

Sygn. akt KIO/UZP 1003 /08

WYROK
z dnia 06 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marek Koleśnikow

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **06 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opoczno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Nadarzyn ul. Mszczonowska 19, 05-830 Nadarzyn** protestu z dnia **26 sierpnia 2008 r.**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Nadarzyn ul. Mszczonowska 19, 05-830 Nadarzyn i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opoczno**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Nadarzyn ul. Mszczonowska 19, 05-830 Nadarzyn** na rzecz **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opoczno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **INTERBUD Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 5a, 26-300 Opoczno**.

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Nadarzyn prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na budowę budynku Urzędu Gminy Nadarzyn. Wobec powiadomienia o wynikach postępowania (za pośrednictwem faksu) w dniu 21.08.2008 roku protest w dniu 26.08.2008 roku (pismem z tej samej daty) wniósł Interbud Sp. z o. o. z siedzibą w Opocznie. Protestujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) – dalej: Pzp, odrzucenie jego oferty. Protestujący podniósł, że wskutek decyzji Zamawiającego jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż złożył ofertę zawierającą najniższą cenę.

Zamawiający stosownie do art. 181 ust. 3 Pzp pismem z dnia 26.08.2008 roku wezwał wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 29.08. 2008 roku (data wpływu do Zamawiającego 1.09.2008 roku) Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim oświadczyło, że przyłącza się do protestu po stronie Zamawiającego.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 5.09.2008 roku, które Protestujący otrzymał w dniu 8.09.2008 roku, oddalając go. W uzasadnieniu Zamawiający oświadczył, że zmiany w kosztorysie ofertowym Protestującego w stosunku do przedmiaru robót powodują niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz, gdyż:

1. zmiany jednostki miary z „m” na „m²” nie można potraktować jako oczywistej omyłki, gdyż błąd pisarski to błąd logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa. Nie stanowi błędu zmiana jednostki miary w stosunku do określonej w przedmiarze i przypisanej do danej podstawy wyceny (KNNR) w kosztorysie ofertowym sporządzanym w programie komputerowym, wymagającym potwierdzenia wykonywanej czynności;
2. zaokrąglenie pozycji przedmiarowej do trzech miejsc po przecinku stanowi zmianę pozycji przedmiarowej;
3. w przedmiarze w części „Zagospodarowanie terenu w poz. 1 „Wycinka 3 drzew śr. 26-30 cm” jednostką miary jest 1 kpl. podczas, gdy Protestujący w kosztorysie ofertowym zaoferował wycinkę 3 szt. drzew.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Interbud Sp. z o. o. z siedzibą w Opocznie w dniu 12.09.2008 roku (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowując wymóg jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu (art. 184 ust.2 Pzp). Odwołujący się podtrzymał i ponowił w całości zarzuty podniesione w proteście. Podniósł, że Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 Pzp przez:

- zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich w ofercie Odwołującego się,
- odrzucenie oferty Odwołującego się jako niezgodnej z siwz.

W uzasadnieniu Odwołujący się wywiódł, że wskazanie w kosztorysie ofertowym w części „Roboty budowlane” poz. 143 („Cokoliki wysokości 10 cm na schodach z płytek układanych na klej metodą kombinowaną z przecinaniem płytek”) ilości 55m², podczas, gdy w przedmiarze robót jest 55m, jest omyłką pisarską, gdyż jej wprowadzenie może być przypadkowe. Odwołujący się wskazał, że czynności dokonywane w celu sporządzenia

oferty przy użyciu programu kosztorysującego, mogą spowodować niezamierzone różnice w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiaru oraz że, jednostka miary wygenerowana przez program kosztorysujący w poz. 143 mogła zostać pomyłkowo odniesiona do poz. 142 lub 144 w przedmiarze, które zawierają w kolumnie: „j.m.” właśnie „m”, przez co przypisanie do danej podstawy wyceny KNNR błędnej jednostki powoduje, iż w odniesieniu do tej podstawy wyceny, program będzie automatycznie generował błędną daną. Odwołujący się podniósł, że pomyłka ta winna zostać poprawiona przez Zamawiającego stosownie do art. 87 ust. 2 Pzp.

