

Sygn. akt: KIO/UZP 1284/09

**WYROK**

**z dnia 22 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Barbara Bettman  
Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A. , ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, al. I. J. Paderewskiego, 51-612 Wrocław** protestu z dnia 13 sierpnia 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego oraz poprawienie nieistotnej omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**

**2. kosztami postępowania obciąża Akademia Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, al. I. J. Paderewskiego, 51-612 Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Akademia Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, al. I. J. Paderewskiego, 51-612 Wrocław** na rzecz **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie kompleksu boisk do gier otwartych wraz z zapleczem dydaktyczno-naukowym na terenie Pól Marsowych w kompleksie Stadionu Olimpijskiego we Wrocławiu, zostało wszczęte przez Akademię Wychowania Fizycznego we Wrocławiu, al. I.J. Paderewskiego 35, 51-612 Wrocław, zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 107-1547 w dniu 06.06.2009 r.

W dniu 03.08.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” z uwagi na fakt, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wskazał, że w niniejszym postępowaniu złożono 3 oferty, spośród których wszystkie zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odnośnie oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A. (Oferta nr 3), ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa zwanej dalej: „TAMEX” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” została ona odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, jako że jej treść nie odpowiadała treści,

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Zamawiający wyjaśnił, że w Wykazie (wypełnionym przez Wykonawcę Przedmiarze robót) nie zawarto poz. 705, tj. montaż opraw oświetleniowych E5 oprawa świetlówkowa do nadbudowania 4x18W, raster paraboliczny aluminiowy, np. MONZA PAR typ PX1696185. Pozycję tę w sposób nie budzący wątpliwości Zamawiający dodał do Przedmiaru robót dnia 13.07.2009 r. w Informacji dla Wykonawców nr 5 w odpowiedzi na pytanie Wykonawcy nr 6. Zgodnie z Rozdz. XIV pkt 5 i 6 SIWZ, cenę oferty oblicza się poprzez wypełnienie Przedmiaru robót, stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ. Przedmiar robót wypełnia się poprzez wskazanie cen jednostkowych i przemnożenie ceny jednostkowej przez jednostkę miary w każdym wierszu, a następnie zsumowanie otrzymanych w ten sposób wartości ze wszystkich wierszy. Otrzymana cena stanowi cenę netto; wypełniony przez Wykonawcę Przedmiar robót należy nazwać „WYKAZ” i złożyć wraz z Ofertą. Dodatkowo w Informacji dla Wykonawców nr 5 Zamawiający wyjaśniał, że Przedmiar robót nie podlega modyfikacji przez Wykonawców i tylko Zamawiający zmienia lub uzupełnia Przedmiar. Wykonawca pozostawił poza zakresem wyceny zakres robót objęty poz. 705 i zakres ten nie zawiera się w żadnej innej pozycji Wykazu Wykonawcy. Cena jednostkowa konieczna do wyliczenia w poz. 705 nie wynika wprost z żadnej innej pozycji Wykazu, a tym samym nie jest możliwe poprawienie omyłki Wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Brak poz. 705 Wykazu stanowi brak w treści oświadczenia woli Wykonawcy, nie zaś omyłkę, którą Zamawiający może poprawić, zwłaszcza dokonując niedozwolonej interpretacji kosztorysu czy analogii, prowadzącej dopiero do nowej wyceny innej pozycji w zastępstwie Wykonawcy. Wszelkie próby wyjaśnień ze strony Wykonawcy musiałyby prowadzić do stworzenia nowej wyceny pozycji, której brak. Prowadziłoby to bowiem do zaferowania po upływie terminu składania ofert brakującej ceny jednostkowej, a w konsekwencji do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, zakazującego prowadzenia negocjacji dotyczących oferty oraz dokonywania zmian w jej treści. Wykładnia Zamawiającego odpowiada przy tym aktualnemu orzecznictwu Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej: „KIO” która stwierdza: *„Izba uznała, iż w tych okolicznościach zamawiający nie był uprawniony do poprawienia w ofercie powyższej niezgodności z dokumentacją techniczną (przedmiary robót), na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Z zastrzeżeniem ustępu 2, nie jest dopuszczalne dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty. Zatem okoliczności wskazane w ustępie 2, jako odstępstwo od zasady, należy interpretować ściśle. Nie jest dopuszczalne, w ocenie składu orzekającego, uznanie za omyłkę w treści oświadczenia wykonawcy (oferty), o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po*

*upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej złączki i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. (...) Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił. Brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji nr 10 przedmiaru dotyczącego przyłącza wodno-kanalizacyjnego, należy uznać jako niezgodność treści oferty z siwz, a nie w kategorii omyłki" (wyrok KIO z dnia 28.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 476/09). W innym przypadku KIO stwierdziła: „Zdaniem Izby, Odwołujący się wadliwie interpretuje powyższy przepis. Interpretacja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP wskazuje na możliwość jego zastosowania, gdy poprawione w ofercie omyłki nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący się nie wycenił i jednocześnie nie podał wartości 50 mb kabla. Zamawiający nie posiadając takich informacji nie jest w stanie dokonać „poprawy w ofercie innej omyłki”. Zamawiający nie może również żądać wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, gdyż zdaniem izby czynność ta prowadziłaby do prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie wyceny brakujących 50mb kabla, co powodowałoby do rażącego naruszenia przepisów ustawy - zwłaszcza przepisu art. 7 ustawy pzp, stawiając Odwołującego się w uprzywilejowanej pozycji, pozwalającej na kształtowanie treści oferty, zwłaszcza jej ceny, po czynności otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu" (Wyrok KIO z dnia 26.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 634/09). Podobnie w wyroku z dnia 19.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 579/09.*

