztów i wydatków przewidzianych w SIWZ, nie ma podstaw do odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny”.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 P.z.p, zdaniem odwołującego, zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do wykonawcy, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc w sytuacji, kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania (wyrok KIO z 25 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2220/10, wyrok KIO z 1 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1027/12).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w żaden sposób nie udowodnił niezgodności oferty złożonej przez odwołującego z treścią SIWZ. Przygotowane przez wykonawcę kosztorysy ofertowe są zgodne z SIWZ. Oferta wykonawcy jest zgodna z SIWZ oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Zdaniem odwołującego, nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez zamawiającego, a przytoczone argumenty nie znajdują oparcia w zaistniałym stanie faktycznym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i rozstrzygnięcie jak na wstępie.

**III.** Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w piśmie - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu odpowiedzi zamawiający przedstawił, następującą argumentację. Procedura wyjaśniania treści nie może skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnieniu podlega sama treść oferty, a nie jej brak. Zamawiający, poprawiając ofertę w trybie określonym przez Pzp, nie może *de facto* stworzyć nowego oświadczenia woli

wykonawcy i podejmować czynności, które prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty. Takie działania byłyby niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W razie kosztorysowego sposobu ustalania wynagrodzenia wykonawcy, podstawowe znaczenie odgrywa właściwie przygotowany przez wykonawcę kosztorys ofertowy, zawierający w szczególności wszystkie ceny jednostkowe za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia. Jeżeli wykonawca nie wskazał wszystkich wymaganych w kosztorysie cen jednostkowych, to występowanie o udzielenie wyjaśnień dotyczących cen jednostkowych brakujących pozycji jest działaniem niedopuszczalnym, zmierzającym w istocie do negocjacji z wykonawcą (art. 87 ust. 1 Pzp).

Przechodząc do szczegółowych zarzutów przedstawionych przez wykonawcę w odwołaniu zamawiający wyjaśnił, co następuje.

**1.** Kosztorys ofertowy na roboty budowlane oraz prace konserwatorskie etapu I jest niezgodny z przedmiarem robót stanowiącym integralną część SIWZ, zawiera następujące błędy:

**a.** Brak wyceny pozycji nr 1.2.9. przedmiaru robót KNR 401/313/4: wykonanie przesklepień otworów w ścianach z cegieł, dostarczenie i obsadzenie belek stalowych, do I NP 180 mm - nadproża zabezpieczające z HEB100 w ilości 17,0 m.

W kosztorysie ofertowym wykonawcy na roboty budowlane I etapu występują wskazane roboty w innych pozycjach - 1.1.8, 1.3.9 i 1.4.9 kosztorysu ofertowego, jednak ceny jednostkowe za wykonanie robót są różne, i tak w:

- pozycji 1.1.8 cena jednostkowa to 153,22 zł/m
- pozycji 1.3.9 cena jednostkowa to 148,61 zł/m
- pozycji 1.4.9 cena jednostkowa to 148,61 zł/m.

Zamawiający uznał, że brak jest możliwości jednoznacznego ustalenia ceny jednostkowej za wykonanie pominiętej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym pozycji 1.2.9 przedmiaru robót, tj.: nadproża zabezpieczające z HEB100 w ilości 17,0 m i tym samym jednoznacznego ustalenia wartości ww. pozycji.

Wykonawca w odwołaniu (strona 5, wiersz 2-3) wskazał, że zamawiający mógł zastosować cenę jednostkową najwyższą, najniższą lub 0,00 zł lub też ustalić cenę jednostkową przez uśrednienie (strona 5, wiersz 6-7 odwołania). Wykonawca w swojej ofercie, co potwierdza również w odwołaniu, nie sprecyzował, jaka powinna być cena jednostkowa ww. pozycji.

Zamawiający zauważył, że w przypadku braku pozycji w kosztorysie, bądź niewycenieniu jej przez wykonawcę, zamawiający może poprawić taką omyłkę, ale jedynie w przypadku dysponowania stosownymi składnikami, elementami czy innymi danymi umożliwiającymi uzupełnienie brakującej pozycji. Może to mieć przykładowo miejsce, gdy dana pozycja

powtarza się lub gdy w obrębie jednego kosztorysu występują identyczne roboty czy materiały, ale z inną ich ilością.

W tym przypadku, wykonawca w kosztorysie ofertowym podał dwie różne ceny jednostkowe. Zamawiający nie miał możliwości jednoznacznego ustalenia ceny jednostkowej za wykonanie pominiętej przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym pozycji 1.2.9 przedmiaru robót i tym samym jednoznacznego ustalenia wartości wskazanej pozycji.

Zamawiający stwierdził, że błędu polegającego na braku wyceny pozycji 1.2.9. przedmiaru robót (roboty budowlane I etap), tj.: KNR 401/313/4 wykonanie przesklepień otworów w ścianach z cegieł i obsadzenie belek stalowych, do I NP 180 mm - nadproża zabezpieczające z HEB100 w ilości 17,0 m, nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

**b.** Nieprawidłowo wyceniona pozycja nr 2.3.7. (strona 9 oferty) w kosztorysie ofertowym, przez wycenę innego rodzaju robót. Wyceniono KNR 4-01 0713-02 - przecieranie istniejących tynków wewnętrznych z zeszkobaniem farby lub zdzieraniem tapet na stropach, biegach i spocznikach w ilości 26,428 m<sup>2</sup>.

Zgodnie z przedmiarem robót należało wycenić KNRW 4-01 0722-02 - przecieranie istniejących tynków zewnętrznych, na ścianach, loggiach, balkonach, tynk cementowo-wapienny, kategoria III.

W innych pozycjach kosztorysów ofertowych wykonawcy brak jest ceny jednostkowej za wykonanie robót wyszczególnionych w pozycji 2.3.7 przedmiaru robót.

Brak jest możliwości ustalenia lub wyliczenia ceny jednostkowej, a tym samym wartości ww. pozycji (brak cen materiałów i sprzętu niezbędnych do ustalenia ceny jednostkowej pozycji wg. nakładów podstawy KNRW 4-01 0722-02 wskazanej w przedmiarze robót - niezbędne ceny materiałów i sprzętu: wapno suchogaszone, gips budowlany szpachlowy powierzchniowy, piasek do zapraw i wyciąg).

Ponadto, zamawiający nie może uzupełnić kosztorysu ofertowego wykonawcy, gdyż nie ma pewności z jakiej podstawy wyceny wykonawca wyceniłby przedmiotową pozycję:

- a) czy z podstawy wyceny wskazanej w przedmiarze robót,
- b) czy wg kalkulacji własnej dopuszczonej przez zamawiającego zgodnie z opisami rozdziału XII pkt 8 SIWZ.

