

Sygn. akt: KIO 1721/12

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A., 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Swarzędz, 62 – 020 Swarzędz, ul. Rynek 1**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., 42 – 400 Zawiercie, ul. Okólna 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **SKANSKA S.A., 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9, i**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SKANSKA S.A., 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **SKANSKA S.A., 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9** na rzecz **Gminy Swarzędz, 62 – 020 Swarzędz, ul. Rynek 1** kwotę **3 500 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Swarzędz, ul. Rynek 1, 62-020 Swarzędz (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Budowa drogi łączącej ul. Rabowicką z drogą krajową nr 92 w Jasiniu, gmina Swarzędz - ETAP I". Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 maja 2012 r. pod numerem 2012/S 87-142673.

W dniu 10 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa (dalej "Odwołujący") od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na w/w zadanie polegających na:

- 1) poprawieniu w ofercie omyłek polegających na niezgodności treści oferty (w zakresie opisu pozycji kosztorysowych i jednostek miar) wykonawcy, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie (dalej " Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o."), a powodujących istotne zmiany w treści tej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp;
- 2) zaniechanie przez Zamawiającego czynności, do dokonania której jest on zobowiązany przepisami ustawy Pzp, a polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp;
- 3) bezzasadnym i niezgodnym z ustawą Pzp wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 31 lipca 2012 r. otrzymał od Zamawiającego pismo informujące o wyborze oferty wykonawcy, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Niniejsze odwołanie zostaje zatem wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającego na poprawieniu w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. omyłek polegających na niezgodności treści oferty tego wykonawcy;
- 3) odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.;
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W dniu 31 lipca 2012 r. Odwołujący został powiadomiony przez Zamawiającego o wynikach oceny złożonych ofert, zgodnie z którą jako ofertę najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego.

Po zapoznaniu się Odwołującego z ww. pismem oraz czynnościami podjętymi wskutek wezwania Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie opisu pozycji kosztorysowych i jednostek miar stwierdzono, iż Zamawiający naruszył zapisy SIWZ na niniejsze zadanie oraz przede wszystkim powszechnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie SIWZ pkt 1.5. oferta wykonawców musiała obejmować całość zamówienia. Wszyscy wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu zaoferowali wykonanie robót objętych zamówieniem za kwotę wynagrodzenia, które jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Zgodnie z art. 629-631 kodeksu cywilnego jest to wynagrodzenie obliczane na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. W przypadku gdy kilku wykonawców składa danemu zamawiającemu ofertę na wykonanie zadania określonego szczegółowo w SIWZ, to ich oferty muszą obejmować (przy uwzględnieniu odmienności szczegółowo określonych w ustawie Pzp, tj. m.in. takich jak świadczenia i towary równoważne) te same pozycje i w takiej samej ilości i jakości, aby oferty mogły być

porównywalne i oceniane zgodnie z założonymi przez danego zamawiającego kryteriami.

W kosztorysie ofertowym w pozycji KO.II. - nr 29 Zamawiający zawarł zgodnie z SIWZ w opisie pozycji treść:

„Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12,16,25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy przyczółków”

Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w swojej ofercie, w kosztorysie ofertowym zawarł natomiast opis tej pozycji jako:

„Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12,16,25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy filarów”.

Wycena przygotowania zbrojenia fundamentów podpór mostowych dotyczących ławy filarów została umieszczona w pozycji nr 31 kosztorysu ofertowego Zamawiającego. W pozycji o tym samym numerze (31) zawarł ją także (po raz kolejny) wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o..

W rezultacie, w kosztorysie ofertowym Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. umieściło dwie identyczne pozycje dotyczące ław filarów, natomiast całkowicie pominęło pozycję wyceniającą ławy przyczółków.

Odwolujący podkreślał, iż z uwagi na to, że pozycja dotycząca przygotowania zbrojenia ławy przyczółków nie została w ogóle wyceniona przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Zamawiający nie miał prawnej możliwości dokonania arbitralnej oceny, że została popełniona pomyłka w opisie pozycji i w konsekwencji zdecydować - w której. Obie pozycje opisane są jednoznacznie i nie dają żadnej podstawy do powzięcia wątpliwości, że wycenione zostały w nich inne asortymenty niż wpisał to wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający dokonał nieuzasadnionej i znaczącej ingerencji w treść oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. dotyczącej jej istotnych postanowień, doprowadzając do nieuprawnionej zmiany w treści tej oferty i tym samym naruszenia zapisów SIWZ oraz ww. przepisów ustawy Pzp. W efekcie tych działań do dnia dzisiejszego nie jest możliwe ustalenie, czy którakolwiek pozycja kosztorysu ofertowego INTERCOR dotyczy zbrojenia ławy przyczółków, bowiem obie pozycje opisane są spójnie i jednoznacznie (bezomyłkowo), ale w sposób nieodpowiadający treści SIWZ. W konsekwencji brak umieszczenia w kosztorysie jednej z pozycji (i brak jej wyceny) stanowi przesłankę odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp.

