

Sygn. akt KIO/UZP 1403/08

WYROK
z dnia 16 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PPUH „Hydromont” inż. Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Krapkowice, 47-303 Krapkowice, ul. 3 Maja 17** protestu z dnia 12 listopada 2008 r.

przy udziale **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych „SANEL” Sp. z o.o., 41-705 Ruda Śląska, ul. 11 Listopada 36** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 . Uwzględnić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Krapkowice, 47-303 Krapkowice, ul. 3 Maja 17** 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 **PPUH „Hydromont” inż. Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 514 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy pięćset czternaście złotych zero groszy) przez **Gminę Krapkowice, 47-303 Krapkowice, ul. 3 Maja 17** na rzecz **PPUH „Hydromont” inż. Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu i noclegu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PPUH „Hydromont” inż. Jan Olszewski, 45-701 Opole, ul. Wrocławska 62.**

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

Zamawiający Gmina Krapkowice prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: "Budowę kanalizacji sanitarnej w częściach nie skanalizowanych miasta Krapkowice – dzielnica Otment. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 214305-2008 z dnia 11.09.2008 r.

W dniu 5.11.2008r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „Hydromont” Jan Olszewski z siedzibą w Opolu (zwane dalej: Hydromont).

Czynność ta stała się przedmiotem protestu złożonego z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - zwanej dalej: Pzp - przez Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej. Zdaniem Protestującego Zamawiający naruszył art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oraz inne przepisy wymienione w uzasadnieniu protestu lub z niego wynikające przez wybór oferty złożonej przez Hydromont, podlegającej odrzuceniu. Wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Hydromont, uznanie oferty Protestującego za najkorzystniejszą, zawarcie umowy z Protestującym.

Uzasadniając podniesione zarzuty Protestujący wskazał, że oferta Hydromont jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej zwana: siwz - i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp, gdyż wykonawca błędnie obliczył cenę oferty. Protestujący podniósł, że Hydromont zaoferował wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową, a nie kosztorysową jakiej wymagał Zamawiający w przywołanej modyfikacji siwz z dnia 23.10.2008 r. Treść formularza ofertowego Hydromont nie odpowiada dokonanej modyfikacji, zatem, nie jest jednoznaczne jakimi zasadami w obliczeniu ceny kierował się Hydromont oraz czy roboty towarzyszące są wliczone w cenę oferty, tak jak wymagał tego Zamawiający. Cena oferty w ocenie Protestującego nie została wskazana jednoznacznie, gdyż cena podana słownie różni się od ceny podanej cyframi. Protestujący stwierdził, że Hydromont określił cenę oferty sprzecznie z wymaganiami Zamawiającego, co powoduje niezgodność oferty z treścią siwz. Protestujący wskazał nadto, że zgodnie z przywołaną modyfikacją siwz cenę oferty należało wyliczyć metodą kalkulacji szczegółowej. Natomiast w ofercie Hydromont, materiały oraz koszty zakupu zostały rozdzielone w pozycji kosztorysów, a co za tym idzie kosztorys nie spełnia wymagań siwz a popełniony błąd niesie za sobą konsekwencje błędnego obliczenia ceny, jak również braku porównywalności z innymi ofertami złożonymi w niniejszym postępowaniu.

Protestujący wywiódł, że zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty, której treść jest niezgodna z treścią siwz stanowi nie tylko naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, lecz również wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na wzmocnienie argumentacji Odwołujący się przytaczał orzecznictwo oraz stanowisko doktryny.

W wyniku poinformowania w dniu 13.11.2008 r. wykonawców o wniesieniu protestu zgodnie z art. 181 ust 3 Pzp Hydromont zgłosił z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o odrzucenie bądź oddalenie protestu. Uzasadniając wniosek o oddalenie Hydromont wskazał, że popełnione w formularzu ofertowym pomyłki mają charakter nieistotny, stanowią błędy pisarskie podlegające poprawie w myśl znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 21.11.2008 r. tego dnia informując o swojej decyzji wykonawców. Zamawiający podzielił ocenę i argumentację Protestującego za wyjątkiem braku możliwości ustalenia ceny oferty powodu rozbieżności między ceną podaną liczbowo i słownie. Oceniał, że Hydromont zaoferował wykonanie zamówienia za cenę ryczałtową a nie kosztorysową oraz nie zawarł w cenie oferty wartości robót towarzyszących, dopuszczając się tym samym błędu w obliczeniu ceny oferty oraz niezgodności oferty z treścią siwz.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Hydromont w dniu 26.11.2008 roku za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego oraz z zachowaniem warunku jednoczesności przekazania kopii Zamawiającemu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art.87 ust. 2 pkt 3 przez niedokonanie poprawek w treści oferty Zamawiającego i błędne odrzucenie oferty Odwołującego się;

2) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez niezgodne z rzeczywistym stanem przyjęcie przez Zamawiającego, iż oferta Odwołującego się zawierała błędy w obliczeniu ceny

Odwołujący się oświadczył, że nie negocjował kosztorysowego charakteru wynagrodzenia określonego przez Zamawiającego, o czym świadczą mają parafowane zmiany do siwz dołączone do oferty. Wskazał na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wywiódł, że uchybienia w formularzu ofertowym nie powodują zmian w treści oferty. Odwołujący się podniósł również, że sprzeczność oferty Odwołującego się dotyczyła jedynie formy oferty, gdyż treść oferty stanowi obok formularza ofertowego również kosztorys i załączone przez Hydromont modyfikacje. Różnice w treści formularza oferty w stosunku do zmian dokonanych przez Zamawiającego wynikały z błędu popełnionego podczas pracy na komputerze oraz z faktu, że Zamawiający nie przygotował ujednoczonego tekstu uwzględniającego dokonane zmiany siwz. Cena oferty została obliczona prawidłowo, w oparciu o przedmiary stanowiące część dokumentacji projektowej i zawiera również wartość robót dodatkowych. Metoda kalkulacji szczegółowej została zastosowana prawidłowo a Protestujący formułując zarzut oparł się na nieobowiązującym akcie prawa. Odwołujący się przywołał również art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) oraz treść uzasadnienia do zmiany przepisów. Podniósł również, że pod pojęciem oferty nie należy rozumieć wyłącznie formularza oferty a całość składających się na nią dokumentów. Uwzględnienie wszystkich dokumentów składających się na treść oferty powoduje niemożność uznania oferty Odwołującego się za niezgodną z treścią siwz. Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienie czynności Zamawiającego objętych rozstrzygnięciem protestu w części uwzględniającej ten protest, ewentualnie nakazanie wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego objętych rozstrzygnięciem protestu w części uwzględniającej ten protest. Wniósł również o przeprowadzenie dowodu z oferty Hydromont, z siwz, z modyfikacji siwz z dnia 23.10.2008r.

Pismem z dnia 28.11.2008 r. Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynierskich SANEL sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując swój interes prawny w zgłoszeniu przystąpienia oraz wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania. Zarzuty odwołania mieszczą się w dyspozycji art. 184 ust. 1 a Pzp stanowiącego, że odwołanie w

postępowaniach o wartości wskazanej w przywołanym przepisie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego odrzucenia oferty, nie zaś czynności odrzucenia oferty. Regulacja ustawowa stanowi konkretyzację zasady koncentracji środków ochrony prawnej przez umożliwienie wnoszenia odwołania przez wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w razie niekorzystnego dla nich rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego.

Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Na podstawie dowodów ze znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami, ofert: Odwołującego się oraz po wysłuchaniu pełnomocników stron, Izba ustaliła, co następuje:

W pkt III siwz – Opis sposobu obliczenia ceny oraz § 2 wzoru umowy (załącznik Nr 2 do siwz) Zamawiający ustalił ryczałtowy charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia. Wskazał również, że przedmiary robót należy traktować jako dokumenty pomocnicze do wyznaczania ceny ofertowej robót stanowiących przedmiot zamówienia. Odpowiednio w formularzu ofertowym Zamawiający, obok wskazania ceny netto, podatku VAT i ceny brutto, przewidział m.in. złożenie oświadczenia o treści:

„Oświadczam, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty wynikające wprost z dokumentacji projektowej i uwzględnia wymogi dot. Opisu przedmiotu zamówienia wynikające ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, ponadto zawiera koszty wszystkich robót towarzyszących, bez których wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe

Dokonując modyfikacji siwz z dnia 23.10.2008 roku Zamawiający nadał nowe sformułowanie pkt III siwz opis sposobu obliczenia ceny, stwierdzając m.in., że zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musi być zgodny z zakresem robót określonych w przedmiarach robót. (pkt III lit a). Zamawiający postanowił również, że cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające wprost z przedmiarów robót, jak również koszty wymienionych robót towarzyszących oraz inne koszty wynikające z realizacji zadania, bez których wykonanie zadania byłoby niemożliwe, w tym również podatek VAT. Zamawiający odpowiednio zmienił również § 2 wzoru umowy (załącznik Nr 2 do siwz) wskazując m.in. na kosztorysowy charakter wynagrodzenia oraz treść formularza ofertowego (załącznik nr 1 do siwz).