Błędu w pozycji nr 2.3.7. kosztorysu ofertowego (roboty budowlane I etap), polegającego na wycenieniu innego rodzaju robót ww. pozycji kosztorysu, nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

**c.** Brak wyceny w kosztorysie ofertowym pozycji nr 1.1.5 przedmiaru robót TZKNBK 8/204/2 Sztablatury na gotowym podkładzie z przygotowaniem zaprawy-analogia- z wygładzeniem i oszlifowaniem powierzchni na ścianach, uzupełnienie ubytków i wypełnienie spękań w ilości 403,99 m<sup>2</sup>.

Pozycja ta dotyczy najważniejszych prac przy renowacji Sali Sejmowej (renowacja stiukomarmurów opisanych w programie konserwatorskim), stanowi znaczną wartość i zgodnie z ofertami innych wykonawców biorących udział w postępowaniu została wyceniona od 21 391,27 zł netto do 197 452,15 zł netto. Mając na uwadze powołane wcześniej regulacje oraz dodatkowo znaczenie tej pozycji dla całości oferty, zamawiający nie mógł takiego błędu poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. (inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Brak ceny jednostkowej i/lub pominięcie jakiegokolwiek pozycji powoduje, że rozliczenie wykonanych robót będzie niemożliwe. Nie można uznać, że zaniechanie wyceny w określonej pozycji jest oczywistą omyłką pisarską podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Wprowadzenie nowej treści w rubryce niewypełnionej nie jest w istocie rzeczą poprawieniem omyłki, ale wprowadzeniem nowej wielkości bez poprawienia omyłki. Brak jakiegokolwiek wyceny w wyodrębnionej rubryce kosztorysu nie może być utożsamiany z oczywistą omyłką. Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji należy uznać, jako niezgodność treści oferty z SIWZ, a nie w kategorii omyłki (wyrok KIO z 30 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 362/08, wyrok KIO z 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 476/09). W postępowaniach z wynagrodzeniem kosztorysowym ceny jednostkowe stanowią podstawową wielkość, od której uzależnione jest ustalenie ceny oferty i wynagrodzenia wykonawcy. Brak ceny jednostkowej uniemożliwia również dokonanie poprawy omyłek rachunkowych. Pominięcie całkowicie wyceny pozycji nie daje zamawiającemu podstaw do dokonania jakichkolwiek uzupełnień oferty, gdyż stanowiłoby to dokonanie zmiany treści oferty. Byłoby to niezgodne z art. 87 ust. 1 Pzp. W takim przypadku zamawiający nie ma podstaw do zastosowania działań arytmetycznych, gdyż wykonawca nie przedstawił żadnych składników, którymi mógłby się posłużyć zamawiający, dokonując poprawy w ofercie.

Zamawiający musiałby w takiej sytuacji wprowadzić do oferty całą wycenę pominiętej pozycji. Poprawa oferty musiałaby polegać wówczas nie tylko na dokonaniu właściwego mnożenia składników, ale przede wszystkim na wprowadzeniu nowej pozycji do kosztorysu ofertowego i arbitralnej wycenie wszystkich składników, które pominął wykonawca (wyrok KIO z 22 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1424/08).

Błędu polegającego na braku wyceny pozycji 1.1.5 przedmiaru robót (prace konserwatorskie etap I), tj.: TZKNBK 8/204/2 Sztablatury na gotowym podkładzie z przygotowaniem zaprawy-analogia- z wygładzeniem i oszlifowaniem powierzchni na ścianach, uzupełnienie ubytków i wypełnienie spękań w ilości 403,99 m, nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp.

**2.** Wykonawca w I etapie robót wg. kwot wskazanych w formularzu oferty nie oferuje wykonania instalacji AV (projekcja obrazów, nagłośnienie i system wideokonferencyjny).

Wszystkie roboty wchodzące w skład instalacji audio-video zgodnie z ofertą wykonawcy będą wykonywane w II etapie robót.

Jest to niezgodne z krótkim opisem przedmiotu zamówienia oraz z zakresem robót wyszczególnionym w przedmiarach robót będących integralną częścią SIWZ.

Według krótkiego opisu przedmiotu zamówienia przedmiot zamówienia został podzielony na 2 etapy robót. Zgodnie z SIWZ oraz projektem umowy zakończenie robót I etapu robót ma nastąpić do dnia 29 sierpnia 2014 r., natomiast zakończenie robót II etapu planowane jest do dnia 29 maja 2015 r. Zamawiający dzieląc na etapy inwestycję wymagał, aby pomieszczenie Sali Sejmu Śląskiego wraz z pomieszczeniami przylegającymi było oddane do użytkowania do dnia 29 sierpnia 2014 r. (koniec I etapu robót). Zakres I etapu robót wyceniony przez wykonawcę nie gwarantuje oddania do użytkowania Sali Sejmu Śląskiego do dnia 29 sierpnia 2014 r.

Wykonawca zgodnie z ofertą proponuje wykonanie posadzek w Sali Sejmowej w I etapie robót, natomiast wszystkie instalacje AV przebiegające pod posadzkami proponuje wykonać w II etapie robót. Taka organizacja robót spowoduje konieczność rozebrania zupełnie nowych posadzek wykonanych przez tego wykonawcę (wartości kilkudziesięciu tys. zł) w celu wykonania instalacji AV. Tym samym zamawiający poniesie ww. koszty, gdyż zgodnie z umową rozliczenie za wykonanie powyższych robót zostało określone, jako kosztorysowe.

Wykonawca oferuje wykonanie wszystkich robót wchodzących w skład instalacji AV w II etapie robót, tj. terminie niezgodnym z SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu zamawiający wskazał, że przedmiar robót instalacji AV przedstawiony przez zamawiającego podzielony jest na 2 etapy. I etap robót obejmuje pozycje od nr 1 do 107, II etap robót obejmuje pozycje od nr 108 do 120 przedmiaru robót.

Kosztorys ofertowy wykonawcy został podzielony w zupełnie odmienny sposób.

Kolejność wycenionych pozycji w kosztorysie ofertowym wykonawcy jest zupełnie odmienna niż ta, przewidziana w przedmiarze robót.

Zgodnie z opisami SIWZ oraz przedmiarami robót każdy z wykonawców zobowiązany był podzielić roboty budowlane wchodzące w zakres renowacji Sali Sejmu Śląskiego oddzielnie na I etap robót i II etap robót oraz wskazać na formularzu oferty oddzielnie ich wartość.