W dniu 13.08.2009 r. (wpływ bezpośredni; pismo z dnia 12.08.2009 r.) firma Tamex złożyła protest i zarzuciła naruszenie przez Zamawiającego:

a) art. 87 ust. 1 Pzp przez niewezwanie Protestującego do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty; b) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp za niepoprawienie nieistotnej omyłki w treści oferty Protestującego; c) art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp za odrzucenie oferty Protestującego za treść rzekomo nieodpowiadającą treści SIWZ, czego potwierdzeniem ma być brak poz. 705 kosztorysu ofertowego, potraktowany jako omyłka niepodlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp; d) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie postępowania z pominięciem czynności poprawienia nieistotnej omyłki w treści oferty Protestującego na podstawie art. 87 ust. 2 punkt 3 Pzp i uznania oferty Tamex za ważną; e) art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, czego przejawem jest uznanie oferty protestującego za nieważną i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez podstawy prawnej i faktycznej. Protestujący zażądał: a) anulowania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia; b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Tamex; c) poprawienia nieistotnej omyłki w ofercie Tamex d) powtórzenia oceny ofert ważnych oraz wyboru oferty najkorzystniejszej

z udziałem oferty Tamex. Interes prawny Protestującego wynika z faktu, że po wykonaniu czynności jak wyżej jego oferta okaże się najkorzystniejsza.

Odnosnie zarzutu 1 - naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Protestujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 13.07.2009 r. „*Informacja dla wykonawców nr 5*” w odpowiedzi na pytanie 1 pkt 6 jednego z wykonawców o treści: „*w przedmiarze robót w dziale 2.4.11 brak jest pozycji dla wyceny oprav E5. Prosimy o określenie gdzie należy wpisywać elementy, które wynikają z projektu lub innych dokumentów SIWZ, a brak ich w przedmiarze*”; udzielił następującej odpowiedzi: „*brakującą pozycję robót należy ująć w przedmiarze robót na końcu przed podsumowaniem OGÓŁEM, jako dodatkowy dział opatrzony numerem 11 i pozycją 705 dotyczącą oprav oświetleniowych w niżej podanej postaci*”; tzn. kalkulacja własna, ST-21, Montaż oprav oświetleniowych E5, oprawa świetlówkowa do nabudowania 4x18 W, raster paraboliczny aluminiowy, np. MONZA PAR typ PX1696185, 10 kpl.; „*W pozostałym zakresie przedmiar robót nie podlega modyfikacji przez wykonawców*”. W odpowiedzi na pytania zawarto również uwagę o treści: „*We wszystkich przypadkach, w których ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wskazano pochodzenie materiałów i urządzeń, dopuszcza się stosowanie materiałów i urządzeń równoważnych, tj. wszelkie wymienione z nazwy materiały i urządzenia użyte w przekazanej przez zamawiającego dokumentacji służą określeniu standardu i mogą być zastąpione innymi materiałami o nie gorszych parametrach technicznych, użytkowych, jakościowych, funkcjonalnych i walorach estetycznych, przy uwzględnieniu prawidłowej współpracy z pozostałymi materiałami i urządzeniami*”. Analiza uzasadnienia odrzucenia oferty Tamex prowadzi do wniosku, że elementem sporu jest brak ceny jednostkowej w całym wykazie robót dołączonych do oferty, którą można by przypisać brakującej pozycji 705. Protestujący biorąc powyższe pod uwagę stwierdza co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający podkreślił, że: „*We wszystkich przypadkach, w których ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wskazano pochodzenie materiałów i urządzeń, dopuszcza się stosowanie materiałów i urządzeń równoważnych, tj. wszelkie wymienione z nazwy materiały i urządzenia użyte w przekazanej przez zamawiającego dokumentacji służą określeniu standardu i mogą być zastąpione innymi materiałami o nie gorszych parametrach technicznych, użytkowych, jakościowych, funkcjonalnych i walorach estetycznych, przy uwzględnieniu prawidłowej współpracy z pozostałymi materiałami i urządzeniami*”. Zamawiający opisał poz. 705 w następujący sposób: „*Montaż oprav oświetleniowych E5, oprawa świetlówkowa do nabudowania 4x18 W, raster paraboliczny aluminiowy, np. MONZA PAR typ PX1696185*”. W opisie tym zwraca uwagę użycie słów: „*na przykład*”. Oznacza to, w ocenie Protestującego, że Zamawiający zażądał wycenienia robót