Odwołujący się wywiódł, że zaoferowanie w kosztorysie ofertowym w części „Instalacje sanitarne” poz. 203 („Rozbiórka elementów betonowych - wykucie otworów”) 0,415 m podczas, gdy przedmiar robót: wskazuje 0,41472 m nie powoduje niezgodności oferty z treścią siwz i wskazał, że w ofercie zawarł ilość określoną przedmiarem, jednak przedstawioną „do 3 miejsc po przecinku” ze względu na funkcję używanego programu kosztorysującego. W wyniku zaokrąglenia cena oferty wzrosła o 13 gr., co nie wpłynęło na kolejność ofert, ani nie spowodowało rozbieżności pomiędzy treścią siwz a treścią oferty. Odwołujący się wywiódł również, że powstała wskutek dokonanego zaokrąglenia różnica 0,00028 m jest nieistotna dla realizacji zamówienia. Wskazał, że cena oferty zgodnie z postanowieniami wzoru umowy ma charakter kosztorysowy, zatem ilość prac zamieszczona w przedmiarze nie jest ilością ostateczną i nie będzie miała znaczenia przy realizacji zamówienia. Dane wynikające z przedmiaru są niezbędne do skalkulowania ceny oferty, a także do porównania ofert.

Odwołujący się podniósł również, że zaoferowanie w kosztorysie ofertowym w części „Zagospodarowanie terenu” poz.1 („Wycinka 3 drzew śr. 26-30 cm”) 3 szt., (podczas, gdy przedmiar robót zmodyfikowany w Informacją nr 3 z dnia 01.08.2008 r. wskazuje 1 kpl) nie może stanowić przyczyny odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego się zmiana dokonana ww. pismem Zamawiającego nie stanowiła zmiany treści siwz a jedynie inny sposób zapisu. W związku z tym rozbieżność tego punktu kosztorysu ofertowego Odwołującego się w stosunku do zmienionego przedmiaru robót, nie ma żadnego znaczenia merytorycznego, ani dla oceny i porównania ofert, ani dla realizacji zamówienia. Istotą jest zaoferowanie przez Odwołującego się usunięcia 3 drzew wyspecyfikowanych w pozycji 1 kosztorysu ofertowego „Zagospodarowanie terenu” za 114,72 zł. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący się powoływał orzecznictwo Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, przytoczył wynik kontroli jednego z postępowań przeprowadzonej przez Prezesa UZP oraz wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach (Sygn. Akt. X Ga 23/07), który odrzucenie oferty z racji jej niezgodności z jedną pozycją przedmiaru uznał za nadużycie prawa oraz czynność sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (art. 5 k.c.).

Odwołujący się wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Działając stosownie do dyspozycji art. 184 ust. 3 Pzp Zamawiający w dniu 15.09.2008 roku wezwał Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Pismem z dnia 18.09.2008 roku kierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej wezwany wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wywiódł, że oczywistość omyłki pisarskiej winna być badana w konkretnym stanie faktycznym, a zmiana jednostki miar nie stanowi mylnej pisowni wyrazu, ewidentnego błędu gramatycznego, niezamierzonego opuszczenia wyrazu lub jego przekręcenia. Wskazał również, że w okolicznościach sprawy nie doszło do naruszenia zasad współżycia społecznego, gdyż art. 5 k.c. nie może podważać i modyfikować dyspozycji przepisów prawnych, zatem odrzucenie oferty zawierającej omyłki pisarskie niemożliwe do poprawienia, jest zgodne z przepisami prawa i nie narusza zasad współżycia społecznego. Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” Stanisław Flis wskazało również swój interes prawny w oddaleniu odwołania – fakt wybrania złożonej przez nie oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji akt sprawy: siwz, oryginałów ofert złożonych w postępowaniu, pisma Zamawiającego z dnia 1.08.2008 roku (Informacja Nr 3 dla wykonawców) oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie. W wyniku postępowania dowodowego Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego „FLISBUD” Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim. Zgodnie z art. 184 ust. 4 *in initio* Pzp udział w postępowaniu odwoławczym mogą wziąć wykonawcy uczestniczący w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Zastrzeżenie dokonane w przywołanym przepisie powoduje, że sprawdzenie przez Izbę na posiedzeniu skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, poprzedzające na podstawie § 16 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327),