Każdej pozycji przedmiaru robót określonej numerem pozycji nie odpowiada analogiczny numer pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy. Nie jest oczywiste, które pozycje kosztorysu ofertowego odpowiadają odpowiednim pozycjom przedmiaru robót. Ponadto, w kosztorysie ofertowym wykonawcy nie określono, które roboty będą wykonywane w I etapie robót a które w II etapie robót.

W związku z powyższym, zamawiający nie miał możliwości doliczenia do wartości I etapu robót wskazanego przez wykonawcę na formularzu oferty wartości instalacji audio-video,

gdyż kosztorys ofertowy wykonawcy na wykonanie ww. instalacji nie został podzielony na etapy robót. Nie ma możliwości wyliczenia wartości instalacji AV oddzielnie na I i II etap robót z kosztorysu ofertowego wykonawcy.

**3.** Zamawiający tytułem uzupełnienia podniósł, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy traktować, jako sytuacje wyjątkowe i jednostkowe. Nie można wszelkich nieprawidłowości i nieścisłości traktować, jako omyłki tym bardziej, gdy takich błędów jest wiele.

Stwierdził, że w kosztorysie ofertowym wykonawcy omyłki występują aż w 168 pozycjach, przy ilości 968 pozycji przedmiaru robót, stanowi to ponad 17 % błędnie lub nieprecyzyjnie wycenionych pozycji (wymienione w załączniku do pisma). Zamawiający załączył do pisma załącznik, wskazując (Ad 3), że jest to część odnosząca się do treści oznaczonej w odpowiedzi na odwołanie, jako pkt 3. W załączniku przedstawił występujące w kosztorysach ofertowych odwołującego błędy lub niezgodności z przedmiarem robót, które można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp (72 pozycje). W końcowej części załącznika stwierdził „Ponadto we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego Instalacje audio-wideo Wykonawca nie opisał typu oraz parametrów technicznych proponowanych urządzeń, oprogramowania i materiałów wchodzących w skład instalacji AV. W związku z powyższym nie można stwierdzić, czy oferowane przez Wykonawcę urządzenia, oprogramowanie i materiały spełniają wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji projektowej i przedmiarze robót.”

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie, zamawiający podniósł, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wymaga profesjonalizmu nie tylko od zamawiającego, ale również od wykonawcy w zakresie staranności w opracowaniu oferty. Omyłką nie może być zatem celowe działanie wykonawcy, czy rażący brak dbałości.

Zamawiający wskazał, że zupełnie nietrafiony jest cytowany w części przez wykonawcę wyrok KIO 2351/13 z dnia 18 października 2013 r. (strona 7, wiersz 15-18 odwołania). Wyrok dotyczy przypadku, w którym obowiązującym wynagrodzeniem, było wynagrodzenie ryczałtowe.

Na dowód, zamawiający przytoczył część podsumowania tego wyroku (strona 17, wiersz 18-27): „Sprawa kalkulowania wysokości nakładów na robociznę pozostaje w dyspozycji wykonawcy, który zobligowany jest rodzajem i zakresem robót, skoro przedmiar opracowany przez zamawiającego ma charakter pomocniczy do wyceny przez wykonawcę robót. W związku z powyższym Izba nie uwzględniła żądania odwołującego, co do nakazania zamawiającemu zastosowania trybu przewidzianego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy o poprawianiu innych omyłek. Co do sporu w zakresie charakteru ceny obowiązującej w

przedmiotowym postępowaniu to w ocenie Izby z postanowień SIWZ jak i formularza cenowego oraz wzoru umowy wynika, że cena ma charakter ryczałtu. Może ulec jedynie pomniejszeniu, jeżeli wykonawca nie zrealizuje całości robót.”

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązującym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z § 6 pkt 3 umowy, który precyzuje, że „Wynagrodzenie każdorazowo zostanie ustalone na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę i zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego kosztorysów powykonawczych sporządzonych w oparciu o obmiary robót rzeczywiście, protokolarnie wykonanych i odebranych przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego w okresie rozliczeniowym i ceny jednostkowe według kosztorysów ofertowych Wykonawcy.”

Zgodnie z powyższym zamawiający wniósł jak na wstępie.

**IV.** Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych "Śląsk" Sp. z o.o. z siedzibą Katowicach - przystępujący - w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego podniósł, że odwołanie jest bezpodstawne i w związku z tym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący podzielił stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 6 marca 2014 r. nr AI-ZP.KW-AI-ZP.KW-00220/14 (MGK.00004.27) w zakresie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej oraz w zakresie odrzucenia oferty odwołującego. W celu zachowania przejrzystości pisma przystępujący wskazał, że odstąpił od powielania przytoczonej przez zamawiającego argumentacji.

Zwrócił uwagę na to, że wbrew twierdzeniom odwołującego - zamawiający w żaden sposób nie miał podstaw do wystąpienia do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z zapytaniem o wyjaśnienie treści oferty (oddzielenie na etap I i II instalacji AV), ponieważ uzyskana od wykonawcy w tym trybie odpowiedź powodowałaby istotną zmianę treści oferty.

Procedura wyjaśniania treści oferty nie może, co do zasady, skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Wskazał również, że wyjaśnieniu podlega sama treść oferty, a nie jej brak, czy też braki w złożonych oświadczeniach bądź dokumentach stanowiących załączniki do oferty. W celu potwierdzenia takiego stanowiska przystępujący przedstawił tezy następujących wyroków KIO:

1. Z dnia 12 marca 2013 r., KIO 438/13: „Brak prezentacji w formularzu ofertowym wymaganych informacji dotyczących ceny ofertowej stanowi merytoryczną niezgodność

treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, niepodlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.”

2. Z dnia 10 stycznia 2013 r., KIO 2854/12: „Poprawienie omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, może być poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jednak nie jest dopuszczalne, aby to sama treść wyjaśnień, zmieniających w istocie dotychczasowe dane zawarte w ofercie, stanowiła podstawę do dokonania poprawy. Informacje wskazujące na istnienie omyłki oraz konieczność i sposób dokonania jej poprawienia winny być zawarte w ofercie.”

3. Z dnia 21 sierpnia 2013 r., KIO 1902/13: „O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego.”

4. Z dnia 19 lipca 2013 r., KIO 1450/13, KIO 1457/13: „W przedmiotowym stanie faktycznym niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie można było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym bowiem zakresie zmiana treści oferty sprowadzałaby się do konieczności złożenia przez wykonawcę nowego oświadczenia woli co do wymaganego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia parametru, które zmieniłoby złożone oświadczenie w treści jego oferty i prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty, niedopuszczalnej w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.”

5. Z dnia 15 lipca 2013 r., KIO 1579/13, KIO 1592/13: „Zarówno treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jest z nią zgodna.”