polegających na montażu standardowych opraw oświetleniowych E5, opraw świetlówkowych do nabudowania 4\*18 W z dowolnym równoważnym rastrem parabolicznym aluminiowym, którego standard wyznacza na przykład raster MONZA PAR typ PX1696185. W informacji tej nie zawarto żadnych innych warunków równoważności. Otóż w wykazie robót (kosztorysie ofertowym) Tamex została bezspornie dokonana wycena tych opraw w poz. 514, w której czytamy: „*Montaż opraw oświetleniowych Oprawa MONZA PAR, PX1700185*”. Porównanie kart katalogowych opraw oświetleniowych MONZA PAR typ PX1696185 z oprawami MONZA PAR PX 1700185 pozwala stwierdzić, że są to oprawy dla świetlówek o tej samej mocy 4\*18W, przystosowane do montażu nastropowego, z korpusem z blachy stalowej malowanej proszkowo, które różnią się jedynie rastrem:

a) przykładowy raster typu PX1696185 podany w informacji nr 5 Zamawiającego z dnia 13.07.2009 r. jest z aluminium malowanego proszkowo;

b) raster typu PX1700185 jest z aluminium anodyzowanego wysokiej czystości.

Oznacza to, że Zamawiający dysponuje kompletną informacją w zakresie wycenionych opraw świetlówkowych, w szczególności ceną jednostkową w kwocie 179,01 złotych za oprawę MONZA PAR z rastrem PX1700185, która w świetle wyjaśnień Zamawiającego z dnia 13.07.2009 r. stanowi bez wątpienia równoważnik wymaganej w poz. 705 oprawy MONZA PAR typ PX1696185. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości, mógł zasięgnąć dodatkowych informacji ze strony internetowej dystrybutora opraw lub producenta, na przykład ze strony [www.pxf.pl](http://www.pxf.pl) wpisując w wyszukiwarce google symbole opraw.

W ocenie Protestującego, nie ulega wątpliwości, że brakującą poz.705 kosztorysu ofertowego Tamex Zamawiający miał obowiązek poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ:

a) w kosztorysie ofertowym (poz. 514) Tamex montaż opraw stanowiących równoważnik oprawy MONZA PAR typ PX1696185 jest wyceniony, a cena jednostkowa za montaż pojedynczej oprawy została podana i wynosi 179,01 zł;

b) poprawienie omyłki nieistotnej jest możliwe na gruncie informacji zawartych w kosztorysie Tamex;

c) poprawienie omyłki nie wymaga udzielania jakichkolwiek wyjaśnień ze strony Tamex;

d) wpływ poprawionej kwoty w wysokości 1.790,10 zł, (co po dodaniu podatku VAT stanowi 0,0078 % ceny całkowitej) na cenę ofertową Tamex jest wysoce nieistotny i nie zmienia rankingu ofert z punktu widzenia zastosowanego kryterium ceny z wagą 100%;

e) poprawienie omyłki w formie dopisania brakującej poz. 705 do kosztorysu ofertowego nie wpływa na treść oferty - brakujący element można uzupełnić na podstawie informacji zawartych w poz. 514 kosztorysu ofertowego Tamex bez konieczności udzielania jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień;

d) w istotnych postanowieniach umownych - klauzula 4.11 - Zamawiający zastrzegł, że: „wynagrodzenie za przedmiot umowy stanowić będzie wynik iloczynu ilości faktycznie wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy” - z uwagi na tożsamość robót w poz. 514 i 705 oraz podaną w poz. 514 cenę jednostkową, roboty ujęte w poz. 514 i poz. 705 i tak muszą być rozliczone na podstawie kosztorysu powykonawczego.

Stanowisko Tamex jest oparte na bogatym orzecznictwie KIO. W sprawie braku ceny jednostkowej: Wyrok z dnia 17.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 711/09 - brak ceny jednostkowej w dowolnej pozycji kosztorysu ofertowego w przypadku kosztorysowego charakteru wynagrodzenia stanowi istotną omyłką - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514. Wyrok z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 664 /09 - Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514. Wyrok z dnia 26.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 634 /09 - Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Zamawiający nie posiadał wszystkich niezbędnych danych do dokonania poprawy kosztorysu, w związku z czym musiałby w sposób istotny ingerować w treść oferty, co stanowi, że powyższe uchybienie (niedokonanie wyceny 50 mb kabla) stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, której poprawy nie można dokonać na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514. Wyrok z dnia 28.04.2009 r., sygn. akt: KIO/ UZP 476/09 - Nie jest dopuszczalne, w ocenie składu orzekającego, uznanie za omyłkę w treści oświadczenia wykonawcy (oferty), o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, braku wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej, uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem Zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514. Wyrok z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 134/09 - Zamawiający podniósł na rozprawie, iż tego rodzaju ingerencja byłaby zbyt daleko idąca, gdyż w niniejszej sprawie nie może być mowy o omyłce. Niepoprawność kwestionowanej pozycji kosztorysu ofertowego powstała na skutek okoliczności zawinionych przez Odwołującego, który nie zapoznawał się na bieżąco ze stroną internetową Zamawiającego, na której zamieszczono modyfikację SIWZ. Przede wszystkim stwierdzić należy, że ustawodawca nie uzależnia ustalenia istnienia omyłki od stopnia zawinienia wykonawcy, który na taka omyłkę się powołuje. Istotnie poprawienie poz.