dopuszczenie przez Izbę do udziału w postępowaniu odwoławczym, obejmuje również sprawdzenie skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Art. 181 ust. 4 i 5 Pzp wskazuje warunki wymagane dla zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W ocenie Izby nie nastąpiło skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, gdyż Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „FLISBUD” Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim o wniesieniu protestu zostało powiadomione w dniu 26.08.2008 roku. Zgłoszenie nastąpiło w dniu 1.09.2008 roku (okoliczności bezsporne), a więc z uchybieniem trzydniowego terminu liczonego od dnia otrzymania wezwania wskazanego w art. 181 ust. 4 pkt 1) Pzp. Terminy ustawowe związane z wnoszeniem środków ochrony prawnej są terminami zawitymi i nie mogą być przywracane. Upływ terminu spowodował utratę prawa.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu nie spełnił również pozostałych przesłanek wymienionych w art. 181 ust. 5 Pzp: nie wskazał swego interesu prawnego w zgłoszeniu przystąpienia oraz nie zajął stanowiska wobec zarzutów protestu. Treść oświadczenia o przystąpieniu, iż wykonawca „przyłącza się do protestu po stronie Zamawiającego” nie wyczerpuje dyspozycji art. 181 ust. 5 Pzp. Przesłanki przystąpienia do postępowania odwoławczego, wobec dyspozycji przywołanego przepisu, nie powinny być przez Izbę domniemywane z innych dokumentów postępowania.

Niewątpliwy jest interes prawny Odwołującego się we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Odwołujący się złożył ofertę z najniższą ceną 10 899 142,87 zł brutto, o 60.491,17 zł tańszą od oferty uznanej za najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec ustanowienia ceny jako jedyne kryterium oceny ofert (rozdział XVI siwz) odrzucenie jego oferty uniemożliwiło Odwołującemu się uzyskanie zamówienia, powodując uszczerbek w jego interesie prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Okoliczności faktyczne są bezsporne między stronami. Odwołujący się złożył ofertę z kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część oferty (Załącznik nr 1 do siwz pkt 7) ppkt 2) zawierającym następujące różnice w stosunku do przedmiaru robót:

1. w części „Roboty budowlane” poz. 143 „Cokoliki wysokości 10 cm na schodach z płytek układanych na klej metodą kombinowaną z przecinaniem płytek” jest 55m² zaś w przedmiarze robót: 55m (odpowiednio str. 9 kosztorysu ofertowego część „Roboty budowlane” Odwołującego się i str.14 stosownej części przedmiaru robót);
2. w kosztorysie ofertowym „Instalacje sanitarne” poz. 203 „Rozbiórka elementów betonowych - wykucie otworów” jest 0,415m, zaś w przedmiarze robót: 0,41472m

(odpowiednio str. 11 kosztorysu ofertowego w części „Instalacje sanitarne” Odwołującego się i str. 14 przedmiaru robót);

3. w kosztorysie ofertowym „Zagospodarowanie terenu” poz. 1 „Wycinka 3 drzew śr. 26-30 cm” jest 3 szt., zaś w przedmiarze robót zmodyfikowanym w Informacji nr 3 z dnia 01.08.2008 r.: 1 kpl. (odpowiednio str. 1 kosztorysu ofertowego w części zagospodarowanie terenu Odwołującego się i str.2 stosownego przedmiaru robót).

Powyższe rozbieżności stały się przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kolejno roztrząsała przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego się.