W zakresie wywodów odwołującego, co do rzekomej możliwości dokonania przez zamawiającego poprawienia omyłek w kosztorysach w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - przystępujący wyjaśnił, że kosztorys ofertowy nie jest dokumentem przedmiotowym w postaci opisu, który ma potwierdzać, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Ma on na celu weryfikację złożonej oferty w



związku z wyceną wszystkich elementów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Kwestia ta podlega ocenie pod kątem określonym w art. 89 ust. 1 pkt 2, a nie w art. 87 ust. 1 (wyrok KIO/UZP z 31 października 2008 r., KIO/UZP 1119/08).

Pojęcie „inne oczywiste omyłki” ma dużo szerszy zakres i jest trudniejsze do zdefiniowania. Istotne jest, by były to omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, które także nie mogą prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty. Muszą one być swym charakterem zbliżone do niedokładności błędu pisarskiego lub błędu rachunkowego. Za istotne należy uznać te zobowiązania wykonawcy przyjęte w ofercie, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny. W rozpoznawanej sprawie jest to podział zadania na etap I i etap II i ich zakresy, bowiem każdy z nich będzie wykonywany i użytkowany w innych terminach.

Również wskazał, że w żaden sposób nie można podzielić argumentacji odwołującego, iż zamawiający miał możliwość ustalenia ceny jednostkowej w pozycji dotyczącej wykonania przesklepień otworów w ścianach z cegieł, dostarczenia i osadzenia belek stalowych w ilości 17 m bieżących, ponieważ odwołujący w swej ofercie podał różne ceny jednostkowe na analogiczne prace. Ponadto, za chybione należało uznać stanowisko odwołującego, że zamawiający mógł w tej pozycji przyjąć kwotę 0 zł. Z całą pewnością na takie karkołomne konstrukcje przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 nie pozwala.

Z tych samych powodów nie podzielił argumentacji odwołującego w zakresie pozycji 1.1.5. Wskazał, że w wyroku z dnia 23 stycznia 2013 r., KIO 27/13, który winien mieć zastosowanie do niniejszej sprawy, Izba uznała: „1. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. 2. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (...) zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia lub innych ukształtowanych przez zamawiającego i zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. 3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca.”

Uznał, że z całą pewnością w przedmiotowej sprawie zamawiający nie miał podstaw do samodzielnej poprawy omyłek wskazanych w piśmie zamawiającego z dnia 06.03.2014 r. Generalnie wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ, która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane.

Podniósł, że z kolei przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazujący dokonywania zmian istotnych. Dokonanie poprawienia oferty odwołującego w tym trybie *de facto* stanowiłoby 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.

Zatem wskazał - ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty.

Na poparcie swojego stanowiska przystępujący przedstawił aktualne tezy orzeczeń KIO w tym zakresie.

1. W uchwale z dnia 14 sierpnia 2013 r., KIO/KD 73/13, Izba uznała, że: „Poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający winien dokonać sam, na podstawie oferty wykonawcy, a wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. i Pzp nie mogą tworzyć treści oferty, w szczególności podawać nowych cen poszczególnych pozycji kosztorysu.

Jednak, dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność oferty z SIWZ ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia.”

2. W wyroku z dnia 24 czerwca 2013 r., KIO 1341/13, Izba uznała, że: „Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) 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.”

3. W wyroku z dnia 18 marca 2013 r., KIO 478/13, Izba uznała, że: „Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (...) winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.”

Przystępujący przedstawił jeszcze dwa wyroki KIO, z których wynika, że nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę braku wyceny którejs z pozycji kosztorysowej.

1. Wyrok z 2009-04-28 KIO/UZP 476/09: Nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę w treści oświadczenia wykonawcy (oferty), o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą.

2. Wyrok z 2009-12-01 KIO/UZP 1493/09, o takiej samej treści tezy z pominięciem ostatniego zdania.

Niezależnie od powyższego, przystępujący podniósł, że w ofercie odwołującego znajdują się także inne omyłki, które nie mogą zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

1. W kosztorysie „Roboty budowlane Etap 2” odwołujący zastosował niewłaściwy materiał: w pozycji 1.2.3 przez wpisanie farby emulsyjnej zamiast lateksowej.

2. W kosztorysie „Roboty konserwatorskie Etap 2” odwołujący zastosował niewłaściwy materiał: w pozycjach 1.4.26 i 2.3.30 - przyjął ościeżnice o przekroju 50 x 100 mm, zamiast 80 x 150 mm.

Z kolei w pozycjach 1.5.7 i 2.5.7 - wpisał niewłaściwą jednostkę miary i oznaczono ją jako „model 0,5 m” a powinno być „szt”.

3. W kosztorysie „Instalacje wewnętrzne wod-kan, c.o. i ciepło technologiczne Etap 2” odwołujący zupełnie pominął pozycję 1.25 - „Próby z dokonaniem regulacji instalacji centralnego ogrzewania (na gorąco)”.

Mając na uwadze powyższe, przystępujący stwierdził, że odwołanie winno zostać oddalone w całości, jako bezzasadne, ponieważ poprawienie omyłek zawartych w treści oferty odwołującego powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że można by mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych "Śląsk" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach - który stał się uczestnikiem tego postępowania.

## **Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.**

W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności:

- w krótkim opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SIWZ, załącznik nr 1 do umowy, pkt 4 „Zakresy poszczególnych etapów realizacji zamówienia: I etap - montaż niezbędnej instalacji AV; II etap - zakończenie montażu instalacji AV”);
- w rozdziale IV SIWZ - „Termin wykonania zamówienia”: zamawiający wymaga wykonania robót budowlanych w 2 etapach; I etap robót - rozpoczęcie nastąpi do 14 dni od daty zawarcia umowy, zakończenie do dnia 29 sierpnia 2014 r.; II etap robót - rozpoczęcie nastąpi do 19 tygodni od daty 29 sierpnia 2014 r., zakończenie do dnia 29 maja 2015 r.;
- w rozdziale XII SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”:

pkt 5 - „Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone zgodnie z przedmiarem robót. Wykonawca nie może bez zgody zamawiającego wprowadzać żadnych zmian do przedmiaru robót. Wykonawca nie może dopisywać i wykreślać pozycji z przedmiaru robót oraz zmieniać ilości robót wynikających wprost z przedmiaru. Jeżeli wykonawca roboty z danej pozycji przedmiarowej wyceni w innej pozycji, przy pozycji nie wycenionej należy wskazać pozycję, w której dane roboty zostały umieszczone (wycenione)”;

pkt 8 - „Dopuszcza się zmiany przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych na kalkulacje własne wykonawcy z zastrzeżeniem, że wszystkie opisy pozycji w kosztorysach ofertowych muszą być zgodne z opisami pozycji w przedmiarach robót. Zakres robót wyceniony przez wykonawcę wg. kalkulacji własnej musi być identyczny z odpowiadającym mu zakresem wg. KNR wyszczególnionym w przedmiarze robót”;

pkt 9 lit. e - „Kosztorysy ofertowe należy wydrukować i załączyć do oferty w formie uproszczonej zawierającej, co najmniej: podstawę wyceny, opis pozycji kosztorysowej, jednostkę miary, ilość jednostek miar, cenę jednostkowo-ryczałtową z narzutami bez VAT w zł oraz wartość pozycji z narzutami bez VAT zł. W kosztorysach ofertowych należy podać stawkę roboczogodziny netto, procentowy wskaźnik kosztów pośrednich i procentowy wskaźnik zysku” (zamawiający zamieścił wzór kosztorysu ofertowego)