20 kosztorysu ofertowego, będącego załącznikiem do oferty złożonej przez Odwołującego, zmieni cenę oferty. Jednak cena ta nadal będzie ceną najniższą, a poprawiona kwota w odniesieniu do kwoty zamówienia nie będzie istotną (wartość podstawowa zamówienia - 1.734.690,78 zł. netto; różnica w cenie oferty Odwołującego 22.665,30 zł.) Zmiana w ofercie Odwołującego zostanie dokonana z danych już zawartych w ofercie, z uwzględnieniem konsekwencji działań arytmetycznych, a dokonana zmiana będzie zmianą jedynie ilościową, wynikającą z uzgodnienia ilości wynikających z SIWZ z ilościami wynikającymi z oferty Odwołującego. Taka czynność Zamawiającego doprowadzi więc ofertę Odwołującego do porównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Reasumując, Protestujący stwierdził, że uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany jest uprawnione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp było przedwczesne - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514.

W sprawie braku wyceny pozycji, którą wyceniono w innym miejscu:

Wyrok z dnia 09.04.2009 r., sygn. akt: KIO/ UZP 410/09 - Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku wyceny robocizny w poz. 48 - branża elektryczna. Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego Izby, niezgodność ta stanowi inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i zgodnie z tym przepisem winna być przez Zamawiającego poprawiona. Omyłka ta sprowadza się do pominięcia wyceny robocizny w tej pozycji. Poprawienie tej omyłki, poprzez uwzględnienie wyceny odwołującego robocizny w wysokości 16 zł, wskazanej w „Danych wyjściowych do kosztorysowania” (str. 9 oferty odwołującego, wg Załącznika nr 8 do SIWZ) doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, przy jednoczesnym dochowaniu warunku dokonania takiej zmiany, tj. pozostawieniu treści oferty bez istotnej zmiany, o czym świadczy znikomy skutek tej poprawki wynoszący ok. 73 zł przy łącznej cenie oferty wynoszącej ponad 9 mln zł. - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514.

W sprawie omyłkowego pominięcia pozycji kosztorysu o znikomej wartości:

Wyrok z dnia 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 319/09, sygn. akt: KIO/UZP 320/09, sygn. akt: KIO/UZP 321/09 - Co do zarzutu odrzucenia oferty Budimex Dromex z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie braków w kosztorysie roboty budowlane „budynek główny”, co do braku pozycji 1.1., dotyczącej usunięcia humusu, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie z podobnych co powyżej względów, jednakże w oparciu o odmienną podstawę prawną. Skład orzekający Izby uznał bowiem, że w powyższym zakresie mamy do czynienia z niezgodnością z treścią SIWZ kosztorysu ofertowego Odwołującego, mającej charakter omyłki, a więc niecelowego, tj. z zamiarem



wprowadzenia określonego zapisu, działania wykonawcy, która to omyłka nie ma jednak charakteru zasadniczego i nadaje się do poprawienia, nie powodując istotnych zmian w treści oferty.

Omyłka ta, pomimo iż prowadzi wprost do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ, podlega poprawieniu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514. Wyrok z dnia 30.01.2009 r., sygn. akt: KIO/ UZP 70/09 - W związku z powyższym, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowej sprawie niedokonanie wyceny jednej pozycji kosztorysu ofertowego tj. brak pozycji nr 53 zobowiązywał zamawiającego do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Brak wyceny poz. nr 53 w kosztorysie ofertowym jest omyłką wykonawcy polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zmiana kosztorysu ofertowego na zagospodarowanie terenu poprzez zwiększenie ceny oferty o brakującą wartość poz. nr 53 nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty złożonej przez Odwołującego na wykonanie robót budowlanych polegających na zbudowaniu budynku administracyjnego Gminy Długołęka. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym na rozprawie wartość oferty ulegnie zwiększeniu o kwotę ponad 3000 zł w stosunku do ceny oferty 10 991 183.53 zł brutto. Zamawiający powinien w takim przypadku zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i zażądać wyjaśnień odnośnie złożonej oferty w zakresie wskazania wartości wyceny brakującej poz. nr 53, a następnie dokonać poprawienia oferty w tym zakresie w trybie art.87 ust.2 pkt 3 Pzp niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę. Dopuszczalne jest bowiem dokonywanie zmian w treści oferty (także zmiany ceny) w przypadku zaistnienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Dopiero w sytuacji, gdy wykonawca w terminie 3 dni nie wyrazi zgody na poprawienie tej omyłki Zamawiający będzie zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. - w ofercie Tamex wszystkie elementy robót budowlanych mają cenę jednostkową, a roboty w poz. 705 są identyczne z robotami podanymi w poz. 514.