Ad. 1. Nietrafnie podniósł Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że błędne podanie jednostki miary w kosztorysie ofertowym w części „Roboty budowlane” poz. 143 „Cokoliki wysokości 10 cm na schodach z płytek układanych na klej metodą kombinowaną z przecinaniem płytek” nie ma cech oczywistej omyłki pisarskiej

Skoro wszystkie pozycje kosztorysowe w ofercie były opisane podstawą wyceny (katalogiem KNNR), który jednoznacznie określa jednostki, w jakich wyrażana jest dana pozycja kosztorysowa i czynności przewidziane do wykonania, to omyłka dotyczy takiego elementu oferty, którego treść była z góry narzucona przez Zamawiającego (wyrok ZA z dnia 16.05.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1364/06). Zatem w ocenie Izby zmiana jednostki miary stanowi błąd pisarski mający cechy przypadkowego przeoczenia. Świadczy o tym również pozostawienie bez zmian wymaganej kosztorysem ofertowym ilości jednostek 55. W związku z tym, ewentualne sprostowanie dokonanej przez Odwołującego się omyłki nie wytworzy nowej treści oświadczenia (nie doprowadzi do zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp) jako, że dotyczy takiego elementu oferty, którego treść została narzucona z góry przez Zamawiającego (podobnie wyrok KIO z dnia 11.07.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 654/08). W przedmiotowym stanie faktycznym poprawienie podanych jednostek miar nie stanowi merytorycznej zmiany treści siwz (którą byłaby zmiana, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego), ale mają bezspornie charakter oczywistych omyłek pisarskich.

Zmiana dokonana przez Odwołującego się w tej pozycji kosztorysu wyczerpuje cechy omyłki pisarskiej wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo. W szczególności jej „oczywistość” nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Zmiana jednostki miary jest bezsporna i niebudząca wątpliwości, gdyż wypełnione zostały

wszystkie pozostałe pozycje kosztorysu ofertowego, a wykonawcy nie była pozostawiona dowolność w tym zakresie. Błąd jest widoczny na pierwszy rzut oka oraz możliwy do skorygowania bez prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień, gdyż istnieje oczywista i jedyna możliwa jednostka miary w poz. 143 „Cokoliki wysokości 10 cm na schodach z płytek układanych na klej metodą kombinowaną z przecinaniem płytek” t.j. metr bieżący wskazany przez Zamawiającego w przedmiarze. Omyłka ta, co Izba podniosła we wcześniejszym wywodzie, jest ponadto możliwa do sprostowania bez zmiany treści oferty Odwołującego się, gdyż zaoferował on wykonanie całego przedmiotu zamówienia i wskazał cenę oferty oraz ceny częściowe wszystkich składników oferty, a błędnie zmienił jedynie jednostkę miary jednej z pozycji przedmiaru.

Do odmiennych wniosków nie prowadzi również odwołanie się do definicji oferty zawartej w przepisach kodeksu cywilnego, zgodnie z art. 14 Pzp, wobec braku w ustawie Prawo zamówień publicznych odrębnej definicji oferty. Zgodnie z art. 66 § 1 k. c. oferta winna zawierać wszystkie elementy istotne, niezbędne do zawarcia umowy (*essentialia negotii*). Zgodnie z doktryną prawa cywilnego elementami tymi są cena oraz postanowienia charakterystyczne i niezbędne dla danej umowy. W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że błędne podanie w jednej pozycji kosztorysu ofertowego 55m² podczas, gdy powinno być 55 m, skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższej oceny nie podważa stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, że błędne podanie jednostek miary nie ma cech oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż było działaniem zamierzonym. W ocenie Izby znaczne rozmiary kosztorysu ofertowego, różne używane w nim jednostki miary, powodują możliwość błędnego podania jednostek miary. Izba podzieliła wywody odwołania oparte o specyfikę sporządzania kosztorysu ofertowego za pomocą programu kosztorysującego. Twierdzenia odwołania dotyczące tych czynności oraz możliwości wygenerowania przy ich wykonywaniu błędnej jednostki miary nie zostały zaprzeczone przez Zamawiającego, gdyż w ocenie Izby konieczność potwierdzenia przez osobę sporządzającą kosztorys wprowadzonych zmian nie wyklucza możliwości popełnienia błędu. Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia dla celowości dokonania zmiany jednostki miary przez Odwołującego się, co podważa podana przez niego argumentacje o zamierzonym charakterze zmiany jednostki miary w części „Roboty budowlane” poz. 143 „Cokoliki wysokości 10 cm na schodach z płytek układanych na klej metodą kombinowaną z przecinaniem płytek”.