- zamawiający opisał wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, sposobu wykonania robót budowlanych, w tym wyodrębnione przedmiotowo i cenowo 2 etapy realizacji zamówienia, oczekując, że wymagania znajdą swój wyraz w sposobie

przygotowania ofert - wymóg sporządzenia oferty dokładnie wg. załączonego do SIWZ formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ wraz z kosztorysami ofertowymi i załącznikami do formularza lub na nim (rozdział X pkt 1 SIWZ).

Odwołujący przedstawił w ofercie (numeracja odpowiadająca układowi przyjętemu w odwołaniu) w zakresie objętym odwołaniem, następujące opisy.

**1a.** W formularzu ofertowym pozycje dla I i II etapu robót z przypisaniem ceny oferty - w rozumieniu ceny określonej w art. 2 pkt 1 Pzp - dla etapu I kwota 2 658 731,05 zł, dla etapu II kwota 5 341 043,89 zł, w wielkościach odwrotnie proporcjonalnych w stosunku do opisów przedstawionych przez pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia (oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie);

- na rozprawie odwołujący potwierdził, że w cenie I etapu nie zamieścił ceny instalacji audio-video, lecz wyłącznie w cenie II etapu.

W kosztorysie ofertowym „Instalacja audio-video” - przedstawił poz. 1.1-1.46 System Kongresowy i Tłumaczeń Symultanicznych, poz. 2.1-2.57 Projekcja obrazów i nagłośnienie, poz. 3.1-3.18 System automatyki i sterowania; łącznie 121 pozycji - bez podania podstaw wyceny, z opisem oraz jednostkami obmiarowymi, ilością jednostek, ceną jednostkową i wartością, bez podziału na wymagane przez zamawiającego etapy realizacji zamówienia;

- na rozprawie odwołujący potwierdził, że w ofercie zastosował inny układ kosztorysu niż wymagał zamawiający. Składając wyjaśnienia na rozprawie i podejmując próbę przyporządkowania robót do wymaganych etapów, odwołujący stwierdził w konkluzji, że poszczególne pozycje robót zostały wymieszane w kosztorysie ofertowym, przedstawiono łącznie te, które powinny być zaliczone do I etapu i te kwalifikujące się do II etapu oraz pozycje niewskazane przez odwołującego do żadnego etapu, z sugestią, że należało je zaliczyć do II etapu. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający powinien był przekonfigurować pozycje kosztorysowe przez zamianę ich kolejności, zachowując opis i wartości przedstawione przez odwołującego. Stwierdził, że w ramach wyjaśnień udzielonych na żądanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, dokonałby podziału robót na etapy - I i II bez zmiany całkowitej ceny oferty, składając poprawiony kosztorys ofertowy łącznie ze zmianą formularza ofertowego w poz. 3, tzn. częściowa cena robót z etapu II zostałaby przeniesiona do ceny robót etapu I.

**1b.** W kosztorysie ofertowym „Instalacja audio-video” odwołujący nie podał, zgodnie z opisem przedmiarów, w poz. 1.1-3.18 podstawy wyceny robót. Odwołujący podniósł, że zamawiający w rozdziale XII, pkt 8 SIWZ dopuścił zmiany przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych na kalkulacje własne wykonawcy. Wskazane postanowienie SIWZ istotnie, dopuszcza taką możliwość, z zastrzeżeniem, że wszystkie opisy pozycji w kosztorysach ofertowych muszą być zgodne z opisami pozycji

w przedmiarach robót. Zakres robót wyceniony przez wykonawcę wg. kalkulacji własnej musi być identyczny z odpowiadającym mu zakresem wg. KNR wyszczególnionym w przedmiarze robót.

W kosztorysie ofertowym odwołującego „Instalacja audio-video” w poz. 1.1-3.18 brak jest podania podstawy wyceny robót oraz jakiegokolwiek wskazania dotyczącego zastosowanej podstawy wyceny. W miejscach przeznaczonych na wpisanie podstawy pozostały puste pola. Odwołujący wyjaśnił, że zastosował wycenę własną i poprawienie tej części kosztorysu nie może mieć miejsca, lecz wystarczające byłoby złożenie w tym zakresie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

**1c, tiret pierwsze.** W kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane - etap I” została całkowicie pominięta pozycja 1.2.9 przedmiaru robót: KNR 401/313/4 o opisie: wykonanie przesklepień otworów w ścianach z cegieł i obsadzenie belek stalowych, do I NP 180 mm - nadproża zabezpieczające z HEB100 w ilości 17,0 m. W tej pozycji została błędnie zamieszczona dostawa elementów stalowych nadproży wraz z przygotowaniem i zabezpieczeniem antykorozyjnym, liczona w kilogramach, z wyceną indywidualną. W pozycjach 1.1.8, 1.3.9 i 1.4.9 kosztorysu ofertowego odwołujący zamieścił roboty o opisie: wykonanie przesklepień otworów w ścianach z cegieł - dostarczenie i obsadzenie belek stalowych z HEB100, w ilościach jednostek obmiarowych (m) 55.750, 6.700, 4.800, z podaniem dwóch cen jednostkowych, w pierwszym przypadku 153,22 zł i w dwóch pozostałych przypadkach 148,61 zł. Odwołujący uznał, że zamawiający mógł poprawić wskazaną niezgodność przez zastosowanie jednej z dwóch podanych cen jednostkowych lub przyjęć cenę jednostkową 0,00 zł, albo uśrednić cenę jednostkową na podstawie cen zaoferowanych i pozycję tę wprowadzić do kosztorysu ofertowego.