W związku z tym Tamex wezwał Zamawiającego do poprawienia omyłki na podstawie informacji zawartych w kosztorysie ofertowym, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, i uznania oferty Tamex za ważną, ponieważ:

- a) jego kosztorys zawiera wycenioną poz. 514 wraz z ceną jednostkową wymaganych oprav, na podstawie której można wycenić omyłkowo pominiętą poz. 705 kosztorysu ofertowego;
- b) zmiana ceny oferty będzie nieistotna - uzupełnienie brakującej poz. 705 kosztorysu spowoduje wzrost ceny oferty o 0,0078 % i nie zmieni rankingu cenowego;

c) poprawienie omyłki nie spowoduje zmiany treści złożonej oferty;

d) Pzp nie uzależnia oceny istotności lub nieistotności omyłki od powodujących ją przyczyn po stronie wykonawcy - patrz wyrok z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 134/09.

Odnośnie zarzutu 2, tj. naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Protestujący wskazał, że w razie powzięcia wątpliwości co do treści złożonej oferty, Zamawiający jest zobowiązany - zgodnie z zasadą rzetelności - wezwać Tamex do wyjaśnień w zakresie pominięcia poz. 705 kosztorysu ofertowego. Automatyczne uznanie bowiem braku tej pozycji za błąd oświadczenia ofertowego - w świetle uzasadnienia faktycznego pod zarzutem nr 1 - jest przejawem rażącego naruszenia Pzp. Wyjaśnienia Tamex sprowadziłyby się bowiem wyłącznie do: a) wskazania poz. 514 kosztorysu ofertowego jako pozycji zawierającej opis i wycenę wraz z ceną jednostkową robót tożsamyh z robotami opisanymi w poz. 705; b) wskazania źródła powszechnie dostępnych informacji potwierdzających równoważność opraw zaproponowanych w poz. 514 kosztorysu ofertowego z oprawami wskazanymi przez Zamawiającego w poz. 705 z zawartymi tam warunkami równoważności. Takie wyjaśnienia w żadnym przypadku nie stanowią zmiany treści oferty, ponieważ wszystkie elementy niezbędne do uzupełnienia brakującej pozycji są zawarte w ofercie. W związku z tym Tamex wezwał Zamawiającego - jeśli dotychczasowe wyjaśnienia zawarte w proteście i odwołaniu nie są dla niego oczywiste - do zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp celem formalnego zadośćuczynienia wskazanemu przepisowi ustawy.

Odnośnie zarzutu 3, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Protestujący wskazała, że z uwagi na to, że Zamawiający nie poprawił nieistotnej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, skutkiem czego było uznanie, że oferta ta podlega odrzuceniu za treść nieodpowiadającą treści SIWZ, doszło do rażącego naruszenia wskazanego przepisu ustawy. W związku z tym Tamex zażądał anulowania czynności odrzucenia jego oferty i żąda uznania jej za ważną w związku z obowiązkiem poprawienia omyłki nieistotnej.

Odnośnie zarzutu 4, tj. naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Protestujący podniósł, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na gruncie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jest bezprawne w świetle przeprowadzonego dowodu na ważność oferty Tamex z uwzględnieniem czynności, do jakiej jest zobowiązany Zamawiający na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W związku z tym Tamex zażądał anulowania czynności unieważnienia postępowania.

Odnośnie zarzutu 5, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. W ocenie Protestującego, art. 7 ust. 1 Pzp został naruszony przez to, że Zamawiający:

a) nie poprawił nieistotnej omyłki w ofercie Tamex, do czego jest zobowiązany z mocy ustawy;

b) uznał ofertę Tamex za nieważną, mimo jej zgodności z treścią SIWZ;

- c) nie dokonał wyboru oferty ważnej, mimo dysponowania ofertą ważną i nie podlegającą odrzuceniu;
- d) unieważnił postępowanie bez podstawy prawnej i faktycznej.

W dniu 13.08.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienie nie miało miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 21.08.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości. Ustosunkowując się do przedstawionych w proteście zarzutów Zamawiający stwierdził, co następuje:

Protestujący opiera swoje zarzuty o okoliczność, że Zamawiający winien był poprawić omyłkę w treści oferty polegającą na braku ujęcia w kosztorysie ofertowym poz. 705, obejmującej montaż 10 kompletów opraw oświetleniowych E5, dopisując brakującą pozycję w przy uwzględnieniu wyceny jednostkowej opraw wskazanych w ofercie w poz. 514 kosztorysu ofertowego. Podkreśla przy tym Protestujący, że materiały wskazane w poz. 514 są równoważne z żądanymi w poz. 705, wobec czego można było przyjąć podstawę wyceny z poz. 514 i poprawić omyłkę, po uprzednim wyjaśnieniu treści oferty z Protestującym. Podstawą decyzji Zamawiającego nie jest niedopuszczalność zastosowania równoważników w odniesieniu do poz. 705. Zamawiający wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, że poprawienie omyłki jest niedopuszczalne ze względu na fakt, iż wymaga to dokonania nowej wyceny tej pozycji już po złożeniu oferty. Skoro Protestujący wskazuje w proteście, że brakująca pozycja jest równoważna materiałom z innej pozycji ujętej w kosztorysie, potwierdza zarazem, że decyzję tę podjął dopiero w proteście, a zatem dokonał wyceny już po upływie terminu składania ofert. Właśnie z tego powodu Zamawiający nie wystąpił do Protestującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty, przewidując że dokonane wyjaśnienie prowadzić będzie do sytuacji, że Wykonawca podejmie decyzję o zastosowanym materiale (tym wskazanym w proteście lub innym), czego naturalną konsekwencją byłoby dokonanie wyceny jednostkowej.

