

Sygn. akt: KIO 2383/17

**WYROK**  
**z dnia 27 listopada 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2017 roku przez wykonawcę B.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasta Sanok

przy udziale wykonawcy K.B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2383/17 po stronie Zamawiającego

**orzeka**

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy K.B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa dworca autobusowego na dworzec multimodalny przy ul. Lipińskiego w Sanoku w ramach zadania pn. „Wdrożenie zintegrowanego systemu ograniczenia niskiej emisji w ramach systemu transportu w MOF Sanok-Lesko” współfinansowanego ze środków RPO WP 2014-2020, zgodnie z zawartą umową nr RPPK.05.04.00-18-0001/16- 00”.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy K.B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia. Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W pozostałym zakresie zarzutów odwołania nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża K.B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę B.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Gmina Miasta Sanok na rzecz wykonawcy B.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miasta Sanok - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa dworca autobusowego na dworzec multimodalny przy ul. Lipińskiego w Sanoku w ramach zadania pn. „Wdrożenie zintegrowanego systemu ograniczenia niskiej emisji w ramach systemu transportu w MOF Sanok-Lesko” współfinansowanego ze środków RPO WP 2014-2020, zgodnie z zawartą umową nr RPPK.05.04.00-18-0001/16-00”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 września 2017 roku pod numerem 584379-N-2017.

13 listopada 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K.B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. (dalej: K.B.), która to oferta winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez wybór oferty wykonawcy K.B., której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ),
- b) art. 91 ust 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy przez wybór oferty wykonawcy K.B. poprzedzony bezprawnym poprawieniem w niej nieusuwalnych błędów jako oczywistych omyłek pisarskich,
- c) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust 1 ustawy przez wybór oferty wykonawcy K.B. poprzedzony wyjaśnieniem „*celu ustalenia rzeczywistej treści oferty*” prowadzącym do bezprawnej zmiany treści oferty,
- d) art. 91 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 przez wybór oferty wykonawcy K.B. pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny,
- e) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez wybór oferty wykonawcy K.B., a

tym samym niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz udzielenia zamówienia wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania - posiadając interes w uzyskaniu zamówienia, poniósł szkodę. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nieprawidłowo dokonując czynności badania i oceny ofert pozbawił Odwołującego możliwości realizacji zamówienia. Wykonanie powyższych czynności zgodnie z obowiązującymi przepisami spowodowałoby, że oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Powyższe czyni więc zadość wymaganom do wniesienia odwołania, określonym w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Pismem, doręczonym dnia 8 listopada br. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania pn.: Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa dworca autobusowego na dworzec multimodalny przy ul. Lipińskiego w Sanoku dokonał wyboru oferty K.B. jako najkorzystniejszej. Wyboru ww. oferty dokonano pomimo, że Odwołujący pismem z dnia 18 października 2017 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę na niezgodność złożonej przez K.B. oferty z treścią SIWZ. W uzasadnieniu ww. pisma Odwołujący wskazał, że w stanowiącym integralną część oferty kosztorysie Wykonawcy (w zakresie kosztorysu instalacji elektrycznych - rozdział dotyczący Tablic) wyceniono jedynie pięć elementów

*W tym miejscu w treści odwołania tabela*

podczas gdy zgodnie z wymogami Zamawiającego kosztorys instalacji elektrycznych w ww. zakresie powinien obejmować sześć elementów

*W tym miejscu w treści odwołania tabela*

Odwołujący podniósł, że zestawienie zawarte w tabelach wskazuje na wyraźne rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym K.B. a wzorem kosztorysu, opracowanym przez Zamawiającego. Rozbieżności te polegają zarówno na pominięciu niektórych pozycji kosztorysu (nie wyceniono robót związanych z prefabrykacją tablic TRW1, TRW2, TRW3), jak i na zmianie ilości jednostek określonych w kosztorysie (zmieniono ilość oferowanych rozdzielnic skrzynkowych mocowanych przez przykręcenie).

Podobna sytuacja nastąpiła w zakresie kosztorysu instalacji elektrycznych (rozdział dotyczący instalacji zasilania gwarantowanego) gdzie K.B. wycenił jedynie sześć pozycji:

*W tym miejscu w treści odwołania tabela*

Zgodnie z wymogami opisanymi przez Zamawiającego kosztorys instalacji elektrycznych (rozdział dotyczący instalacji zasilania gwarantowanego) powinien zawierać siedem pozycji.

*W tym miejscu w treści odwołania tabela*

Odwołujący wskazał, że w kosztorysie ofertowym wykonawca całkowicie pominął wycenę robót związanych z dostawą baterii kondensatorów.

Odwołujący wskazał, że w związku z ww. zastrzeżeniami, Zamawiający w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, że pomimo braku wyceny kosztów prefabrykacji tablic TRW1, TRW2 oraz TRW3 (3 szt.) oraz braku wyceny kosztów dostawy baterii kondensatorów w kosztorysie ofertowym uwzględnił ich wartość w cenie oferty, w określonych pozycjach kosztorysu ofertowego. Jednocześnie Zamawiający poprawił, w jego ocenie, oczywistą omyłkę pisarską, przez zmianę ilości oferowanych rozdzielnic skrzynkowych mocowanych przez przykręcenie, z 8 do 11.