W drodze wyjaśnień Zamawiający nie ma możliwości dopytania oferenta o brakującą pozycję, w rezultacie czego oferent ten doda brakujący element kosztorysu. Stanowiłoby to

niezgodne z przepisami ustawy Pzp uzupełnienie oferty. U podstaw wyjaśnienia treści oferty nie może leżeć wyłącznie spostrzeżenie, że w ofercie wykonawcy brakuje umieszczenia i wyceny jednego z zamawianych asortymentów, a jedynie wątpliwość odnośnie elementów treści, które w ofercie się znajdują. Stosując natomiast narzędzie poprawienia nieistotnej omyłki, Zamawiający musi mieć obiektywną możliwość stwierdzenia, że popełniono omyłkę. Jeśli oferta przygotowana jest jednoznacznie - opisy pozycji kosztorysowych są jasne i czytelne, a jedynie występuje brak asortymentu, to nie można mówić o omyłce, a wyłącznie o niekompletnej ofercie, czyli o ofercie, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

W omawianej sprawie obie identyczne pozycje odnosiły się do specyfikacji technicznej M-12.01.02, która dotyczy ogólnie wykonania i odbioru robót związanych z wykonaniem zbrojenia niesprężającego betonu konstrukcji prętami wiotkimi. Oba świadczenia (przygotowanie zbrojenia fundamentów dot. ławy filarów i przyczółków) różnią się od siebie w bardzo istotny sposób, w szczególności specyfiką czynności, które trzeba wykonać, aby uzyskać zakładany efekt (inna geometria) - aby wykonać przyczółek należy zbudować korpus oraz skrzydełka (trzy ściany) natomiast filar stanowi pojedynczą ścianę; (inna praca) przyczółek (zasypany jednostronnie gruntem) w odróżnieniu od filaru oprócz sił wywołanych własnym ciężarem i sił z ustroju nośnego, przenosi duże siły związane z parciem gruntu oraz obciążenie własne i obciążenie z ustroju nośnego.

W tym konkretnym przypadku w ramach niniejszego zadania należy zastosować inny udział procentowy poszczególnych średnic prętów o średnicach: Ø 25 - przyczółek 86%, natomiast filar 68% Ø 16 - przyczółek 13%, natomiast filar 31%.

Dodatkowo w części ław filarów przewidziane są pozycje zbrojenia przewidziane do spawania do ścianki szczelnej, co nie występuje w ławach przyczółków.

Poza wyżej wskazanym brakiem w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., skutkującym powinnością jej odrzucenia przez Zamawiającego, wykonawca ten w swojej ofercie zawarł także inne niezgodności (względem treści SIWZ), które nie powinny podlegać poprawieniu przez Zamawiającego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp:

- 1) w kosztorysie ofertowym III.KO.A2 pn.: Automatyka kolejowa poz. 9.2.7 jednostką miary zgodnie z wyjaśnieniami i zmianą treści SIWZ Zamawiającego dokonanymi w trybie art. 38 ustawy Pzp (z dnia 28 czerwca 2012 roku, nr pisma BZP.271-0018/014/2012) prawidłową jednostką obmiaru jest „komplet”, natomiast w ww. pozycji wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. przyjął jednostkę obmiaru „odstęp”.