Odpowiadając na twierdzenia Protestującego odniesione do aktualnego orzecznictwa KIO, Zamawiający wyjaśnia, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego przeprowadzono analizę tegoż orzecznictwa, która wykazała niejednolitość stanowiska KIO. Każda sprawa - w tym cytowane przez Protestującego - ma odmienny stan faktyczny, a nawet w analogicznych sytuacjach orzeczenia bywały różne. W tych okolicznościach Zamawiający nie znalazł podstaw, aby ponad wszelką wątpliwość mógł dokonać poprawienia omyłki w treści oferty Protestującego. Oczywiście konsekwencją musiało być odrzucenie oferty Protestującego, a w dalszej kolejności unieważnienie postępowania.

W dniu 28.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Odwołujący wskazał także w odniesieniu do zarzutu 1, że bezpośrednim dowodem równoważności opraw oświetleniowych w poz. 514 i 705 jest oświadczenie z dnia 19.08.2009 r. projektanta złożone w trybie odpowiedzi na pytanie komisji przetargowej zadane w trakcie badania ofert. O czym dowiedział się przeglądając w dniu 26.08.2009 r. protokół postępowania z załącznikami.

Ponadto, wskazał względem zarzutu 2, że równoważny charakter poz. 705 i 514 potwierdza także, że informacje te były bezspornie znane autorom dokumentacji projektowej - o czym jednoznacznie świadczy treść odpowiedzi z dnia 19.08.2009 r. pana Janusza B., architekta, potwierdzającej równoważność opraw oświetleniowych w poz. 514 i 705 przedmiaru i kosztorysu ofertowego. Polemizując z uzasadnieniem oddalenia protestu Odwołujący stwierdził także, że:

Po pierwsze, omyłki nieistotne Zamawiający poprawia wyłącznie po terminie złożenia oferty i w świetle przepisów Pzp prawidłowo wykonywana czynność nie stanowi ingerencji w treść oferty.

Po drugie, dopisanie brakującej pozycji kosztorysowej jest czynnością, jaką Zamawiający mógł przeprowadzić samodzielnie po rzetelnym zbadaniu kosztorysu ofertowego i stwierdzeniu, że w poz. 514 kosztorysu zawarto wszystkie niezbędne informacje pozwalające na samodzielne dopisanie przez Zamawiającego poz. 705 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Po trzecie, dopisanie tej pozycji nie zmienia rankingu ofert ważnych i nie powoduje istotnej zmiany ceny ofertowej, nie mówiąc o tym, że nie wpływa na treść złożonej oferty - brakujące oprawy oświetleniowe wyceniono w poz. 514 kosztorysu ofertowego.

Po czwarte, oprawy oświetleniowe w poz. 514 kosztorysu są równoważne oprawom w brakującej poz. 705 kosztorysu ofertowego, czego bezpośrednim dowodem jest jednoznaczne oświadczenie projektanta z dnia 19.08.2009 r. złożone wskutek zapytania z dnia 14.08.2009 r. komisji przetargowej.

Po piąte, wyjaśnienia Tamex bezspornie polegałyby wyłącznie na wskazaniu podstawy faktycznej do poprawienia nieistotnej omyłki, to jest miejsca w kosztorysie ofertowym, w którym występują wszystkie informacje niezbędne do uzupełnienia przez Zamawiającego poz. 705 kosztorysu, w tym: ceny jednostkowej i opisu opraw.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na fakt, że w uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający konsekwentnie myli koszt wykonania robót wymienionych w poz. 705 kosztorysu ofertowego z ceną jednostkową. Cena jednostkowa jest ceną za jedną oprawę oświetleniową z montażem i została podana przez Odwołującego w poz. 514 kosztorysu, natomiast cena za poz. 705 kosztorysu ofertowego jest iloczynem ceny jednostkowej i liczby

opraw, które należy zamontować, a więc jest ceną za całość robót wymienionych w tej pozycji a nie ceną jednostkową.

Wskazał także po raz wtóry, że skutkiem finansowym poprawienia tej omyłki będzie zmiana ceny ofertowej o kwotę 1.790,10 zł + należny podatek VAT, co stanowi 0,0078 % ceny całkowitej. Brak poz. 705 kosztorysu jest uchybieniem formalnym, a to z tego powodu, że treść poz. 514 kosztorysu pozwala bezspornie uzupełnić poz. 705 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp bez udziału wykonawcy.

Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (faxem).