Wykonawca pismem z dnia 23 października 2017 r. wyraził zgodę na poprawę ww. omyłki pisarskiej w przedłożonym kosztorysie ofertowym na wykonanie instalacji elektrycznych oraz wyjaśnił, że pominięte w treści kosztorysu koszty prefabrykacji tablic TRW1, TRW2 i TRW3, w wysokości 5 244,00 zł, zostały ujęte w pozycji 154 kosztorysu ofertowego architektura i konstrukcja ("*dostawa i zabudowa wind 2 przystankowych zewnętrznych, przy rampie /...*"), zaś koszt wykonania robót określonych w pozycji 115 "*dostawa baterii kondensatorów*" w wysokości 9 337,00 zł netto kpl. został ujęty w pozycji 1 kosztorysu ofertowego - Instalacje elektryczne ("*prefabrykacja rozdzielni RG kpl.1*"), w oferowanej cenie 45 837,35 zł netto. Zamawiający przyjął ww. wyjaśnienia za wystarczające, w następstwie czego wybrał ofertę złożoną przez K.B. jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Z takim postępowaniem Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził, w opinii Odwołującego rozstrzygnięcie te zostało wydane bez gruntownej analizy zaistniałej sytuacji z pominięciem

zarówno stanu faktycznego jak i stanu prawnego sprawy. Treść przedmiotowej oferty nie odpowiadała bowiem treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona.

#### Sprzeczność treści Oferty K.B. z SWIZ

Analiza treści SIWZ, a w szczególności § 16 pkt 4 wzoru umowy (stanowiącego Rozdział II Specyfikacji) o treści „rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie fakturami częściowymi w oparciu o kosztorysy powykonawcze” jednoznacznie przesądza, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił wynagrodzenie w formie kosztorysowej. Dlatego też każdy z wykonawców ubiegających się o to zamówienie był zobligowany wraz z ofertą przedstawić (zgodnie z zapisem pkt 13.5 tiret 3 Specyfikacji) kosztorys ofertowy „zgodny z zakresami robót określonymi we wzorze kosztorysu przygotowanym przez Zamawiającego”. Wybrana przez Zamawiającego oferta firmy K.B. nie spełnia jednak powyższego wymogu w ocenie Odwołującego, co stanowi podstawę do jej odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zawiera ona bowiem kosztorys sporządzony na podstawie przedmiaru zamieszczonego w innym, unieważnionym postępowaniu, a tym samym jej treść, jest niezgodna z treścią SWIZ.

Złożone przez firmę K.B. wyjaśnienia, jakoby pominięte pozycje kosztorysowe zostały uwzględnione w innych rubrykach, nie polegają na prawdzie. Nie były one bowiem pierwotnie uwzględnione przez Zamawiającego w dokonanych przedmiarach, stąd też Wykonawca nie mógł mieć wiedzy co do konieczności ich uwzględnienia w innych rubrykach. Treść złożonej oferty w sposób wyraźny i bezsprzeczny nie odpowiada zatem SWIZ, stąd też złożone przez ww. Wykonawcę wyjaśnienia, korygujące dostrzeżone błędy, należy traktować jako nieuprawnioną próbę uzupełnienia wadliwie złożonej oferty.

Wyjaśniając powyższe wskazuję, iż w dniu 17 sierpnia 2017 r. Zamawiający unieważnił prowadzone uprzednio postępowanie dla zadania pn.: *"Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa dworca autobusowego na dworzec multimodalny przy ul. Lipińskiego w Sanoku"*, w ramach którego posługiwał się wzorem kosztorysu identycznym jak kosztorys przedłożony przez firmę K.B. z niniejszej sprawy.

Na potrzeby tego postępowania kosztorys został jednak zmieniony, m.in. przez dodanie nowych pozycji podlegających odrębnej wycenie oraz przez zmianę ilości rozdzielnic skrzynkowych, czego firma K.B., jak się wydaje, nie zauważyła. Aktualny i wiążący kosztorys elektryczny został opublikowany przez Zamawiającego w dniu 29 września 2017 r. Jak wynika jednak z porównania ww. dokumentów, K.B. bazował na *"starych"* dokumentach, nie

uwzględniających w ogóle wprowadzonych przez Zamawiającego zmian w opisie przedmiotu zamówienia.