Izba nie dopuściła dowodu z programu kosztorysującego posiadanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby dyspozycja art. 87 ust. 2 Pzp stanowi o oczywistości omyłki pisarskiej, a więc pojęciu o szerszym zakresie, niż przypadkowość. Wnioskowany dowód

zmierzał również do wykazania bezspornej okoliczności, że kosztorys ofertowy sporządzany przez projektanta wymaga potwierdzenia dokonywanych czynności.

Izba stwierdza, że z uwagi na narzucenie przez Zamawiającego zarówno ilości, jak i jednostek tej pozycji przedmiaru, wpisanie przez Odwołującego się w poz. 143 „Cokolików w wysokości 10 cm na schodach z płytek układanych na klej metodą kombinowaną z przecinaniem płytek” 55m² zamiast: 55m, stanowi nie tylko oczywistą omyłkę pisarską, ale też może być kwalifikowane jako błąd co do formy, a nie treści oferty i nie może być podstawą odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp.

W okolicznościach sprawy zastosowanie przewidzianej w art. 87 ust.2 Pzp instytucji sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej, służy doprowadzeniu również do formalnej zgodności treści oferty Odwołującego się z treścią siwz.

Ad. 2. Różnica między kosztorysem ofertowym Odwołującego się a przedmiarem robót w kosztorysie ofertowym „Instalacje sanitarne” poz. 203 „Rozbiórka elementów betonowych - wykucie otworów” wynikająca z zaokrąglenia wartości przedmiarowej wynosi 0,00028 m powoduje zaoferowanie przez Odwołującego się świadczenia w rozmiarze większym, niż przedmiot zamówienia opisany w siwz i zawyżenie ceny oferty o 13 gr. W ocenie Izby nie powoduje to niezgodności oferty Odwołującego się z siwz oraz konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz. Odwołujący się zaoferował realizację całego opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią siwz możnaby w badanym postępowaniu mówić w sytuacji, gdy oferta Odwołującego się nie odpowiadałaby opisanemu w siwz przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Okoliczność, że Odwołujący w swojej ofercie zaproponował więcej o 0,00028 m, nie ma wpływu na powyższą ocenę. Zdaniem Izby *de lege lata* o niezgodności ofert z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości (tak również wyroki KIO z dnia 6.03.2008 roku sygn. akt KIO/UZP/151/08 oraz z dnia 10.03.2008 roku sygn. akt KIO/UZP/166/08, KIO/UZP/172/08).

Nie można przyjąć, że wskutek zaofierowania przez Odwołującego się rozbiórki elementów betonowych - wykucia otworów w ilości o 0,00028m większej, niż wymagana przedmiarem nie można porównać ofert złożonych w postępowaniu. Skoro bowiem jedynym kryterium oceny ofert jest cena, to zaproponowanie niższej ceny za ofertę, która w jednym elemencie przekracza opis przedmiotu zamówienia zawarty w przedmiarze robót nie powoduje niemożności prawidłowego porównania ceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert bierze pod uwagę cenę zaproponowaną w ofercie i odnosi ją do opisanego przez siebie przedmiotu zamówienia. Okoliczność że, wykonawca w danym postępowaniu zaproponował więcej niż wymagał Zamawiający, nie wpływa na poprawę jego pozycji w ramach oceny dokonywanej wyłącznie w oparciu o kryterium ceny. Pogląd powyższy znajduje również oparcie w art. 140 ust. 3 Pzp przewidującym nieważność umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz.