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ oraz skierowana przez Zamawiającego: „Informacją do Wykonawców nr 5” z dnia 13.07.2009 r., treścią spornej oferty, pismem Zamawiającego z dnia 14.08.2009 r. skierowanym do architekta, odpowiedzią architekta z dnia 19.08.2009 r., jak również po zapoznaniu się z protestem, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, który został wykluczony z postępowania, a którego oferta została uznana za odrzuconą i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, jak i czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, która była skutkiem m.in. odrzucenia oferty wskazanego, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wypadku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, jego oferta byłaby jedyną jej podlegającą.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez niepoprawienie nieistotnej omyłki w treści oferty Protestującego, Izba uznaje za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. XIV pkt 5 i 6 SIWZ wskazał, że cenę oferty oblicza się poprzez wypełnienie Przedmiaru robót, stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ. Przedmiar robót wypełnia się poprzez wskazanie cen jednostkowych i przemnożenie ceny jednostkowej przez jednostkę miary w każdym wierszu, a następnie zsumowanie otrzymanych w ten sposób wartości ze wszystkich wierszy. Otrzymana cena stanowi cenę netto; wypełniony przez Wykonawcę Przedmiar robót należy nazwać „WYKAZ” i złożyć wraz z Ofertą.

W dniu 13.07.2009 r. Zamawiający przekazał pismo: *„Informacja dla wykonawców nr 5”* w jego ramach w odpowiedzi na pytanie 1 pkt 6 jednego z wykonawców o treści (str. 2 pisma): *„W przedmiarze robót w dziale 2.4.11 brak jest pozycji dla wyceny opraw E5. Prosimy o określenie gdzie należy wpisywać elementy, które wynikają z projektu lub innych dokumentów SIWZ, a brak ich w przedmiarze”*; udzielił następującej odpowiedzi: *„Brakującą pozycję robót należy ująć w przedmiarze robót na końcu przed podsumowaniem OGÓŁEM, jako dodatkowy dział opatrzony numerem 11 i pozycją 705 dotyczącą opraw oświetleniowych w niżej podanej postaci:”* Wskazał, że Wykonawcy mają zastosować kalkulację własną, ST-21, Montaż opraw oświetleniowych E5, oprawa świetlówkowa do nabudowania 4x18 W, raster paraboliczny aluminiowy, np. MONZA PAR typ PX1696185, 10 kpl. Następnie dodał, że: *„W pozostałym zakresie przedmiar robót nie podlega modyfikacji przez wykonawców”*. W ramach odpowiedzi na pytania w niniejszym piśmie zawarto również uwagę o treści: *„Uwaga: We wszystkich przypadkach, w których ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wskazano pochodzenie materiałów i urządzeń, dopuszcza się stosowanie materiałów i urządzeń równoważnych, tj. wszelkie wymienione z nazwy materiały i urządzenia użyte w przekazanej przez zamawiającego dokumentacji służą określeniu standardu i mogą być zastąpione innymi materiałami o nie gorszych parametrach technicznych, użytkowych, jakościowych, funkcjonalnych i walorach estetycznych, przy uwzględnieniu prawidłowej współpracy z pozostałymi materiałami i urządzeniami”*.

Odwołujący nie wycenił w ofercie w ramach kosztorysu ofertowego poz. 705.

W poz. 514 (str. 31 oferty) Odwołujący wycenił natomiast: *„kalkulacja własna, ST-21, Montaż opraw oświetleniowych świetlówkowych, oprawa MONZA PAR typ PX1700185, 38 kpl.”*, cena jednostkowa - 179,01 zł, wartość - 6804,66 zł.

Zamawiający po w dniu 14.08.2009 r., czyli po złożeniu protestu, zwrócił się do architekta z pytaniem: *„W związku z niezgodnością opisu opraw oświetleniowych E5 z kodem produktu (typ) podanym w kartach katalogowych firmy PLEXIFORM proszę o jednoznaczne określenie opisu kodu produktu (typu) opraw, które powinny zostać zastosowane w przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym tzn. czy w przedmiarze robót w kolumnie „wyszczególnienie elementów rozliczeniowych” winno być:*

*1. Montaż opraw oświetleniowych E5, oprawa świetlówek do nadbudowania 4x18W, raster paraboliczny aluminiowy, np. MONZA PAR typ PX1700185.*

Czy też:

2. *Montaż oświetleniowych E5, oprawa świetlówek do nadbudowania 4x18W, raster pryzmatyczny aluminiowy, np. MONZA SLB typ typ PX1696185.(..)*". Następnie przywołał powołaną powyżej uwagę.

W odpowiedzi architekt w dniu 19.08.2009 r. odpowiedział, że: *„w poz. Nr 705 powinno być zapisane: „Montaż oświetleniowych E5, oprawa świetlówek do nadbudowania 4x18W, raster pryzmatyczny aluminiowy, np. MONZA SLB typ typ PX1696185”*