Odwołujący się złożył formularz ofertowy zawierający m.in. oświadczenie, że:

" łączna cena ofertowa została ustalona zgodnie z zasadami określonymi w pkt II SIWZ i wynosi:

Cena netto 1.670.196,45 PLN (słownie: jeden milion sześćset siedemdziesiąt tysięcy sto dziewięćdziesiąt sześć i 45/100 złotych),

Podatek VAT - 22 % -367.443,22 PLN,

Cena brutto - 2.037.639,67 PLN (słownie dwa tysiące trzydzieści siedem tysięcy sześćset trzydzieści dziewięć i 67/100 zł.),

Towarzyszące, o których mowa w pkt III ppkt 1 c siwz, stanowią kwotę netto 62.985,91 PLN + podatek VAT -22.%, tj. 13.856,90 PLN, cena brutto 76.842,81 PLN.

Oświadczam, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty wynikające wprost z dokumentacji projektowej i uwzględnia wymogi dot. Opisu przedmiotu zamówienia wynikające ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, ponadto zawiera koszty wszystkich robót towarzyszących, bez których wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe".

Odwołujący się wraz ofertą złożył m.in.:

1. szczegółowy kosztorys ofertowy;
2. zaakceptowany wzór umowy;
3. potwierdzone modyfikacje treści siwz oraz wyjaśnienia do treści siwz.

Zamawiający nie dokonał czynności ponownego badania i oceny ofert, zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Izba odmówiła mocy dowodowej modyfikacji siwz z dnia 17.10.2008 r., jako zgłoszonego na bezsporne okoliczności licznych zapytań i konieczności zmiany oraz oświadczeniu Odwołującego się z dnia 21.11.2008r., gdyż inne dokumenty stanowią wystarczającą podstawę do wydania orzeczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Przy ustaleniu prawa materialnego właściwego do rozpoznania odwołania Izba uwzględniła art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Złożona przez niego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Rozstrzygnięcie protestu stanowiące zapowiedź odrzucenia oferty Odwołującego się stanowi zapowiedź wystąpienia uszczerbku w jego interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia.

Wskazanie przez Odwołującego się w formularzu ofertowym – część: Zobowiązania wykonawcy, zdanie 1, że łączna cena ofertowa została ustalona zgodnie z zasadami określonymi w pkt II siwz stanowi oczywistą omyłkę pisarską polegającą na niezamierzonej zmianie numeracji pkt siwz. Omyłka jest bezsporna i widoczna na pierwszy rzut oka, gdyż

opis sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający zawarł w pkt III siwz i w związku z tym możliwa do poprawienia bez konieczności uzyskiwania wyjaśnień ze strony wykonawcy.

Pominięcie przez Odwołującego się w formularzu ofertowym słów „w tym roboty” ma cechy oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na niezamierzonym opuszczeniu słów. Przypadkowa niedokładność spowodowała w tym przypadku również brak poprawności językowej. Dla stwierdzenia tej okoliczności jakiegokolwiek oświadczenia wykonawcy w tej kwestii nie są konieczne.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp *de lege lata* nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje Zamawiającemu poprawienia w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, innych niż oczywiste omyłki rachunkowe i oczywiste omyłki pisarskie niepowodujących zmian w treści oferty.

Zamieszczenie w formularzu ofertowym oświadczenia usuniętego z treści siwz modyfikacją dokonaną przez Zamawiającego w dniu 23.2008 roku stanowi, w ocenie Izby, niezgodność oferty z siwz, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 3 pkt 3 Pzp. Poprawienia tej omyłki winien Zamawiający dokonać przez skreślenie oświadczenia.

W pierwszym rzędzie podnieść należy, że Zamawiający formułując postanowienia siwz, ani w jej brzmieniu pierwotnym, ani dokonując modyfikacji nie przesądził wprost, czy pozostałe dokumenty składane wraz z ofertą, w szczególności, przedmiary robót stanowią integralną część oferty. Pozytywne odniesienie się do tej kwestii jest jednak bezsporne. między stronami,

