

Sygn. akt: KIO 823/12

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2013 r. przez Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane "IPB" Sp. z o.o. z siedzibą w Ławie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Przasnysz

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Miastu Przasnysz dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę sali gimnastycznej przy Gimnazjum Publicznym w Przasnyszu, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane "IPB" Sp. z o.o. w Ławie oraz poprawienie tej oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ilości przedmiarowych podanych w poz. 19 kosztorysu ofertowego dla branży instalacja wentylacji mechanicznej oraz w poz. 160 i 178 kosztorysu ofertowego dla branży instalacje elektryczne wewnętrzne – przez wpisanie ilości

wynikających z przedmiarów sporządzonych przez zamawiającego wraz z uwzględnieniem konsekwencji ww. poprawek w cenie oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Przasnysz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane "IPB" Sp. z o.o. w Ławie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasta Przasnysz na rzecz Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane "IPB" Sp. z o.o. w Ławie kwotę 14 045 zł 15 gr (słownie: czternaście tysięcy czterdzieści pięć złotych piętnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Przasnysz z siedzibą w Przasnyszu, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sali gimnastycznej przy Gimnazjum Publicznym w Przasnyszu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 15.02.2012 r. pod nr 64698.

W dniu 05.04.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez Ławskie Przedsiębiorstwo Budowlane IPB Sp. z o.o. w Ławie (zwanej dalej „IPB”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 10.04.2013 r. IPB wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w związku z ustaleniem, że treść oferty odwołującego - w związku z omyłkami w formularzu ofertowym - nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oferty odwołującego.

Ponadto, jak wskazał odwołujący, w związku z wadliwym odrzuceniem oferty, zamawiający wadliwie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czym naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty;

- dokonanie wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie należne wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Obliczenie ceny oferty zgodnie z treścią SIWZ miało nastąpić na podstawie ilości jednostek wyszczególnionych w przedmiarach robót, opracowanych przez Zamawiającego. Dodatkowo, Zamawiający zastrzegł, iż Wykonawca nie ma prawa bez jego zgody dokonywania zmian w przekazanym przedmiarze robót. Zastrzegł także, że jeżeli w wyniku analizy wykonawca dojdzie do wniosku, iż dane tam podane są niewłaściwe, wówczas powinien wystąpić o ich zmianę w trybie art. 38 ust. 1 PZP (dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia - punkt 16).

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W toku wypełniania formularza ofertowego omyłkowo, pomylił się w trzech pozycjach kosztorysu. Omyłkowe przepisanie ilości jednostkowych z przedmiaru robót do formularza ofertowego dotyczyło trzech pozycji:

- poz. 19, gdzie zamiast 19,8 m wpisano 16,8 m (dot. przewodu elastycznego aluminiowego d=200);
- poz. 160, gdzie zamiast 8 otw. wpisano 60 (dot. przebijania otworów śr 40 mm o długości do 1 ceg. w ścianach lub stropach z cegły);
- poz. 178, gdzie zamiast 10 otw. wpisano 40 (dot. przebijania otworów śr 40 mm o długości do 1 ceg. do 60 mm).

Powyższe omyłki spowodowały, że zaoferowana cena tj. 5 473 744,19 złotych brutto była wyższa, niż gdyby została wyliczona zgodnie z ilościami określonymi w przedmiarach robót o 828,63 złote, co stanowi 0,0151% ceny. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż odwołujący nie zamierzał dokonać wyliczenia ceny w sposób niezgodny z przedmiarem robót dołączonym przez zamawiającego. Dokonując przepisywania poszczególnych danych z przedmiaru robót do kosztorysu dokonał powyższych omyłek w sposób niezamierzony, spowodowany głównie znaczną ilością wszystkich pozycji (dowód: oferta Odwołującego).

Dokonując badania i oceny ofert zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty, w celu ustalenia jaka była przyczyna różnic ilościowych pomiędzy przedmiarem robót a przygotowanym kosztorysem. W konsekwencji Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. W uzasadnieniu do ww. pisma wskazał, iż stwierdzone błędy w kosztorysach nie mogą być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 PZP. Doszedł tam do wniosku, że „samodzielna modyfikacja przedmiarów jest naruszeniem postanowień SIWZ”. Z uwagi na

to, że w postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta, której cena nie przewyższała kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (łącznie wpłynęły cztery oferty, trzy pozostałe znacznie przewyższają kwoty przeznaczone na realizację zamówienia), zamawiający po jej odrzuceniu, unieważnił postępowanie pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. (dowód: zawiadomienie o odrzuceniu oferty; zawiadomienie o unieważnieniu postępowania).