**1c, tiret drugie.** W kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane - etap I” w pozycji 2.3.7 została zamieszczona robota z wskazaną podstawą wyceny KNR 4-01 0713-02 i opisem: przecieranie istniejących tynków wewnętrznych z zeszkobaniem farby lub zdzieraniem tapet na stropach, biegach i spocznikach w ilości 26.428 m<sup>2</sup>, z ceną jednostkową 38,49 zł. Zgodnie z przedmiarem należało wycenić robotę z podstawą wyceny KNRW 4-01 0722-02 i opisem: przecieranie istniejących tynków zewnętrznych, na ścianach, loggiach, balkonach, tynk cementowo-wapienny, kategoria III.

Odwołujący uzasadniał możliwość poprawienia omyłki analogicznym charakterem czynności, lecz o niższych nakładach rzeczowych na materiały, wskazując materiały pomocnicze niższe o 0,5%. Jednocześnie wskazał, jako wyższe nakłady materiałów, podając wodę z rurociągu - 0.0064 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>. Wskazał też wyższą robociznę o 0,99 r-g/m<sup>2</sup>. Według KNR 4-01 0713-02 nakład gipsu szpachlowego wynosi 0.0014 t/m<sup>2</sup>, według KNRW 4-01 0722-02 nakład gipsu

budowlanego szpachlowego powierzchniowego wynosi 0.0014 kg/m<sup>2</sup> (na podstawie tabeli porównania KNR 4-01 0713-02 i KNRW 4-01 0722-02 zamieszczonej na str. 6 odwołania).

Odwołujący wskazał, że przy takim rozwiązaniu wycena jednostkowa tej części przedmiotu zamówienia zostałaby dokonana na podstawie innej zbliżonej pozycji katalogu nakładów rzeczowych. Na rozprawie stwierdził, że zamawiający powinien pozostawić tę część kosztorysu bez poprawiania i przyjąć zamiennie opis i podstawę wyceny odwołującego.

Zamawiający zaś podniósł brak możliwości ustalenia lub wyliczenia ceny jednostkowej, a tym samym wartości tej pozycji, wskazując na brak niezbędnych cen materiałów i sprzętu: wapno suchogaszone, gips budowlany szpachlowy powierzchniowy, piasek do zapraw i wyciąg. Uznał, że oferowana przez odwołującego zamiana, z zastosowaniem m.in. tańszych nakładów rzeczowych, nie stanowi omyłki kwalifikowanej do poprawienia, stanowi natomiast zmianę OPZ, możliwą do podnoszenia wyłącznie na etapie kwestionowania SIWZ.

**1c, tiret trzecie.** W kosztorysie ofertowym „Roboty konserwatorskie - etap I” w pozycji 1.1.5 odwołujący zamieścił robotę z podstawą wyceny TZKNBK VIII 07-65 i opisem: uzupełnienia i naprawy tynków przetarcie tynków wewn. z naprawą rys i drobnych uszkodzeń pow. ponad 0,1 m<sup>2</sup> bez zeszkrob. starej farby na sklepieniach, uzupełnienie ubytków i wypełnienie spękań, ilość 403.990 m<sup>2</sup>, z ceną jednostkową 70.88 zł. Odwołujący potwierdził na rozprawie, że pozycja 1.1.5 z przedmiarów robót została opuszczona (pominięta) w jego kosztorysie ofertowym, a ta która została wskazana jako 1.1.5, powinna być oznaczona 1.1.6.

Brakująca pozycja 1.1.5 przedmiaru robót (prace konserwatorskie etap I) wraz z jej wyceną, tj.: TZKNBK 8/204/2 oraz opisem - sztablatury na gotowym podkładzie z przygotowaniem zaprawy - analogia - z wygładzeniem i oszlifowaniem powierzchni na ścianach, uzupełnienie ubytków i wypełnienie spękań w ilości 403,99 m<sup>2</sup>, w ocenie odwołującego, powinna być uzupełniona przez zamawiającego w ramach poprawienia oferty przez dodanie pozycji z właściwym opisem i wyceną 0,00 zł.

Zamawiający zaś stwierdził, że w pozostałych pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego brak jest ceny jednostkowej za wykonanie robót wyszczególnionych w pozycji 1.1.5 przedmiaru robót. Zatem, brak jest możliwości ustalenia lub wyliczenia ceny jednostkowej, a tym samym wartości wskazanej pozycji (brak cen materiałów i sprzętu niezbędnych do ustalenia ceny jednostkowej pozycji wg nakładów podstawy TZKNBK 8/204/2 podanej w przedmiarze robót - niezbędne ceny materiałów i sprzętu: gips budowlany zwykły, haki do muru, listwy i łaty iglaste, wapno gaszone oraz żuraw okienny 0,15 t). Ponadto, zamawiający podniósł, że nie może uzupełnić kosztorysu ofertowego odwołującego, gdyż nie ma pewności z jakiej podstawy wyceny odwołujący wyceniłby tę pozycję: czy z podstawy wyceny wskazanej w przedmiarze robót, czy wg. kalkulacji własnej dopuszczonej zgodnie z opisem rozdziału XII pkt 8 SIWZ.

Potwierdził na rozprawie znaczenie tych prac, jako najważniejszych przy renowacji Sali Sejmowej (renowacja stiukomarmurów opisanych w programie konserwatorskim), ze względu na wartość obiektu oraz wskazaną przez innych wykonawców wycenę robót - od 21 391,27 zł netto do 197 452,15 zł netto.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że oferta odwołującego zawiera pominięcia i niedokładności w kosztorysach ofertowych stanowiących 17% całości.

Wskazane w piśmie z dnia 6 marca 2014 r. i powtórzone w odpowiedzi na odwołanie, pominięcia i niedokładności nie podlegają poprawie, jako oczywiste omyłki pisarskie i inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Przystępujący podtrzymał stanowisko przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, podkreślając brak podstaw uznania czynności zamawiającego za naruszające Pzp oraz brak podstaw do poprawienia oferty odwołującego w zakresie i w sposób przedstawiony w odwołaniu.

**Oceniając materiał dowodowy i rozstrzygając merytorycznie zarzuty odwołania, Izba uznała.**

Odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą w znaczeniu art. 2 pkt 11 Pzp, złożył ofertę w postępowaniu z najniższą ceną (jedyne kryterium oceny ofert cena o znaczeniu 100%), wyrażając tym dążność do uzyskania danego zamówienia i w przypadku udowodnionego naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, mógłby ponieść szkodę, o jakiej stanowi wskazany przepis.

Odwołanie rozpoznane w granicach przedstawionych w nim zarzutów nie mogło zostać uwzględnione. Nie zostały wykazane przesłanki, o których stanowi przepis art. 192 ust. 2 Pzp - naruszenie przepisów ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 art. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ i zawierającej błędy w obliczeniu ceny; art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp przez niezażądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz niepoprawienie formularza ofertowego i kosztorysów ofertowych, w celu doprowadzenia do zgodności oferty z postanowienia SIWZ; art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór oferty drugiej w kolejności w rankingu ofert, złożonej przez przystępującego.