Zamawiający dokonując modyfikacji siwz wskazał, że przedmiary robót stanowią dla wykonawców podstawę do ustalenia zakresu oraz kosztów robót. Wskutek dokonanej modyfikacji Zamawiający zmieniając charakter wynagrodzenia nadał przedmiarom przymiot treści oferty. W przypadku ustalenia wynagrodzenia wykonawcy umowy o roboty budowlane o charakterze ryczałtowym, przedmiary nie stanowią zobowiązania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego (choć strony mogą również ukształtować treść umowy o roboty budowlane w ten sposób, że przedmiary mają dla nich istotne znaczenie). Potwierdził to Zamawiający na rozprawie wskazując na pomocniczy charakter przedmiarów w pierwotnie ustalonej treści siwz. W przypadku ceny o charakterze kosztorysowym, przedmiary robót stanowią źródło jednostronnego zobowiązania wykonawcy do wykonania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia wg wartości ceny jednostkowej ujętej w poszczególnych pozycjach przedmiarów robót. Ostateczna wartość wynagrodzenia wykonawcy nie musi odpowiadać cenie oferty a wynikać może z różnicy między zakresem wykonanych robót (obmiaru powykonawczego) w stosunku ich ilości jednostek określonych w przedmiarze.

Zatem skoro Odwołujący się złożył wraz z ofertą podpisaną przez siebie przedmiary robót, to zobowiązał się do wykonania prac wg cen określonych w przedmiarach. Podpisanie, zgodnie z zasadą reprezentacji Odwołującego się, przedmiarów robót jest zgodnie z teorią oświadczeń woli wystarczające do uznania, że stanowią one skuteczne zobowiązanie wykonawcy (część oświadczenia woli, jakie stanowi oferta).

Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej na rozprawie, że Odwołujący się zaakceptował wyłącznie treść wzoru umowy zawierający wynagrodzenie ryczałtowe z pominięciem zmian dokonanych modyfikacją siwz z przyczyny powołanej wyżej (złożone zostały skuteczne oświadczenia woli wykonawcy akceptujące zarówno wzór umowy, jak i modyfikację wprowadzającą wynagrodzenie ryczałtowe), ale również z powodów poniższych.

1. Przy dokonywaniu wykładni oferty Odwołującego się (stanowiącej jego oświadczenie woli w postępowaniu) należy również mieć na względzie przebieg i treść dokonanych w postępowaniu czynności poprzedzających złożenie ofert w postępowaniu. Zamawiający dokonując modyfikacji siwz, formularza ofertowego (załącznika Nr 1 do siwz) oraz wzoru umowy (Załącznika Nr 2 do siwz) nie sporządził tekstów jednolitych dokumentów postępowania, uwzględniających dokonane zmiany, ani też nie zobowiązał do tej czynności wykonawców. Należy zatem przyjąć, że dokonane zmiany zobowiązują wykonawców, ale Zamawiający pozostawił wykonawcom wybór formy uwzględnienia dokonywanych zmian w składanych w postępowaniu ofertach. Z powyższego wynika, że skoro Odwołujący się złożył wraz z ofertą podpisaną: pierwotny tekst wzoru umowy oraz zmiany dokonane modyfikacją, to zadeklarował on wykonanie przedmiotu zamówienia wg zasad ustalonych po dokonanych zmianach, a więc przewidujących kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Z taką interpretacją koreluje fakt, że Zamawiający nie dokonała zmiany w treści formularza ofertowego, w ten sposób, żeby przewidywał on odrębną akceptację zmian wzoru umowy.
2. wobec braku, w ramach modyfikacji z dnia 23.10.2008r., zmiany treści pkt XIV ust. 2 siwz przyjąć należy, że składając ofertę wykonawcy wyrażają akceptację zarówno treści wzoru umowy, jak i dokonanych w nim zmian.

W ocenie Izby sposób wprowadzenia zmian modyfikacji siwz, brak ich jednoznaczności i precyzji (w części formularza ofertowego dotyczącego akceptacji wzoru umowy, z brakiem wskazania *expressis verbis* zmian wzoru) jako popełnione przez Zamawiającego nie powinny obciążać wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie zasługuje na ochronę wywodzenie przez Zamawiającego skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty odwołującego się, z jego własnych zaniechań.

Złożenie przez Odwołującego się kosztorysu ofertowego zawierającego rozdzielenie kosztów materiału i zakupu nie powoduje niezgodności oferty Odwołującego się z treścią siwz,

stanowi, w ocenie Izby, niezgodność oferty z siwz, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 3 pkt 3 Pzp.

Treść siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp to zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Treść oferty w rozumieniu przywołanego przepisu to świadczenie wykonawcy w aspekcie merytorycznym.