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób jest się zgodzić. Omyłki, które znalazły się w ofercie Odwołującego, mogły i powinny zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Niewątpliwie bowiem zaistniały stan faktyczny mieści się w hipotezie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Taka interpretacja wspomnianego przepisu wynika już z brzmienia uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, na mocy której przepis ten został wprowadzony do PZP: „(...) Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego”. Stanowisko takie jest także prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z dnia 5 listopada 2012 r., KIO 2293/12, wskazała, iż „Niedopuszczenie poprawiania omyłek ilościowych i obmiarowych należy uznać za sprzeczne z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. oraz ratio legis tego przepisu. Błędy ilościowe i obmiarowe należą do jednych z najczęściej występujących omyłek w sytuacji sporządzania wielostronicowych kosztorysów ofertowych.” Podobne stanowisko było prezentowane przy okazji wydawania innych wyroków (np.: Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2009 r., KIO/UZP 686/09; Wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r., KIO 2000/11, KIO 2011/11; Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r., KIO 868/12. W tym ostatnim wskazano, że „Jeżeli wykonawca w ofercie poda ilość jednostek nieodpowiadającą ilości jednostek podanych w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ ze wskazaniem jej ceny jednostkowej, zamawiający ma podstawy i może zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. przez dokonanie poprawienia w ofercie omyłki, ponieważ dysponuje informacją o cenie jednostkowej, a poprawienie treści oferty w tym zakresie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.”).

Niewątpliwie w toku badania i oceny ofert Zamawiający dysponował danymi, w oparciu o które miał możliwość poprawienia omyłki. Bezpodstawnie jednak przyjął, iż wspomniana omyłka jest celową ingerencją w dane wynikające z przedmiaru robót. Nie sposób przy tym zrozumieć, w oparciu o jakie przesłanki Zamawiający doszedł do takiego wniosku. Ewentualne wątpliwości w zakresie źródła omyłki winny zostać rozstrzygane z uwzględnieniem stanowiska Odwołującego - poprzez jego wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Zamiast tego

Zamawiający a priori założył, że działania Odwołującego są nieracjonalne i zmierzają do tego, by jego własna oferta została odrzucona. Takie rozumienie oświadczeń woli nie znajduje poparcia normatywnego (wniosek wręcz przeciwny od tego, do którego doszedł Zamawiający wynika z art. 65 § 1 k.c.).

Wreszcie trzeba podkreślić, iż poprawienie oczywistej omyłki nie niesłoby ze sobą istotnej zmiany w treści oferty. Jak już podkreślano, cena zawierająca omyłkę (5 473 744,19 złotych brutto) była o 828,63 złote wyższa od tej, która wynikałaby z uwzględnienia poprawionej wartości przez Zamawiającego. Niewątpliwie zmiana ceny o 0,0151% (sto pięćdziesiąt jeden tysięcznych procenta) nie może być uznawana za zmianę istotną. Tym bardziej trudno rozpatrywać ową „istotność” w niniejszym postępowaniu, gdzie tylko jedna złożona oferta mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

[...]

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz wskazał m.in.:

„[...]

W ramach przedmiotowego postępowania spór pomiędzy Stronami ma swoje źródło w zakresie ustalenia, czy „błędy” w złożonym wraz z ofertą kosztorysie powodują, iż mamy do czynienia z modyfikacją treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, czy są to, jak twierdzi Odwołujący, błędy, które Zamawiający mógł poprawić w trybie art. 87 ust 2 Pzp.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty złożonej w postępowaniu jest niezgodna z treścią SIWZ. Z powyższą okolicznością mamy w szczególności do czynienia, gdy oferta w merytorycznym zakresie nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do zakresu przedmiotowego świadczenia, które stosownie do treści art. 82 ust. 3 ustawy Pzp winno być oceniane w odniesieniu do treści SIWZ. Zarówno art. 82 ust. 3, jak również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp posługuje się zwrotem „odpowiadać” który należy rozumieć jako być równoważnym czemuś, spełniać jakieś warunki, oczekiwania lub być zgodnym z czymś.

Natomiast przedmiar robót, zgodnie z zawartym w § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego / Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 ze zm. /, powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem

podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Zatem każdy z wykonawców, w tym Odwołujący, składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót.

W niniejszej sprawie jest więc oczywistym, iż Odwołujący dokonał zmian ilościowych w przekazanym przedmiarze robót, przy czym zignorował „Zastrzeżenie - Zakaz ingerencji w treść przedmiaru robót” zawarte w pkt 16 SIWZ. Zamawiający w powołanym zastrzeżeniu wyraźnie zaznaczył, że wykonawca nie ma prawa bez zgody Zamawiającego dokonywania zmian w przekazanym przedmiarze robót, między innymi zmiany ilości robót. W przypadku, gdy wykonawca uzna je za niewłaściwe, ma prawo do wprowadzenia zmian procedurą zapytań określoną w art. 38 ust 1 Pzp. Odwołujący z tej procedury nie skorzystał, a w odwołaniu próbuje przerzucić procedurę zapytań na Zamawiającego, co jest całkowicie nieuzasadnione. Zatem Odwołujący dokonał modyfikacji przedmiaru robót z naruszeniem wyżej cytowanych przepisów Pzp oraz zastrzeżenia zawartego w SIWZ. Stanowi to ewidentne złamanie postanowień SIWZ, a w takim przypadku nie można mówić o istotnej bądź nieistotnej zmianie treści oferty.