*Dowód: dokumentacja przetargowa - w tym przede wszystkim wzory kosztorysów Ofertowych udostępnione przez Zamawiającego w ramach zadania o numerze referencyjnym TI.271.7.2017 na stronie: <http://bip.um.sanok.pl/?c=mdTresc-cmPokazTresc-2019-7412> /stan na dzień 12 listopada 2017r/.*

Nie można zatem uznać za wiarygodne twierdzeń Wykonawcy, że dodane przez Zamawiającego pozycje zostały ujęte w innych rubrykach. Skoro Wykonawca "nie zauważył" rozszerzenia /sprecyzowania przez Zamawiającego zakresu prac o konieczność wykonania (i odrębnej wyceny) tablic rozdzielczych czy baterii kondensatora, trudno uznać, by z góry przewidując konieczność ich wykonania w podanej przez Zamawiającego ilości, ich wartość została dodana przez Wykonawcę do innych rubryk. Zwłaszcza, że tablice rozdzielcze wind TRW1, TRW2 oraz TRW3 nie zostały uwzględnione w przedmiarach ww. robót.

Odwołujący wskazał, że słusznie zauważyli Oferenci przed terminem składania ofert, "w dokumentacji zaprojektowano tablice rozdzielcze wind TRW1, TRW2, TRW3 natomiast przedmiar nie obejmuje tego zakresu" (pytanie nr 3 opublikowane w dniu 29 września 2017 r.). Z uwagi na powyższe, do Zamawiającego zwrócono się z prośbą o korektę przedmiaru bądź o potwierdzenie, że tego zakresu nie należy ujmować w ofercie. W odpowiedzi na tak zadane pytanie, Zamawiający wskazał, że koszt tablic TRW1, TRW2 i TRW3 należy ująć w załączonym przedmiarze branży elektrycznej w poz. nr 11. Podobnie, jakkolwiek w dokumentacji zaprojektowano baterię kondensatorów wraz z jej zasilaniem, to przedmiar nie obejmował tego zakresu. W dniu 29 września 2017 r. Zamawiający w odpowiedzi na kolejną prośbę Oferentów o korektę przedmiarów bądź o potwierdzenie, że tego zakresu nie należy ujmować w ofercie, nakazał Wykonawcom, by koszt baterii kondensatorów ująć w załączonym przedmiarze branży elektrycznej w poz. nr 115.

Powyższe świadczy wprost o niezgodności treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Posługując się nieaktualnymi dokumentami Wykonawca w treści złożonej oferty zaoferował bowiem wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią skorygowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W sytuacji natomiast, w której treść oferty nie odpowiada SIWZ konieczne jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Zaniechanie dokonania tej czynności przez Zamawiającego prowadzi również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Konieczność wykonania kosztorysu zgodnie z wymogami SIWZ przez każdego wykonawcę. Odwołujący wskazał, że ogłaszając postępowanie przetargowe Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób bardzo szczegółowy i rzetelny, za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych. Zamawiający w tych dokumentach, w szczególności we wzorach kosztorysów ofertowych, określił sposób obliczania ceny jednostkowej danego asortymentu robót, wymieniając enumeratywnie zakres robót, który składać się będzie na przedmiot zamówienia, jednostkę miary oraz ilość. W udzielanych wykonawcom odpowiedziach Zamawiający podawał wprost, pod którą rubryką należy wpisać poszczególne koszty tak, by złożone oferty były porównywalne oraz - z uwagi na zastosowany kosztorysowy system rozliczania robót - by bez problemów rozliczyć się z wykonawcą na etapie realizacji umowy.

Co więcej, w treści SIWZ wielokrotnie podkreślano konieczność wyceny każdego elementu wskazanego przez Zamawiającego. Dla przykładu Odwołujący powołał pkt. 13.5 SIWZ, zgodnie z którym: "Cenę oferty należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego:

- cenę jednostkową oraz wartość pozycji jednostkowej należy określić z dokładnością do 0,01 zł.

- wartość pozycji jednostkowej musi być iloczynem: ilości pozycji jednostkowej i ceny jednostkowej,

- zakres robót w kosztorysie ofertowym musi być zgodny z zakresami robót określonymi we wzorze kosztorysu przygotowanym przez Zamawiającego,

- w cenach jednostkowych należy uwzględnić wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia."

Zgodnie natomiast z pkt. 13.6. SIWZ - "Rozliczenie wykonania robót odbywać się będzie wg. rzeczywistego obmiaru z natury w oparciu o ryczałtowe ceny jednostkowe pozycji przedmiarowych z kosztorysu ofertowego."

Dodatkowo, na ostatniej stronie wzoru formularza oferty wyraźnie zastrzeżono, że „do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy uproszczony sporządzony na podstawie dostarczonych kosztorysów, zgodny, co do ilości pozycji przedmiarowych ich treści i przedmiarów, oraz kosztorys ofertowy w wersji elektronicznej na nośniku CD sporządzony w pliku elektronicznym [kosztorys ofertowy wersja elektroniczna.xls] wykonany przez Zamawiającego."