Zarzut odrzucenia oferty na podstawie przesłanek zawartych w obu punktach art. 89 ust. 1 Pzp, został podniesiony jako następstwo niewezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i w konsekwencji nie poprawienia kosztorysów ofertowych i formularza ofertowego odwołującego (art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp).

Stan faktyczny sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego nie budzi wątpliwości i nie jest sporny. Spór pozostaje jedynie w sferze odrzucenia oferty odwołującego bez jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, po uprzednim zażądaniu wyjaśnień. Odwołujący, mimo, że wskazał w zarzutach odwołania naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w uzasadnieniu odwołania przedstawił okoliczności faktyczne powołując się na omyłkę pisarską (str. 4, odpowiedź na pkt 1 b), co po dodaniu wyrazu „oczywista” (przepis Pzp nie normuje „omyłek pisarskich” lecz „oczywiste omyłki pisarskie”), odpowiada treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Izba wskazuje, że zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp, jest uprawnieniem zamawiającego, możliwym do korzystania w każdej sytuacji, kiedy okoliczności sprawy, w ocenie zamawiającego, tego wymagają. Na taki charakter przepisu wskazuje jego treść: (...) „zamawiający może żądać” (...). W orzecznictwie przyjęto jednoznaczne stanowisko, że zastosowanie przepisu lub zaniechanie jego zastosowania nie stanowi podstawy do formułowania roszczeń wykonawcy z tego tytułu. Zatem, korzystanie z uprawnienia żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert lub zaniechanie żądania wyjaśnień, nie może stanowić naruszenia przepisów Pzp. Wskazany przepis mający na celu wyjaśnienie treści oferty, jednocześnie zakazuje prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jeśli więc zamawiający nie żąda wyjaśnień wykonawcy dotyczących treści złożonej oferty, uznając na jej podstawie, że jest niezgodna z treścią SIWZ, a niezgodność nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej, czy innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści, oferty, nie korzystanie przez zamawiającego z uprawnienia ustawowego, nie stanowi naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Okoliczności te nie mogą przedmiotem zarzutu, chociażby też z tego powodu, że zgodnie z art. 180 ust.1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przedmiotem zarzutu może być wyłącznie czynność lub zaniechanie określone w Pzp, jako obowiązek zamawiającego, a nie jego uprawnienie.

Zatem, ocenie Izby podlega zarzut zaniechania zamawiającego poprawienia niezgodności treści oferty, niepodważonej przez odwołującego, co do istoty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 Pzp z uwzględnieniem wyłącznie treści oferty.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji omyłek, o których stanowią przepisy art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp i błędów w obliczeniu ceny oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6, dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicje tych pojęć oraz interpretacje, stosowne do okoliczności sprawy, wywodzą się w większości przypadków z poprzedniego stanu prawnego obowiązującego przed 24 października 2008 r., w którym wyszczególniono - oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny - art. 87 ust. 2 Pzp, zobowiązano zamawiających do poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny w sposób wskazany w art. 88 Pzp oraz błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca dopuścił możliwość poprawiania omyłek występujących w ofertach wykonawców, które jednak nie są ani oczywistymi omyłkami pisarskimi, ani też oczywistymi omyłkami rachunkowymi, lecz innymi omyłkami polegającymi na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty. Omyłki takie muszą dotyczyć oferty i wynikać w jednoznaczny sposób z jej treści. Muszą być bezsporne oraz oczywiste i nie mogą prowadzić do arbitralnego poprawiania wszystkich błędów. Omyłki wskazane w przepisie, to omyłki, których poprawy dokonuje zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Istotność omyłki, to nie łatwość poprawienia nieprawidłowości w ofercie lecz rodzaj zmiany w ofercie, jaka ma być dokonana. Dla oceny istotności zmiany znaczenie ma rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron, których dotyczy poprawa, a dla samej czynności poprawienia ma znaczenie realność poprawienia, co do zasady, możliwość poprawienia na podstawie treści oferty, w taki sposób, by poprawa nie stanowiła zmiany oświadczenia woli wykonawcy, a przede wszystkim, by zmiana nie była niedopuszczalną ingerencją zamawiającego w treść oferty, powodującą powstanie nowej treści oświadczenia woli wykonawcy, nie może też prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych części oferty.

W orzecznictwie wskazano na elementy pozwalające na odpowiednie kwalifikowanie niezgodności oferty, jako innej omyłki, które wymagają dokonania: 1) identyfikacji omyłki, 2) stwierdzenia, że omyłka należy do określonego rodzaju omyłek, tzn. omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ oraz 3) uznania, że korekta takiej omyłki nie wpłynie w istotnym stopniu na treść oferty.

Okoliczności zastosowania tego przepisu wskazał dwukrotnie Sąd Okręgowy w Krakowie. W wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 Sąd orzekł: „1. Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. 2. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co, w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.” W wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, Sąd orzekł: „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”

Izba podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma na celu w szczególności umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Jednakże do kategorii „innej omyłki” nie może zostać zaliczony brak wskazania przez wykonawcę w ofercie ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości. Takie działanie podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił (wyrok Izby z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/09) oraz wskazany przez przystępującego wyrok z dnia 1 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1493/09 - brak wyceny którejś pozycji kosztorysu ofertowego nie stanowi omawianej innej omyłki; brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. Norma określona w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi wyjątek od zasady wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a co za tym idzie nie może być interpretowana w sposób rozszerzający.

W ocenie Izby, w przeciwieństwie do omyłek uregulowanych w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp, błąd w obliczeniu ceny oferty, do którego ma zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie jest *de facto* błędem rachunkowym, lecz błędem polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny - tak m.in. opracowanie: Jerzy Baehr, Tomasz Czajkowski, Włodzimierz Dzierżanowski, Tomasz Kwieciński, Waldemar Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, komentarz pod

redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie trzecie, stan prawny na 1 stycznia 2008 r., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007, str. 307.

Przenosząc powyższe na grunt ocenianej sprawy, Izba uznała stanowisko zamawiającego za zasadne.

**1a.** Brak podziału robót określonych w kosztorysie ofertowym Instalacji AV na dwa etapy w zakresie przedmiotowym i wartościowym oraz niewłaściwa wycena robót dla I i II etapu w formularzu ofertowym pkt 3.