*Tym niemniej oprawa ta może być zamieniona na oprawę równoważną np. oprawę świetlówkową do nadbudowania z rasterem parabolicznym aluminiowym np. MONZA PAR typ PX1700185. Obydwie oprawy zapewniają właściwe natężenie oświetlenia w miejscach projektowania oraz mogą być stosowane zamiennie jako oprawy równoważne”.*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Zamawiający nie negocjował tak w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie równoważnego charakteru oprawy oświetleniowej wycenionej w poz. 514 kosztorysu ofertowego względem oprawy oświetleniowej z poz. 705. Jego stanowisko wynikało raczej z wątpliwości co do możliwości zastosowania w tym stanie faktycznym art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w kontekście ewentualnego naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, tj. niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Po drugie, Izba podnosi, że w ramach zmiany z 13.07.2009 r. Zamawiający wyraźnie wskazywał w poz. 705 poprzez sformułowanie *„np. MONZA PAR typ PX1696185”*, czyli na przykład *de facto* przykład oprawy oświetleniowej, zaś w ramach: *„Uwagi”* dopuszczał stosowanie materiałów równoważnych. Powyższe, jak i stanowisko projektanta z dnia 19.08.2009 r. oraz Zamawiającego na rozprawie, jednoznacznie wskazują na zasadność stanowiska Odwołującego, co do równoważnego charakteru poz. 514 względem poz. 705 kosztorysu ofertowego. Z uwagi na powyższe Izba uznaje, że w przedmiotowym stanie faktycznym równoważny charakter obu pozycji został bezsprzecznie potwierdzony i nie stanowił przedmiot sporu. Powyższe skutkuje możliwością zastosowania ceny jednostkowej z poz. 514 do wyceny poz. 705 kosztorysu ofertowego.

Po trzecie, Izba wskazuje w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp za orzecznictwem KIO (wyrok z dnia 11.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1119/09): *„Pojęcie „istotności” zmiany treści oferty, nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ani też w żadnym innym przepisie ustawy. W związku z powyższym – zdaniem Izby - pojęcie to należy interpretować, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem przede wszystkim podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym konkretnie postępowaniu*

*poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego w żaden sposób nie narusza interesów innych wykonawców składających oferty w tym postępowaniu.”*. W przedmiotowym przypadku zastosowanie wskazanego przepisu w żaden sposób nie naruszy zasad udzielenia zamówienia publicznego względem innych uczestników postępowania, gdyż wszyscy mogli stosować materiały równoważne, a także z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że tylko Odwołujący oprotestował odrzucenie swojej oferty i w wypadku uwzględnieniu odwołania jego oferta będzie jedyną ofertą w postępowaniu, co także na rozprawie potwierdził Zamawiający.

Po czwarte, w ocenie Izby zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. wycenienie poz. 705 poprzez zastosowanie ceny jednostkowej z poz. 514 i przemnożenie jej o wymaganą ilość, tj. 10, i dodanie całości do oferowanej ceny, w przedmiotowym stanie faktycznym jest dopuszczalne także z tego powodu, że niniejsze nie wpłynie na pozycję rankingową tej oferty wobec niezaprzeczalnego faktu, że tylko oferta Odwołującego będzie przedmiotem powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Po piąte, w rezultacie dokonanego przemnożenia otrzymana kwota 1.790, 10 zł po dodaniu podatku VAT stanowi 0,0078 % zaoferowanej ceny całkowitej. Powyższe dodatkowo wskazuje na nieistotny charakter ewentualnej ingerencji w treść oferty, co było jednym z „głównych” powodów wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dodatkowo należy wskazać, że Pzp nie uzależnia oceny istotności lub nieistotności omyłki od powodujących ją przyczyn po stronie Odwołującego. Ponadto, w ocenie Izby Odwołujący zasadnie wskazywał, że koszt przeprowadzenia kolejnego postępowania przewyższy koszt dokonanej poprawki w ofercie.

Po szóste, w ocenie Izby z całokształtu okoliczności w niniejszej sprawie wynika, że byłoby także dopuszczalne dodanie do ilości kompletów opraw oświetleniowych w poz. 514 kompletów opraw oświetleniowych z poz. 705 kosztorysu ofertowego. Jednakże, Izba ostatecznie uznaje, że na obecnym etapie pierwszy ze wskazanych sposobów jest trafniejszy od wskazanej alternatywnej możliwości.

Reasumując, biorąc pod uwagę, że oferta Odwołującego jest jedyną w postępowaniu, równoważny charakter opraw oświetleniowych w poz. 514 względem wskazanych w poz. 705 jest bezsporny i został także potwierdzony przez architekta, a ewentualna zmiana będąca wynikiem dokonanego przeliczenia nie stanowi istotnej ingerencji w treść oferty, Izba uznała zasadność zastosowania przez Zamawiającego, w ramach powtórzenia badania i oceny ofert, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwzględnieniem spoczywającego na Odwołującym obowiązku wynikającego z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp przez nie wezwanie Protestującego do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty, Izba uznaje za niezasadny.



W ocenie Izby, żądanie wyjaśnień złożonej oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Na rozprawie Zamawiający *de facto* potwierdził, że nie zwracał się z wyjaśnieniami, gdyż zdawał sobie sprawę z możliwości równoważnego traktowania poz. 514 względem poz. 705. Na niniejsze wskazuje także, w ocenie Izby, już uzasadnienie odrzucenia oferty, gdzie mówi się, że cena jednostkowa dla poz. 705 nie wynika wprost żadnej innej pozycji (*a contrario* wynika pośrednio). Izba uznała, że z uwagi na zaistniały stan faktyczny i bezsporny charakter równoważnego traktowania poz. 514 względem poz. 705 kosztorysu ofertowego żądanie wyjaśnień złożonej oferty w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert nie jest konieczne.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba uznała niniejsze zarzuty za zasadne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....