Zamawiający kładł zatem duży nacisk na precyzyjne podanie poszczególnych cen jednostkowych oraz na konieczność sporządzenia oferty zgodnie z opracowanym przez



nego kosztorysem. W świetle powołanych powyżej postanowień SIWZ, nie można zatem uznać, by w tym postępowaniu dopuszczalne było przenoszenie części kosztów pomiędzy pozycjami cen jednostkowych. Zwłaszcza, iż pozostali wykonawcy składali bardzo wiele pytań - w tym pytań dotyczących pominiętych przez ww. wykonawcę pozycji, celem ustalenia, w której z rubryk dane wartości winny być wpisane. Zaniechanie weryfikacji ww. okoliczności, a także, zaniechanie zapoznania się z odpowiedziami na pytania zadawane przez innych wykonawców, świadczy o niedbalstwie i braku rzetelności w sporządzaniu oferty a także o błędzie w obliczeniu ceny. Globalna wartość oferty nie uwzględnia bowiem wszystkich kosztów niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Natomiast samo działanie Zamawiającego, polegające na wyborze oferty K.B. traktować należy nie inaczej jak odstąpienie na etapie oceny ofert od stosowania uprzednio określonych wykonawcom warunków, co świadczy o naruszeniu art. 7 ustawy. Pomimo wyraźnego nakazu złożenia oferty zgodnie ze wzorem opracowanym przez Zamawiającego, Zamawiający zaakceptował złożoną przez K.B. ofertę niespełniającą wymagań SIWZ.

Niedopuszczalność zmiany treści zawartego w ofercie oświadczenia woli po upływie terminu składania ofert.

Złożony kosztorys i jego zgodność z przedmiotem robót ma znaczenie dla oceny ważności wybranej oferty nie tylko z punktu widzenia wyżej powołanych postanowień SIWZ, lecz także, a może i przede wszystkim, z uwagi na fakt, że K.B. składając ofertę przedstawiła określonej treści oświadczenie woli, które musi być dla niej wiążące. A skoro zasadą w przedmiotowym postępowaniu był kosztorys ofertowy i rozliczanie robót według kosztorysu, to niedopuszczalne jest dokonywanie zmiany w tym zakresie po złożeniu oferty przez dopisanie brakujących pozycji czy też uznanie, że znajdują się one w innych miejscach. Wprowadzenie nowych informacji do treści oferty, nawet w związku z wyjaśnieniami wybranego wykonawcy stanowi bowiem zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy. Zdaniem Odwołującego, zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli złożonym drugiej stronie w celu zawarcia umowy, określającym istotne postanowienia tej umowy, a więc treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to treść takiego oświadczenia. Jaka ma być ta treść, ustalił Zamawiający w SIWZ i to wymaganie wykonawcy musieli spełnić. Kosztorys ofertowy jest przecież bezspornie częścią oferty, gdyż zawiera w sobie określenie jej przedmiotu oraz cen, a więc dwa najważniejsze elementy oferty i dlatego nie można powiedzieć, że dana treść kosztorysu jest tylko wymogiem formalnym nieskutkującym jej odrzuceniem. Jeśli

Zamawiający wymaga złożenia oświadczenia o pewnej treści, tj. zawierającego dane informacje, powinno ono być tak złożone, aby te informacje były w nim zawarte. W przeciwnym razie oferta taka musi zostać odrzucona. Zwłaszcza, że prawodawca użył w przepisie art. 89 sformułowania Zamawiający „odrzuca”, a nie „może odrzucić” co przesądza o obligatoryjnym charakterze tej czynności.

Nie jest również zasadne twierdzenie, że skoro wykonawca zadeklarował w ofercie, że zapoznał się z SIWZ i że zakres prac przewidzianych do wykonania jest zgodny z zakresem objętym specyfikacją, to deklaracja taka zastępuje braki w ofercie w zakresie szczegółowego przedstawienia wymaganych pozycji. Nie ma wątpliwości, iż skoro Zamawiający wymagał w SIWZ i projekcie umowy sporządzenia kosztorysu ofertowego, którego zakres musiał być zgodny z zakresami robót określonymi we wzorze kosztorysu przygotowanym przez Zamawiającego, to brak kilku pozycji wraz z ich opisem i podaniem cen jednostkowych stanowi, iż treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Niedopuszczalność korekty braku wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego, że pominięte przez wybranego Wykonawcę pozycje należało poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy jako oczywiste omyłki pisarskie.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku (wyrok z dnia 7 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08) należy bowiem stwierdzić, że oczywiste omyłki pisarskie to „omyłki, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki, właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian”.

W przedmiotowej sprawie natomiast - co powinno być bezsporne - błędy w kosztorysie K.B. nie spełniały powyższych warunków. O jakiej bowiem „określonej niedokładności nasuwającej się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań” może mówić Zamawiający skoro sam pismem z dnia 20 października 2017 roku przeprowadzał dodatkowe badania „w celu ustalenia rzeczywistej treści oferty” zwracając się do wybranego wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiotowej sprawie? I jak można przy tym twierdzić, że „właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian” skoro sam Zamawiający w powyższym piśmie pyta, (narzucając nijako odpowiedź) czy wykonawca pomimo braku

wymienionych w kosztorysie ofertowym pozycji, uwzględnił ich wartość w cenie oferty, co tym samym umożliwia zmianę treści oferty?