Wymieszane pozycje w kosztorysie ofertowym, niewłaściwa wycena robót dla odrębnej realizacji tej części zamówienia w dwóch etapach - stanowią brak możliwości dokonania podziału przez zamawiającego robót na 2 etapy, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przede wszystkim brak jest możliwości zmiany formularza ofertowego w zakresie ceny oferty z wyszczególnieniem jej dla 2 etapów odrębnie. Podział robót oraz przedstawienie ceny oferty zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt 3 formularza ofertowego w kwocie wynikającej z właściwego podziału robót na 2 etapy, nie jest możliwe bez zmiany ceny oferty wykazanej odrębnie dla każdego z 2. etapów.

Odwołujący przyznał ten fakt wskazując, że poprawienie oferty możliwe byłoby przez złożenie ponownego kosztorysu ofertowego wraz z poprawionym formularzem ofertowym w pkt 3, co byłoby czynnością noszącą znamiona złożenia ponownej oferty.

**1b.** Brak podania we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego Instalacji AV podstawy wyceny, wskazany przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania, jako omyłka pisarska, wobec przyjętej, lecz nieujawnionej kalkulacji własnej.

W okolicznościach sprawy nie występują żadne przesłanki, by można było uznać brak podania podstawy wyceny we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego, jako oczywistą omyłkę pisarską. Jest to niezgodność treści kosztorysu ofertowego z wymaganiami zamawiającego zamieszczonymi w rozdziale XII pkt 9 lit. e SIWZ (żądanie podstawy wyceny), w związku z pkt 8 tego rozdziału (dopuszczenie kalkulacji własnych).

**1c, tiret pierwsze.** Pominięcie w kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane - etap I” pozycji 1.2.9 przedmiaru robót: KNR 401/313/4 - wykonanie przesklepień otworów w ścianach z cegieł, dostarczenie i obsadzenie belek stalowych, do I NP 180 mm - nadproża zabezpieczające z HEB100 w ilości 17 mb.

Przy dwóch różniących się cenach podanych w poz. 1.1.8; 1.3.4; 1.4.9 kosztorysu ofertowego odwołującego, zamawiający nie miał podstaw, by wybrać którąś z tych cen i wprowadzić ją do kosztorysu wraz z pominiętą pozycją 1.2.9, lub jak wskazał odwołujący, zastosować cenę najwyższą, najniższą lub zero, albo uśrednioną cenę jednostkową, co

oznaczałoby zastąpienie oświadczenia woli odwołującego przez czynność zamawiającego. Czynność taka, jak słusznie podniósł przystępujący jest niedopuszczalna, jako ingerencja zamawiającego w treść oferty powodująca zmianę oświadczenia woli wykonawcy.

Wartość tej pozycji, jak podał odwołujący, w stosunku do całkowitej ceny oferty, może świadczyć o nieistotności niezgodności treści z SIWZ, ale by niezgodność była możliwa do jej poprawienia jako omyłki, musi stanowić omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

**1c, tiret drugie.** Nieprawidłowa wycena w kosztorysie ofertowym „Roboty budowlane - etap I” pozycji 2.3.7 na podstawie KNR 4-01 0713-02 z opisem: przecieranie istniejących tynków wewnętrznych z zeszkobaniem farby lub zdzieraniem tapet na stropach, biegach i spocznikach, zamiast na podstawie KNRW 4-01 0722-02 z opisem: przecieranie istniejących tynków zewnętrznych, na ścianach, loggiach, balkonach, tynk cementowo-wapienny, kategoria III, nie spełnia przesłanki uznania jej za inną omyłkę obligującą zamawiającego do jej poprawienia, jako czynności o analogicznym charakterze wycenionej na podstawie innej zbliżonej pozycji katalogu nakładów rzeczowych. Wobec stanowiska zamawiającego o braku możliwości ustalenia lub wyliczenia ceny jednostkowej, a tym samym ustalenia wartości tej pozycji, ze względu na brak niezbędnych cen materiałów i sprzętu (wapno suchogaszzone, gips budowlany szpachlowy powierzchniowy, piasek do zapraw i wyciąg), odwołujący uznał, że zamawiający powinien pozostawić tę część kosztorysu bez poprawiania i przyjąć zamiennie opis i podstawę wyceny odwołującego, przyznając tym samym brak możliwości poprawienia kosztorysu w trybie wskazanym w odwołaniu.

**1c, tiret trzecie.** Pominięcie w kosztorysie ofertowym „Roboty konserwatorskie - etap I” pozycji 1.1.5 z podstawą wyceny TZKNBK 8/204/2 i opisem - sztablatury na gotowym podkładzie z przygotowaniem zaprawy - analogia - z wygładzeniem i oszlifowaniem powierzchni na ścianach, uzupełnienie ubytków i wypełnienie spękań w ilości 403,99 m<sup>2</sup>, nie kwalifikuje się do poprawienia oferty jako innej omyłki, przez dodanie pozycji z właściwym opisem i wyceną 0,00 zł dokonaną przez zamawiającego, gdyż w pozostałych pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego brak jest ceny jednostkowej możliwej do przyjęcia za wykonanie pominiętych robót wyszczególnionych w pozycji 1.1.5 przedmiaru robót. Zatem, brak jest możliwości ustalenia i wyliczenia ceny jednostkowej, a tym samym wartości wskazanej pozycji.

Ponadto, brak jest możliwości uzupełnienia kosztorysu ofertowego odwołującego, wobec braku danych, co do podstawy wyceny tej pozycji.

Wykazane braki w formularzach ofertowych mają wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, ocenionej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że brak jest podstaw, by uznać niezgodności treści oferty mające wpływ na jej cenę, przez brak pozycji kosztorysowych i brak możliwości wyceny pozycji kosztorysowych zgodnie z wymaganiami zamieszczonymi w SIWZ, za inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wprowadzony w celu uniknięcia przypadku odrzucania oferty z powodu błahych pomyłek, niedopatrzeń, niezamierzonych błędów, opuszczeń, drobnych różnic, ale mieszczących się w pojęciu „omyłki”, zbliżonej swym charakterem do niedokładności błędu pisarskiego lub błędu rachunkowego, ma zastosowanie w przypadku ziszczenia się przesłanek w nim określonych, w sytuacji, gdy zamawiający ma możliwość samodzielnego poprawienia oferty, nie tworząc treści oferty, w szczególności nie podając nowych cen poszczególnych pozycji kosztorysu wykonawcy.

Wskazywany przez odwołującego sposób poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ, wobec braku możliwości ustalenia cen jednostkowych oraz zmianę - w wyniku dostosowania oferty do wymagań SIWZ - formularza ofertowego, sprowadzałby się do wytworzenia nowego oświadczenia woli odwołującego, stanowiącego zmianę treści oferty.

Oceniając powyższe, Izba uznała, że czynność zamawiającego nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów art. 89 art. 1 pkt 2 i pkt 6, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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: .....**