Zaprezentowanie przez Odwołującego się przedmiarów robót w sposób inny niż określony przez Zamawiającego w treści siwz nie powoduje zagrożenia braku realizacji wymagań Zamawiającego, które mają zostać zaspokojone przez udzielenie zamówienia publicznego stanowiącego przedmiot postępowania. Pozostaje bez wpływu na zakres i treść oferowanego świadczenia i winno być traktowane jako uchybienie wyłącznie o charakterze formalnym, możliwym do poprawienia po zsumowaniu kosztów materiału i zakupu, nie skutkującym odrzuceniem oferty Odwołującego się.

Poprawienie w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego nie może on się zwolnić, aktualizującym się w razie ustalenia, że omyłki nie powodują zmian w treści oferty.

Do odmiennej oceny nie prowadzi również odwołanie się do przepisów kodeksu cywilnego. Art. 66 § q k.c. stanowi, że oferta zawierać ma istotne postanowienia umowy. Jak zważono powyżej oferta Odwołującego się określa wszystkie postanowienia umowy, gdyż Odwołujący się jest związany zarówno wzorem umowy, jak i jego zmianą z dnia 23.10.2008 r. Art.56 pp1 nakazuje uwzględniania przy wykładni oświadczenia woli okoliczności jego złożenia, co nakazuje uwzględnić treść i sposób dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji, a jak uczyniła to Izba powyżej.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp *de lege lata* nakazuje odrzucić ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Różnice w sformułowaniach formularza ofertowego Odwołującego się w stosunku do treści ustalonej przez Zamawiającego modyfikacją siwz nie stanowią, w okolicznościach sprawy, błędu w obliczeniu ceny oferty. Błąd ten stanowi, co do zasady, niewłaściwe podanie jednostek miary, niewłaściwej stawki podatku od towaru i usług lub brak wymaganego zaokrąglenia ceny. Oferta Odwołującego się nie zawiera takich uchybień i jest prawidłowa pod względem matematycznym (zawiera prawidłowy wynik działania na liczbach – okoliczność bezsporna). Wbrew stanowisku zawartemu w proteście nie ma wątpliwości, do zaferowania wykonania robót towarzyszących w ofercie, gdyż wynika to również z treści przedmiarów robót. Twierdzenia Przystępującego o mogącej mieć miejsce zmianie wysokości ceny oferty w przypadku ujęcia pozycji kosztów materiałów i zakupu łącznie mają charakter hipotetyczny, nie zostały poparte żadnym dowodem (art. 188 ust. Ust. 1 Pzp, art.6 k.c. w związku z art. 14 Pzp). Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego

się zawiera błąd w obliczeniu ceny (i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) oraz, że ujęcie pozycji kosztów materiałów i zakupu łącznie skutkowałoby innym wynikiem postępowania.

Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podważa powyższej oceny. „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców” (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 roku, sygn. akt X Ga 23/07). Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców byłoby odrzucenie oferty zgodnej z treścią siwz oraz zawierającej prawidłowo obliczoną cenę jedynie z tego powodu, że formularz ofertowy nie zawiera wszystkich zmian dokonanych przez Zamawiającego, co nie wpływa na treść oferty. Izba stwierdza również, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być postrzegany z uwzględnieniem celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór oferty z najniższą ceną, bądź oferty zawierającej najkorzystniejszy bilans cen i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 91 ust. 2 Pzp).

Oferta złożona przez Odwołującego się może być porównana z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu w jedynym przyjętym przez Zamawiającego, w Rozdziale X siwz., kryterium ceny, tak jak uczynił to pierwotnie Zamawiający dokonując oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego się. Rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego stanowiące zapowiedź odrzucenia oferty Odwołującego się i negujące wynik postępowania nie jest prawidłowe, zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie 1 Pzp oraz art. 191 ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie. Izba nie nakazała dokonania czynności, o których stanowi dyspozycja art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp. Zarzuty skierowane w proteście przeciwko ofercie Odwołującego się nie znalazły potwierdzenia. Nie występuje zatem potrzeba nakazywania unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, gdyż czynność ta nie została dokonana w postępowaniu lub nakazywanie ponownej oceny ofert, gdyż wykonanie wyroku Izby nie wpływa na wynik postępowania. Skutkiem uwzględnienia odwołania jest utrzymanie w mocy wyboru oferty Odwołującego się. Izba nie jest związana żądaniem odwołania (*arg. z art. 191 ust. 3 a contrario*), Formułując sentencję Izba miała również na względzie dyspozytywny charakter art. 191 ust. 2 *in initio* Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 4 ust. 1 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 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) zasądzać koszty zgodnie z kopiami rachunków i oryginałami biletów PKP.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, ze zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*