Treść oferty firmy K.B. w żaden sposób nawet nie sugerowała (w formie odręcznych adnotacji czy zmienionych opisów zakresów robót), by rzeczywista treść oferty była inna niż literalnie wynika z jej treści. Wykonawca natomiast nie tylko nie wycenił wyżej wskazanych zakresów robót, lecz także nawet pośrednio w treści oferty nie wskazał przybliżonej wartości ww. prac w innych rubrykach ani też nie wycenił robót "podobnych", z których można byłoby wydedukować faktyczną wartość brakujących pozycji.

Jak wskazano natomiast w Opinii Urzędu Zamówień Publicznych, "*Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej*" uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wówczas, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji (Opinia dostępna w Repozytorium Wiedzy na stronie: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/omylki-i-bledy-w-ofertach-wykonawcow-analiza-na-przykladzie-orzecznictwa-sadow-okregowych-i-krajowej-izby-odwolawczej>; stan na dzień 12.11.2017 r.),

Z uwagi na powyższe, nie możliwym było uzupełnienie ww. braku w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż dane pozwalające na poprawę błędnie wskazanych wartości nie znajdowały się w treści oferty, lecz w piśmie Wykonawcy z dnia 23 października 2017 r., w którym to piśmie Wykonawca podał brakujące wartości robót.

Z uwagi na powyższe uznać należy, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie była możliwa do poprawienia przez Zamawiającego. Zmiana wymagała ustalenia przez Zamawiającego podstawy wyceny, której nie zawierała treść oferty. Co istotne, wycena miała być dokonana na podstawie kalkulacji własnej wykonawcy, co powodowało ten skutek, że Zamawiający nie mógł samodzielnie ustalić kwoty o jaką ewentualnie miałyby zostać zwiększona cena oferty. Tym bardziej, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie uwzględniała takiej procedury dokonania poprawek w ofertach wykonawców, a już w szczególności weryfikacji pozycji składających się na przedmiot zamówienia i podstaw ich wycen. Z samego przepisu art. 87 ust. 1 i 2 ustawy nie wynika uprawnienie Zamawiającego co do możliwości uzupełniania oferty wykonawcy o pominięte pozycje z przedmiarów, według podstaw i zasad nie podanych w specyfikacji. W konsekwencji pominięcie w kosztorysie ofertowym określonych pozycji nie miało charakteru omyłek możliwych do poprawienia.

W omawianym przypadku nie było zatem możliwe również zastosowanie trybu wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż wprowadziło ono do oferty nowe treści. Tym bardziej, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest zapewniona przez sam fakt złożenia przez wykonawcę w formularzu ofertowym ogólnego oświadczenia o zapoznaniu się i akceptacji wymagań SIWZ, wówczas gdy z treści szczegółowych informacji zawartych w ofercie wynika konkretna niezgodność z wymaganiami Zamawiającego (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1101/14).

Na potwierdzenie powyższego stanowiska jedynie przykładowo Odwołujący w tym miejscu przywołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 r. sygn.. akt KIO 1732/16, w uzasadnieniu którego wyraźnie uznano, że Zamawiający nie ma podstaw do tego aby uznać, że brak pozycji kosztorysowej może być uzupełniony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co miałyby uzasadniać jej ocenę w kryteriach oceny ofert. Podobnie, w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 r. sygn.. akt KIO 437/15 uznano wprost, iż "pominięcie ceny jednostkowej, gdy kosztorys ofertowy jest przedstawiany jako wyliczenie wynagrodzenia kosztorysowego stanowi podstawę do uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a zarazem podstawę do jej odrzucenia w oparciu o art 89 ust 1 pkt 2 P.z.p.". Co więcej, w treści uzasadnienia ww. orzeczenia bezsprzecznie uznano, że "stwierdzony brak ma charakter zasadniczy, niepodlegający konwalidacji w dopuszczalnych trybach art. 87 ust 1 lub ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.. Uzupełnienie kosztorysu ofertowego z oznaczeniem cen jednostkowych na podstawie art 87 ust. 1 ustawy P.z.p. - umożliwiającego wyjaśnianie treści oferty, prowadziłoby do wytworzenia nowej treści oferty, po upływie wyznaczonego terminu, takiej której pierwotnie oferta ta nie zawierała. Kosztorys ofertowy nie kwalifikuje się także do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy P.z.p., gdyż nie stanowi ani dokumentu podmiotowego ani przedmiotowego, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p."

