

WYROK

z dnia 14 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 czerwca 2011 roku** przez wykonawcę **Stanisława Markiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej NOVUM Stanisław Markiewicz z siedzibą w Krośnie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Cieszanów 37-611 Cieszanów, ul. Rynek 1**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się oraz okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Cieszanów 37-611 Cieszanów, ul. Rynek 1 i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Stanisława Markiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej NOVUM Stanisław Markiewicz z siedzibą w Krośnie tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od Zamawiającego **Gminy Cieszanów 37-611 Cieszanów, ul. Rynek 1** na rzecz wykonawcy **Stanisława Markiewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej NOVUM Stanisław Markiewicz z siedzibą w Krośnie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu **6 czerwca 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwana dalej „ustawą Pzp”, za pomocą ESP złożono odwołanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez **Gminę Cieszanów** przez Odwołującego **Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej NOVUM Stanisław Markiewicz z siedzibą w Krośnie**.

Przedmiotem zamówienia są odnawialne źródła energii dla Miasta i Gminy Cieszanów - I etap - wykonanie prac związanych z przebudową ośmiu kotłowni gazowych w obiektach należących do Gminy Cieszanów na kotłownie opalane zrębkami.

Ogłoszenia zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 marca pod numerem 2011 – 83143.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza wartości kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 2 688 001,20 zł, co stanowi równowartość 700 182,65 euro.

Wskazano czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy:

- 1) odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie podanie uzasadnienia faktycznego uzasadniającego przyjęcie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp nakazującego Zamawiającemu równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez „Protos” Ireneusz Mazurkiewicz z siedzibą w Rzeszowie;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył zapisy art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający ma obowiązek podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, o którym mowa w art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazanie zaś w piśmie Zamawiającego z dnia 2.06.2011 r. ogólnego sformułowania, iż: „W toku badania oferty zostały wykryte niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a mianowicie z przedmiarem robót. Wykonawca zmienił ilości przedmiarowe w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego powodując niespójność z załączonym do SIWZ przedmiarem robót co skutkuje zgodnie z w/w art. odrzuceniem oferty. Nieścisłości tego typu nie można zakwalifikować jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”, nie spełnia tego warunku.

Zdaniem Odwołującego uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości, co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść), z którym postanowieniem (jaka treścią) SIWZ pozostaje niezgodny (tak w wyroku KIO z dnia 18.10.2010r. sygn. akt KIO 2174/10).

Nadto, w wyniku nie podania de facto w ogóle uzasadnienia faktycznego odrzucenia Odwołujący nie jest w stanie skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, gdyż nie może się odnieść do przedstawionych przez Zamawiającego zarzutów dotyczących jego oferty. Stanowisko, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jest wystarczającą przesłanką do uwzględnienia odwołania potwierdza orzecznictwo KIO, np. wyrok z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11.

Biorąc pod uwagę okoliczność naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji wskazanego przepisu, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przepisu art. 7 Pzp. Poprzez nie zastosowanie w sposób prawidłowy powołanego przepisu Zamawiający dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych, dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Z tych względów powyżej opisane czynności Zamawiającego naruszają interes prawny Odwołującego. Pomimo zaoferowania przez Odwołującego ceny korzystniejszej od ceny oferty Wykonawcy, która została wybrana. Ponadto, oferta Odwołującego w pełni spełnia wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego w SIWZ, a Zamawiający nie wykazał jej niezgodności z treścią SIWZ (z przedmiarem). W świetle powyższego, mając na uwadze przedstawione argumenty, odwołanie winno zostać uwzględnione.

Zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie na piśmie. Wnosił o oddaleniu odwołania. Wskazał, że w trakcie badania i oceny ofert wykrył niezgodności kosztorysu