Ad.3. Izba ustaliła, że pismem z dnia 1.08.2008 roku - Informacja nr 3 dla wykonawców Zamawiający dokonał zmiany nomenklatury dotyczącej części kosztorysu ofertowego „Zagospodarowanie terenu” w poz. 1 „Wycinka 3 drzew śr. 26-30 cm” przez wskazanie określenia „1 kpl”. Merytoryczna treść tej pozycji przedmiaru pozostała bez zmian, co potwierdził Zamawiający na rozprawie, i składają się na nią „3 szt.” drzew. Dokonana zmiana nie ma zatem znaczenia, zarówno dla treści oferowanego świadczenia, jak i ceny tej pozycji wynoszącej w ofercie odwołującego się 114,72 zł. Izba stwierdza, że pozostawienie przez Odwołującego się wskazanej pozycji przedmiaru w pierwotnym brzmieniu, nadanym przez Zamawiającego, jest uchybieniem wyłącznie o charakterze formalnym i nie może stać się przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odmienność nomenklatury nie może stanowić przyczyny odrzucenia oferty w sytuacji, gdy odpowiada ona opisanemu w przedmiarach robót przedmiotowi zamówienia, a różnice wynikają jedynie z nazewnictwa (analogiczne stanowisko: wyrok KIO z dnia 17.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP/192/08).

Dla rozstrzygnięcia odwołania istotny jest również charakter wynagrodzenia określony przez Zamawiającego. Zamawiający w rozdziale XIV pkt 9 siwz oraz w § 12 wzoru umowy stanowiącej załącznik do swiz ustalił wprost kosztorysowy charakter wynagrodzenia stwierdzając ponadto w § 12 ust. 4 wzoru umowy: „Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone na podstawie faktycznego obmiaru robót objętych umową i zatwierdzonych przez inspektora nadzoru oraz kosztorysu powykonawczego uwzględniającego ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym”.

Trafnie podnosi Odwołujący się, że wobec kosztorysowego charakteru wynagrodzenia przedmiary stanowią podstawę do kalkulacji ceny oferty, a w okolicznościach sprawy różnice między nimi a złożonym przez niego kosztorysem ofertowym, nie skutkują niezgodnością treści oferty z treścią siwz.

Zważyć należy, że oprócz wskazanych uchybień nie powodujących merytorycznej niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego, oferta Odwołującego się została sporządzona zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale XII pkt 1. siwz oraz zawiera cenę obliczoną stosownie do opisu dokonanego przez Zamawiającego w rozdziale XIV siwz. W szczególności oferta Odwołującego się została sporządzona zgodnie z formularzem Załącznikiem Nr 1 do siwz (rozdział XII. Pkt 1.6 siwz), wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego zawierają cenę jednostkową oraz zostały wypełnione i posiadają wartość określoną przez Odwołującego się.

Celem wyłonienia wykonawcy w otwartej, konkurencyjnej procedurze, jaką stanowi przetarg nieograniczony, jest wybór oferty odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego, najkorzystniejszej pod względem kryteriów określonych w siwz, w rozpatrywanym przypadku oferty z najniższą ceną.

W tym kontekście aktualny jest pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach (Sygn. Akt. X Ga 23/07), który stwierdził, iż błędne podanie w kosztorysie ofertowym ilości robót w stosunku do przedmiaru stanowi rozbieżność, która „w istocie w żaden sposób nie wpływa na możliwość dokonania rzetelnej oceny ofert” oraz, że „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”. Dalej Sąd Okręgowy wywiódł, że „Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny, że jeden z elementów dokumentu złożonej, poza tym zgodnie z treścią siwz oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe”.

Sąd Najwyższy w wyroku z 24.04.1997 r. sygn. akt: II CKN 118/97, stwierdził, że nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie teleologicznego punktu widzenia.

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty merytorycznie zgodnej z wymaganiami Zamawiającego a zawierającej uchybienia o charakterze formalnym stanowi, co Izba

stwierdziła wyżej, działanie niezgodne z literalną wykładnią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp a ponadto niewątpliwie sprzeczne z wykładnią celowościową (teleologiczną) przywołanego przepisu. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami określonymi w siwz. Przepis ten realizuje dyrektywę dotyczącą sposobu wydatkowania środków publicznych określoną w art. 35 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych nakazującym celowe i oszczędne wydatkowanie środków publicznych.

Powyższe w ocenie Izby wskazuje jednocześnie, że w okolicznościach sprawy wystąpiła również inna z przesłanek wskazanych w art. 5 k.c. - sprzeczność ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem praw przyznanych Zamawiającemu przepisami Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 Pzp uznała Izba za potwierdzony.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, ograniczając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego się do wysokości 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*