Podsumowując Dowołujący podniósł, że Zamawiający w tej sprawie zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy K.B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi, że treść jej nie odpowiadała treści SIWZ, a dostrzeżone w treści oferty braki nie podlegały poprawie. Zaniechanie odrzucenia oferty i akceptacja kosztorysów złożonych niezgodnie z treścią SIWZ narusza zasadę równego traktowania wykonawców, która znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. Zasada ta bezwzględnie nakazuje bowiem jednakowo traktować wykonawców na każdym

etapie postępowania, bez stosowania zarówno przywilejów jak i środków ich dyskryminujących, jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary i jednakowych kryteriów do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, czego Zamawiający nie dopełnił. Gdyby działał on zgodnie z przepisami prawa, odrzuciłby bowiem ofertę „niezgodną z zakresami robót określonymi we wzorze kosztorysu przygotowanym przez Zamawiającego” i dopiero wówczas dokonał wyboru. Odwołujący wskazał, że zaakceptowanie przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonanego przez Zamawiającego wyboru prowadzić będzie do sytuacji, w której rozliczenie części wykonanych robót -na etapie realizacji zamówienia - dokonane zostanie nie na podstawie oferty, lecz w oparciu o ceny podane samodzielnie przez Wykonawcę po terminie składania ofert. Powyższe przesądziło o konieczności wniesienia niniejszego odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 listopada 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony i uczestnik postępowania odwoławczego na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba nie uwzględniła wniosku zgłoszonego przez uczestnika postępowania odwoławczego oraz Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, bowiem – co znalazło wyraz w orzeczeniu z dnia 13 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1077/17 - Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedzib Zamawiających, które z mocy art. 198 a ust. 1 ustawy sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba uwzględniła stan znany Izbie z urzędu odnośnie wydanych przez Sądy Okręgowe orzeczeń uwzględniających skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz w świetle wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru

oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań Zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu. Jednocześnie należy wskazać, że uchwałą z dnia 17 listopada 2017 roku Sąd Najwyższy, w sprawie o sygnaturze akt III CZP 58/17, wskazał, że zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez Zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

Izba nie uwzględniła także wniosku uczestnika postępowania odwoławczego – zgłoszonego we wniesionym zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, o odrzucenie odwołania z powodu złożenia odwołania podpisanego przez osobę, umocowaną do reprezentacji w innym postępowaniu niż zaskarżona czynność zamawiającego, a co w ocenie uczestnika postępowania odwoławczego znalazło uzasadnienie w treści pełnomocnictwa załączonego do odwołania. W ocenie Izby złożone pełnomocnictwo z dnia 10 listopada 2017 roku wystawione dla r. pr. Katarzyny Polańskiej, r.pr Martwy Witwickiej-Dżugan, r.pr. Anny Ryś w sposób jednoznaczny identyfikowało podmiot wystawiający pełnomocnictwo jak również osoby działające w imieniu tego podmiotu, a co za tym idzie podanie w ostatnim punkcie pełnomocnictwa „Konsorcjum” nie zmienia faktu, że umocowane osoby działały w imieniu B.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. wskazanego na wstępie pełnomocnictwa. Podkreślenia wymaga również, że umocowanie zawarte w ostatnim punkcie pełnomocnictwa odnosiło się do reprezentacji Odwołującego przed Krajową Izbą Odwoławczą, czyli nie miało znaczenia na etapie składania odwołania. Odnośnie podanej w pełnomocnictwie nazwy Izba wskazuje, po pierwsze, że podana nazwa zgodna jest z zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 15 września 2017 roku nazwą projektu lub programu, co potwierdził sam Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Po drugie – w pełnomocnictwie został podany numer, znak sprawy TI.271.11.2017 identyfikujący jednoznacznie prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia; po trzecie – w treści pełnomocnictwa została podana data czynności Zamawiającego, która stanowi podstawę wniesienia odwołania tj. 8 listopada 2017 roku. Złożone wraz z odwołaniem pełnomocnictwo, w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny identyfikuje zarówno podmiot je udzielający, osoby umocowane oraz zakres umocowania do określonego działania w określonej jednoznacznie sprawie skonkretyzowanego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje również, że Odwołujący pominął fakt, że w przypadku, gdy odwołanie zawiera braki formalne - a takim byłby brak załączonego pełnomocnictwa – Odwołujący jest wzywany do usunięcia braków formalnych odwołania pod rygorem zwrotu odwołania.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*

V.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,*
- art. 87 ust. 1 ustawy – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej*



*oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

- *art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*
- *art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy –  
Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)  
2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3,  
6) zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu*
- *art. 91 ust. 1 ustawy – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

## VI.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez Odwołującego – opracowanie własne, tabela „Porównanie wartości wybranych pozycji kosztorysowych ofert złożonych w przetargu pn.: Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa dworca autobusowego na dworzec multimodalny przy ul. Lipińskiego w Sanoku”.

## VII.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Izba wskazuje, że stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania odzwierciedla czynności dokonywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również odzwierciedla postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba podkreśla na wstępie, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie

z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. 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 – w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że 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 – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) wymagania.

Oczywiście obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08), a odzwierciedleniem znajomości wymagań SWIZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Jednakże złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWIZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Należy mieć również na uwadze, że dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającego posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca –

jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.