ofertowego z przedmiarami robót w pozycjach dotyczących kotłowni w ZSP Nowy Lubliniec – branża elektryczna i AKPIA o numerach: 24 d.3, 25 d3 (różnica w ilości jednostek) oraz w kosztorysie dotyczącym branży budowlanej – pozycja 54 d.1.7 (wymagane było 27,01 m2, odwołujący wstawił 1 kmp). Wskazał, że po głębokiej analizie w oparciu o orzecznictwo KIO stwierdził, że zaistniałej zmiany nie można zakwalifikować zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (wyrok z dnia 21 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1260/08; wyrok z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 47/09). To spowodowało, że zdaniem Zamawiającego, słusznie podał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako odrzucenie oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, że zarzut ten nie stanowi samoistnej podstawy uchylenia czynności zamawiającego. W postępowaniu bardzo szczegółowe podanie Odwołującemu wszystkich nieprawidłowości oferty nie umożliwiłoby postawienia merytorycznych zarzutów odwoławczych. Działanie zamawiającego było prawidłowe, oferta zawiera uchybienia o charakterze nieusuwalnym, właściwe i prawidłowe było jej odrzucenie. Przepis nie wskazuje stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego i prawnego. Nie może być mowy o zachowaniu Zamawiającego naruszającym prawo.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone w pismach procesowych.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po drugie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów niewłaściwego odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odnawialne źródła energii dla Miasta i Gminy Cieszanów – I etap”.

W SIWZ Zamawiający w rozdziale II – Opis przedmiotu zamówienia- wskazał, że zakres robót obejmuje wykonanie prac związanych z przebudową ośmiu kotłowni gazowych w obiektach należących do Gminy Cieszanów na kotłownie opalane zrębkami. Szczegółowy zakres zamówienia określony został dokumentacją projektową (w tym przedmiarami robót), a warunki realizacji przedmiotu umowy określiła specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz projekt umowy.

W rozdziale XI – Opis sposobu obliczenia ceny oferty – wskazano, iż cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia ustalona zostanie na podstawie przedmiaru robót i sporządzonego na jego podstawie kosztorysu ofertowego, który należy załączyć do oferty. Oferowane ceny jednostkowe miały uwzględniać wszystkie koszty robocizny, materiałów, w tym wszystkie urządzenia wyroby konstrukcje wraz z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu, środków transportu technologicznego niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową, a także koszty pośrednie i zysk. W kosztorysie ofertowym miały być wycenione wszystkie pozycje przedmiaru, co oznaczać miało dla Zamawiającego podanie ceny jednostkowej i wartości dla każdej pozycji przedmiaru. Pominięcie pozycji skutkowało odrzuceniem oferty, natomiast nieokreślenie ceny jednostkowej dla jakiegokolwiek pozycji przedmiaru, zmiana pozycji przedmiaru, brak wyniku obliczenia wartości ceny skutkowało odrzuceniem, o ile omyłek tych nie będzie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.

Określona przez wykonawcę cena będzie stała i nie może ulec zmianie w okresie obowiązywania umowy wraz z wszystkimi składnikami cenotwórczymi. W związku z powyższym wykonawca miał uwzględnić w cenie wszystkie koszty, w tym wzrost ceny materiałów, bonifikaty, opusty, odzysk materiałów, koszty zagospodarowania odpadów.

Kryterium oceny ofert określono jako cena oferowana brutto – waga 100%.

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 9 ofert.

W dniu 2 czerwca 2011 roku (pismem z dnia 1 czerwca 2011 roku) Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy „Protos” Ireneusz Mazurkiewicz z siedzibą w Rzeszowie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego się obecnie wykonawcy, a także o odrzuceniu ofert 5 innych wykonawców.

Powodem odrzucenia oferty Odwołującego się, zgodnie z dokumentem pt. Zawiadomienie o wyborze, był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, że w „*toku badania oferty zostały wykryte niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a mianowicie z przedmiarem robót. Wykonawca zmienił ilości przedmiarowe w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego powodując niespójność z załączonym do SIWZ przedmiarem robót, co skutkuje zgodnie z w/w art. odrzuceniem oferty. Nieścisłości tego typu nie można zakwalifikować jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty*”.

Wykonawca nie był wzywany do złożenia wyjaśnień odnośnie kwestionowanej pozycji i nie były poprawiane w jego ofercie żadne błędy. Wobec takiego zachowania Zamawiającego, wykonawca złożył odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzuty naruszenia wskazanych w petitum odwołania przepisów ustawy Pzp zasługują na uwzględnienie.

Rozpatrując podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, uznano go za uzasadniony.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższe brzmienie przepisu zostało nadane ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008 roku.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty.

Powołany przepis statuuje obowiązek Zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz nie stanowiących oczywistej omyłki pisarskiej lub oczywistej omyłki rachunkowej.

Dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści SIWZ; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich

poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie).

Przenosząc powyższe na stan rozpatrywanej sprawy, w odniesieniu do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w tym zakresie, w którym znajdujący się w ofercie kosztorys ofertowy zawiera błędy, których nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż oferta Odwołującego zawiera niezgodności treści z treścią SIWZ ale nie zachodzi wskazana przyczyna odrzucenia oferty. Zdaniem Izby poprawienie wskazanych w odwołaniu niedokładności kilku pozycji kosztorysu nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty Odwołującego. Jest to bowiem zmiana pozycji przedmiarowych w zakresie ilości jednostek narzuconych przedmiarem, które określają w pewien sposób zakres pozycji, jednak ich uzupełnienie, na które pozwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, doprowadzi do pełnej zgodności przedmiaru załączonego od SIWZ z zawartym w ofercie ofertowym (taki jest cel tego przepisu), zatem nie będzie zachodziła wskazana przez Zamawiającego możliwość realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnie z jego wymaganiami, a sama poprawka nie zmieni w sposób diametralny sposobu realizacji zamówienia. Zamawiający ma pełną wiedzę, jak należy dokonać poprawek poszczególnych pozycji. Znana mu jest prawidłowa ilość jednostek wymaganych przedmiarem, znana jest cena jednostkowa podana w kosztorysie ofertowym. Poprawienie omyłki będzie zatem polegało na przemnożeniu prawidłowej liczby jednostek przez cenę jednostkową i określenie ceny za daną pozycję.

W ocenie składu orzekającego możliwa jest taka wycena pozycji, pod warunkiem, że uwzględni ona wszystkie składowe przedmiotu zamówienia określone przez Zamawiającego dotyczące danej pozycji kosztorysu. Tego strony nie kwestionowały. W takim przypadku poprawienie innej oczywistej omyłki będzie możliwe, ponieważ sprowadzało się będzie do poprawienia ilości jednostek według właściwych wskazanych w przedmiarze, przy zachowaniu cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym, wynikiem tej zmiany będzie zmiana cen poszczególnych pozycji przedmiaru i zmiana ceny ostatecznej oferty. W tym miejscu skład orzekający wskazuje, że co do zasady niedopuszczalna jest poprawa, która doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty oraz która dotyczy elementów przedmiotowo istotnych warunków umowy, np. ceny oferty. Jednakże w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych ukształtował się pogląd, że taka zmiana jest dopuszczalna i nawet zmiana ceny oferty nie stanowi o możliwości odstąpienia Zamawiającego od dokonania poprawy (podobnie w: wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 roku, sygn. akt 522/11, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 134/09). Odrzucenia oferty można dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalono, że jest ona dotknięta nieusuwalną wadą. W okolicznościach sprawy Zamawiający był uprawniony do tego, aby przez uzyskanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnić przyczynę powstałych nieścisłości, a na

postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mógł zaistniałe niezgodności poprawić.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zamówienie jest udzielane przy zastosowaniu procedury udzielania zamówień publicznych i nawet bez dokonania korekty wykonawca musiałby zrealizować roboty zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami inwestora – Zamawiającego. Tym samym dokonana zmiana nie ma przymiotu „istotnej zmiany treści oferty”. Przy tym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie ma podstaw, by Zamawiający musiał dokonywać zmian cen jednostkowych wskazanych pozycji czy prowadzić negocjacje co do ceny, a zatem nie zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie mógłby przeprowadzić korekty nie wiedząc, jak tego dokonać.

Ponadto wskazać można, iż Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma możliwość zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w sprawie oferty i ustalić, czy wycena została dokonana zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego i czy zawiera wszystkie wymagane przez niego elementy.

Powyższe przemawiało za uznaniem dopuszczalności dokonania poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako dotyczącej niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Dostrzeżenia dalej wymagało, że poprawienie w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego omyłek, stanowiących o niezgodności oferty treścią SIWZ nie spowoduje istotnej zmiany oferty wykonawcy Odwołującego się. Dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty, odnoszonej zarówno do pojedynczych poprawek jak i ich całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy; jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. Nie jest wykluczone i niedopuszczalne, że w wyniku poprawienia zmianie nie może ulec cena oferty. Natomiast zakres zmiany ceny w stosunku do całokształtu oferty, jej wartości obejmuje jej niewielki wycinek. Zatem dokonane poprawki uznać należało za nieistotne.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym.

Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do okoliczności konkretnego przypadku polega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby Zamawiającego, pominięcie określonych czynności, lub określenie w odmienny sposób wykonywania poszczególnych czynności jest doniosłe faktycznie lub prawnie.

Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, obejmującego roboty o znacznym rozmiarze i stopniu skomplikowania oraz znacznej ilości pozycji, poprawienie przez

Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego się ze specyfikacją w zaledwie trzech pozycjach kosztorysowych uznać należało za mało istotne w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia) i finansowym. Jakkolwiek poprawiając omyłkę można ingerować w cenę oferty, jednakże ingerencja ta nie może powodować istotnych zmian w ofercie. Albowiem to istotność a nie łatwość jest przesłanką wynikającą z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (podobnie wyrok z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP34/09).

Z tych względów Izba wskazuje konieczność zastosowania przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego przywołanych przepisów w stosownym zakresie podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonywanej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu nie była uzasadniona. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ możliwa jest poprawa omyłek w treści oferty, a prowadząc postępowanie z naruszeniem zasady dotyczącej zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym samym potwierdziło się naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, zaś wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem zasad określonych w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpatrując podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie ofertę Odwołującego, uznano go za uzasadniony.

Art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia ofert wykonawcy.

Kwestią do rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu jest, to czy informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego spełnia wymagania przywołanego przepisu.

W ocenie Izby uznanie przekazanej wykonawcom informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy po zapoznaniu się z tą informacją wykonawca uzyska dokładną wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SIWZ pozostaje niezgodny (podobnie w wyroku KIO z dnia 18 października 2010 roku, sygn. akt 2147/10).

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w wystosowanym do wykonawców zawiadomieniu prawidłowo i wyczerpująco podał podstawę prawną odrzucenia oferty. O ile jednak Zamawiający wyczerpująco podał uzasadnienie prawne odrzucenia oferty, o tyle

w ocenie Izby waloru wyczerpującego w żadnym razie nie można przypisać uzasadnieniu faktycznemu, które w istocie ogranicza się do zakreślenia przez Zamawiającego obszaru niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Tak ogólnie wskazana przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego jak „*wykryte niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a mianowicie z przedmiarem robót. Wykonawca zmienił ilości przedmiarowe w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego powodując niespójność z załączonym do SIWZ przedmiarem robót, co skutkuje zgodnie z w/w art. odrzuceniem oferty*”, nie spełnia w ocenie składu orzekającego wymagań art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wymaga wskazania treści SIWZ, jak i treści oferty, które okazały się ze sobą niezgodne, a dodatkowo uzasadnienia, dlaczego niezgodności te nie mogły zostać zakwalifikowane do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Samo formalne umieszczenie w przekazywanej informacji stwierdzenia „uzasadnienie faktyczne” nie może prowadzić do uznania, że Zamawiający wywiązał się z obowiązku nałożonego na niego w przepisie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe jest choćby istotne z uwagi na możliwość skorzystania przez wykonawcę z przysługujących mu środków ochrony prawnej, w tym przytaczanie argumentacji w obronie zgodności, czy też prawidłowości swojej oferty. Warto także podkreślić, iż niezgodności treści oferty Odwołującego się z treścią SIWZ dotyczyły zaledwie trzech pozycji kosztorysu. Nie jest to tak znaczna ilość niedociągnięć, niezgodności, której nie dałoby się wyczerpująco opisać (możliwe było choćby przywołanie numerów pozycji przedmiaru i kosztorysu). Wskazanie kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego zajęło Zamawiającemu w odpowiedzi na odwołanie zaledwie 3 wersy pisma, a więc jak najbardziej uprawnionym jest wniosek, że Zamawiający nie dopełnił obowiązku nałożonego ustawą. Istotnie, ustawa nie określa stopnia szczegółowości uzasadnienia prawnego i faktycznego. Jednakże nieuprawnionym jest wniosek, że może być ono na tyle ogólne, że uniemożliwia wykonawcy ustosunkowanie się do podnoszonych w stosunku do jego oferty zarzutów.

Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego oraz że powyższe mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wskazanej ustawy podlegało więc uwzględnieniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się i podjęte decyzje mogą mieć wpływ na wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....