Zamawiający nie może zgodzić się z Odwołującym, że „błędy” w przedmiarze robót nastąpiły na skutek omyłek przy przepisywaniu poszczególnych danych z przedmiaru robót. Gdyby tak rzeczywiście było, ilości omyłkowo wpisane w danej pozycji powinny odpowiadać pozycji, z której zostały przepisane. Odwołujący nie wykazał, z których pozycji przedmiaru robót przepisano błędnie przedmiotowe ilości, a więc nie jest możliwe właściwe ich zakwalifikowanie w przedmiarze robót. Wobec tego Zamawiający nie mógł poprawić tych „błędów” w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.

Tym samym Zamawiający uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu sporządzone kosztorysy ofertowe winny odpowiadać opisowi i ilości treści przedmiaru robót. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości w stosunku do przedmiarów robót, w nich zawartych stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Dlatego też

uzasadnione jest stwierdzenie, że w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, na które wskazuje Odwołujący.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W treści odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy (w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść adekwatnych fragmentów oferty odwołującego), co zostało zreferowane powyżej. Ponadto podawane przez odwołującego konsekwencje postulowanych poprawek w ofercie (w zakresie ceny) są pomiędzy stronami bezsporne.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania,

co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Natomiast według wskazanego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zamawiający poprawia w ofercie, inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z SIWZ. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty ze specyfikacją, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z SIWZ. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z niedbalstwa, zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań SIWZ.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ, która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a specyfikacją, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (co znajdzie ostateczny wyraz w braku zgody na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest bardzo trudne).

Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia „istotności” oraz definiowanej *a contrario* „nieistotności”, a także możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii* (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Powyższe oczywiście nie dotyczy zmian formalnego sposobu prezentacji czy przedstawienia *essentialiae negotii* oferty bez dokonywania zmian ich ustalonego, rzeczywistego znaczenia i treści, dotyczy natomiast zakazu istotnego zmieniania samego zobowiązania wyrażonego w ofercie. Zmiana zobowiązania ofertowego musi więc być zakresowo ograniczona.

Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty (np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania innych danych w ofercie zawartych lub wynikających z SIWZ), ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2. Pzp W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli

wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji.

Odnosząc powyższe uwagi do rozpatrywanego przypadku, stwierdzić należy, iż fakt zaistnienia niezgodności oferty odwołującego z treścią sporządzonej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanych przez strony pozycji kosztorysu ofertowego nie budzi żadnych wątpliwości.

Jak wynika z przytaczanej treści SIWZ, przedmiary robót stanowiły element opisu przedmiotu zamówienia, a kosztorysy ofertowe element opisu zobowiązania ofertowego oraz element treści oferty. Potwierdzeniem i podkreśleniem powyższego było zastrzeżenie poczynione przez zamawiającego w pkt 16 SIWZ w sprawie zakazu zmieniania kosztorysów ofertowych względem przedmiarów.

Przy czym jakiegokolwiek zastrzeżenie tego typu, sprowadzające się w istocie do wskazania, iż oferta ma być zgodna z treścią SIWZ, nie może wyłączać zastosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Oczywistym oraz znajdującym oparcie w przepisach prawa (konkretnie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) jest żądanie przez zamawiającego, aby oferty składane mu w ramach publicznego przetargu były zgodne z treścią SIWZ. Jednakże w przypadku gdy niezgodność oferty z SIWZ zaistnieje i będzie kwalifikowała się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, żadne zakazy zamawiającego nie będą miały w tym zakresie znaczenia – poprawienie oferty jest w tym przypadku obligatoryjne, a zakaz tego typu wyrażony w SIWZ sam w sobie nie wpływa na ocenę charakteru omyłki popełnionej w ofercie. Natomiast w tym przypadku stwierdzona i wskazana przez zamawiającego niezgodność oferty wykonawcy z SIWZ wypełnia wszystkie opisane powyżej przesłanki jej wyeliminowania przewidziane dyspozycją ww. przepisu.

Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż rzeczona niezgodność nie była omyłką wykonawcy, ale celowym zaoferowaniem zamawiającemu świadczenia, którego zamówić nie chciał. Dociekanie celu dla którego wykonawca miałby w ten sposób zawyżać swoją cenę ofertową przy klasycznym rozliczeniu obmiarowym nie warto jest nawet rozważania.

Sposób poprawienia omyłek w ilościach przedmiarowych wskazanych w trzech pozycjach kosztorysu ofertowego jest w tym przypadku oczywisty i samonarzucający się. Nie są to części oferty, co do której pozostawiono wykonawcy jakąkolwiek uznaniowość i swobodę w ich wypełnieniu zobowiązaniową treścią (opisanu oferowanego świadczenia... etc.). Należy po prostu zmienić w ww. pozycjach ilości błędne, na prawidłowe ilości z przedmiarów sporządzonych przez zamawiającego.

Natomiast jeżeli chodzi o ocenę istotności takich zmian w ofercie, Izba nie ma nic do dodania ponad argumentację przedstawioną w odwołaniu i przytoczoną powyżej. Stanowisko odwołującego w tym zakresie jest trafne i wyczerpujące.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że oferta odwołującego podlega obligatoryjnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie ma zastosowania, a czynność odrzucenia oferty odbyła się z naruszeniem tych przepisów.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....