W rozpoznawanej sprawie, co wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz co podnosił Odwołujący, Zamawiający pismem z dnia 20 października 2017 roku wezwał K.B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R. (dalej: K.B.) do złożenia wyjaśnień: „w celu ustalenia rzeczywistej treści oferty, prosimy o złożenie wyjaśnień, że wykonawca pomimo braku następujących pozycji - *tu podane pozycje 11 i 115 z przedmiaru* – w kosztorysie ofertowym w zakresie instalacji elektrycznych, względnie ich wartość w cenie oferty, w określonych pozycjach kosztorysu ofertowego”. Zamawiający żądał podania szczegółowych informacji „w których pozycjach kosztorysu ofertowego, koszty wykonania pominiętej pozycji nr 11 i 115 zostały uwzględnione wraz ze szczegółowym podaniem kalkulacji kosztowej tych pozycji”. Zamawiający zaznaczył również, że „koszt

oferty nie może ulec zmianie”. Wykonawca K.B. złożył wyjaśnienia. W ocenie Izby należy na wstępie zaznaczyć w tym miejscu, że w zakresie uprawnień Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. Istotnym i znamionym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty) i przyjmować - tak jak to jest w rozpoznawanym przypadku, że oświadczenie co do części przedmiotu zamówienia, który miał zostać wskazanych w kosztorysie ofertowym (pozycja 11 i 115), a czego wymagał sam Zamawiający w wyniku modyfikacji SWIZ w dniu 29 września 2017 roku – że oświadczenie w tym zakresie znajduje się w innych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Podkreślić należy, że nie stanowi sposobu rozumienia złożonej oferty wskazanie, że przedmiot zamówienia nieujęty w kosztorysie ofertowym, a który był określony w pozycjach 11 i 115 przedmiaru został ujęty w innych pozycjach kosztorysów ofertowych, z których to pozycji podanych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty (odpowiednio: w pozycji 154 „Dostawa i zabudowa wind 2 przystanowych, zewnętrznych przy rampie wraz z zabezpieczeniem przeciw wandalizmowi 3 szt.” kosztorysu ofertowego architektura + konstrukcja oraz w pozycji 1”Kalkulacja własna – prefabrykacja rozdzielnicy RG kpl 1” kosztorysu ofertowego – Instalacje elektryczne), nie wynika, że te oferowane przedmioty zamówienia się tam znajdują.

Złożone po terminie otwarcia ofert wyjaśnienia uczestnika postępowania odwoławczego stanowią w swej istocie zmianę oferty i w konsekwencji nową ofertę – choć nie uległa zmianie globalna cena oferty, co zastrzegł Zamawiający w wezwaniu, zmianie uległa oferta wykonawcy złożona w postępowaniu, ponieważ w pozycjach dotychczasowych złożonych w ofercie, z których treści nie wynika objęcie przedmiotem dodatkowych, innych, wskazanych w innych pozycjach kosztorysu inwestorskiego elementów wprowadzone zostały zmiany przez wprowadzenie nieujawnionych tam pozycji kosztorysowych. Odwoływanie się w argumentacji, że we wcześniej prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający nie wydzielił pozycji kalkulacja własna – prefabrykacja tablic

TRW1, TRW2, TRW3 szt. 3 oraz dostawa baterii kondensatorów kpl. 1 nie stanowi uzasadnienia dla złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Izba podkreśla w tym miejscu, że sam uczestnik postępowania odwoławczego wskazał, że jego kosztorys ofertowy jest zgodny z tym z dnia ogłoszenia postępowania, czyli nie uwzględniał zmian wprowadzonych przez Zamawiającego, co oznacza, że w kosztorysie ofertowym nie zostały zawarte dwie pozycje przedmiotowe i nie zostały wycenione przez wykonawcę. Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)*". W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z przypadkiem, w którym wykonawca nie wykazał konkretnych danych wymaganych przez Zamawiającego, czyli w ofercie jest zupełny brak danych odnoszących się do pozycji 11 i 115 (wprowadzonych zmianą SWIZ z 29 września 2017 roku). Skoro w ofercie brak było tych danych, to zgodnie z wykładnią art. 87 ust 1 ustawy Zamawiający nie mógł w sposób skuteczny żądać wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie. Podkreślić należy, na co również wskazał Sąd Okręgowy, że treści oferty, które Zamawiający poddaje pod wyjaśnienie muszą być wyrażone w tej ofercie. Tym samym brak wyrażenia danej treści w ofercie implikuje brak możliwości skutecznego zastosowania procedury wyjaśnienia treści oferty – nie sposób bowiem wyjaśniać coś czego nie ma. Jedynie co Zamawiający był w stanie uzyskać w wyniku takiego wyjaśnienia, i co uzyskał od wykonawcy, to potwierdzenie, że w treści oferty brak jest oświadczenia, którego złożenia wymagał Zamawiający. Twierdzenie na etapie po złożeniu ofert, że jakaś wymagana przez Zamawiającego treść znajduje się

w innych pozycjach kosztorysów ofertowych różnych branżowych nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty, po prostu z oferty to nie wynika. Przyjęcie takiego sposobu oceny oferty uczestnika dokonanej po terminie składania ofert Izba uznała za nieprawidłowe i niezasadne, nie znajdujące umocowania w obowiązujących przepisach a w konsekwencji naruszające zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zasadzie działanie Zamawiającego sprowadziło się do nieuprawnionych negocjacji złożonej oferty polegających na pozyskaniu nowego oświadczenia co do przedstawionych w ofercie informacji, które zawierałoby w swej treści oświadczenie o tych elementach kosztorysu inwestorskiego, które nie były zawarte w kosztorysie ofertowym. Niezgodność treści oferty K.B. z SWIZ nie podlega konwalidacji przez zastosowanie art. 87 ust. 2 ustawy, nie można bowiem skutecznie i zgodnie z przepisami dokonać poprawy czegoś czego nie ma w ofercie, a o czym wiedzę uzyskał Zamawiający w wyniku złożonych wyjaśnień. Izba podkreśla, że takie działanie musiałoby prowadzić do zmiany oferty w zakresie brakujących pozycji 11 i 115, ale również do dokonania zmian w pozycji 154 kosztorysu ofertowego architektura + konstrukcja oraz w pozycji 1 kosztorysu ofertowego – instalacje elektryczne przez podanie innych, niewykazanych w ofercie cen jednostkowych opisanych w tych pozycjach robót. Dodatkowo należy mieć również na uwadze, że wynagrodzenie w tym postępowaniu stanowi wynagrodzenie kosztorysowe, co potwierdził sam Zamawiający na rozprawie.

W efekcie oferta K.B. powinna była zostać odrzucona przez Zamawiającego jako niezgodna z treścią SWIZ, natomiast wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym przypadku stanowiło w efekcie podjętej przez Zamawiającego czynności nieuprawnione negocjacje oferty po terminie jej złożenia. Izba podkreśla, że w rozpoznaniu przedmiotowej sprawy nie dokonuje oceny rzetelności wykonawcy K.B., Izba dokonała oceny oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Zamawiający poprawia oczywiste omyłki pisarskie – oczywista omyłka pisarska o jakiej jest mowa w tym przepisie jest widoczna *prima face*, rzuca się w oczy każdemu, stanowi w szczególności przypadkową niedokładność.

Oczywistość takiej omyłki wraża się również w tym, że jej usunięcie jest możliwe bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów, gdyż istnieje jeden możliwy sposób jej poprawienia. 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 specyfikacji 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. 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. W piśmie z dnia 20 października 2017 roku Zamawiający zawarł informację, że w pozycji 11 złożonego kosztorysu ofertowego - instalacje elektryczne w kolumnie ilość wykonawca podał 8, a powinno być zgodnie z kosztorysem inwestorskim 11 co Zamawiający poprawił uznając to za niezamierzoną omyłkę pisarską, a w konsekwencji wyliczył koszt pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie cen jednostkowych. Działanie Zamawiającego polegające na poprawie omyłki było prawidłowe. Omyłkę tą, polegającą na niezgodności treści oferty z SWIZ Zamawiający zidentyfikował oraz miał możliwość dokonania samodzielnie jej poprawy. Działanie Zamawiającego było ingerencją w treść oświadczenia wykonawcy jakim jest złożona oferta i spowodowało zmianę oferty w zakresie ilości oferowanych rozdzielni skrzynkowych i ich montowania, a w konsekwencji cenę oferty. Jednakże w ocenie Izby taka poprawa innej omyłki, a nie omyłki pisarskiej jak wskazał Zamawiający, której istotą jest to, że w wyniku jej poprawienia nie zmienia się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy, w tym postępowaniu była prawidłowa –

co prowadzi do wniosku, że w tym zakresie Zamawiający nie naruszył art. 87 ust.1 i ust 2 pkt 3 ustawy. Aczkolwiek biorąc pod uwagę, że treść oferty nie była zgodna z treścią SWIZ – co zostało wykazane powyżej, poprawa tej innej omyłki była bezprzedmiotowa.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. W obliczu tego choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że przestrzeganie obowiązujących regulacji daje gwarancję wszystkim uczestnikom rynku zamówień publicznych niezależnie od pozycji w jakiej się znajdują. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWIZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę. Naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Izba wskazuje, że konsekwencją w stwierdzeniu niezgodności treści oferty z SWIZ w rozpoznawanej sprawie jest błąd w obliczeniu ceny tej oferty, tym samym zarzut podniesiony przez Odwołującego był zasadny. Zgodnie z treścią ww. przepisu oferta podlegać winna



odrzuceniu, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Należy zaznaczyć jednocześnie, że ustawa nie definiuje pojęcia "błąd w obliczeniu ceny", niemniej przyjmuje się, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Z błędem w obliczeniu ceny oferty będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca nie wyceni wszystkich pozycji kosztorysowych, ponieważ nie ujął w swojej ofercie wszystkich pozycji kosztorysowych – czyli tak jak w rozpoznawanym przypadku.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 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 ze zmianami).

**Przewodniczący:** .....