Komplet jest jednostką szerszą obejmującą większą ilość odstępów. Zgodnie ze sztuką budowlaną obowiązującą w tym bardzo szczegółowym zakresie określoną w Instrukcji WTB - E10 - Wytyczne techniczne budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym w przedsiębiorstwie Polskie Koleje Państwowe - samoczynna blokada liniowa (sbl) to układ semaforów odstępowych współpracujących ze sobą, które zwiększają przepustowość szlaku. Szlak podzielony jest więc na odstępy, czyli odcinki między semaforami. Semafony odstępowe ustawiane są w równych odległościach co kilkaset metrów. Długość odstępu zależy od drogi hamowania najszybszego pociągu. Pierwotnie zamieszczona w kosztorysie jednostka „odstęp” nie jest jednoznaczna z jednostką „komplet” i słusznie została zmieniona przez Zamawiającego. SIWZ (w tym dokumentacja projektowa) na niniejsze zadanie przewiduje, iż w obrębie planowanych do przeprowadzenia robót, na szlaku Kostrzyn - Swarzędz znajduje się 6 odstępów. Ingerencja w kable automatyki kolejowej wymaga sprawdzenia urządzeń sbl w ramach odstępu, a następnie szlaku (tj. 6 odstępów). Ponadto zgodnie z dokumentacją projektową sprawdzenia działania urządzeń sbl należy wykonać dwukrotnie po przebudowie kabla „eZBNN” (9 YKSY 5x1) oraz po przebudowie kabla „eZNN” (XzTKMXpw 15x4x0.8). W związku z powyższym przedmiotowe i zaoferowane przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. świadczenie przy założeniu nieprawidłowej jednostki miary jest niezgodne w treści z SIWZ niniejszego zamówienia, a w konsekwencji oferta Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. winna być odrzucona przez Zamawiającego, gdyż poprawienie tej omyłki stanowiło istotną zmianę w treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Na marginesie wskazać należy także, iż wyjaśnienia te, zgodnie z SIWZ Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej (<http://bip.swarzedz.eu>), a wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., pomimo ciężącego na nim obowiązku, nie uwzględnił tej zmiany w swojej ofercie, tj. nie złożył poprawnego kosztorysu ofertowego.

- 2) W kosztorysie ofertowym wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. - KO.II poz. nr 39 w opisie pozycji widnieje: „Przygotowanie na budowie zbrojenia płyt ustrojów niosących mostów żelbetowych, pełnych, przy średnicy prętów: 12,16mm, o”. Opis ten nie zawiera wymaganej przez Zamawiającego istotnej cechy jaką jest sformułowanie „o granicy plast. powyżej 2500kg/cm²” - precyzującej w sposób bardzo istotny właściwości fizyczne oferowanego świadczenia. Bez tego wymaganego dopisku Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. zaoferowało de facto świadczenie o cechach, które nie odpowiadają istotnym warunkom zamówienia;

Zamawiający w związku z powyższym, w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wystosowanym w dniu 24 lipca 2012 r., poprosił o wyjaśnienie czy ww. niezgodności są omyłkami niezamierzonymi, niepowodującymi zmiany w treści oferty w stosunku do zapisów w SIWZ, czy też wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. celowo zmienił treść opisu tych pozycji. W odpowiedzi na to wezwanie Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. wyjaśniło, że częściowo zmienione opisy pozycji i przyjęte jednostki obmiaru są „niezamierzonymi omyłkami niepowodującymi zmiany w treści oferty w stosunku do zapisów SIWZ”. Zamawiający wskutek wyjaśnień Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w sposób nieuprawniony i bezzasadny poprawił w ofercie ww. niezgodności, gdyż uznał, iż nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, naruszając tym samym w ocenie Odwołującego art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Odwołujący stanowczo kwestionował wyżej opisane postępowanie Zamawiającego.

Podnosił, że jak trafnie podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 09 marca 2012 roku (sygn. akt: KIO 410/12 KIO 424/12) w sprawie, w której brał udział także Odwołujący: „Izba zgadza się [...], że nie uwzględnienie w kosztorysie ofertowym części pozycji ofertowych nie było działaniem zamierzonym, jednak o dopuszczalności zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie decyduje wyłącznie okoliczność czy określona niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powstała wskutek umyślnego działania czy też nieumyślnej pomyłki wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. O dopuszczalności zastosowania tego przepisu decyduje również ta okoliczność czy poprawka prowadzi do istotnych zmian w treści oferty, a o istotności poprawki decyduje również to czy jej dokonanie samodzielnie przez Zamawiającego jest możliwe. Zgodnie bowiem z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2011 r. (KIO 2379/11): „Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone, a nie po uprzednich uzgodnieniach z wykonawcą, albowiem to w konsekwencji prowadziłyby de facto do istotnej zmiany oferty wykonawcy. Aby czynność zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy była dopuszczalna zamawiający winien posiadać możliwość samodzielnego stwierdzenia omyłki oraz jej poprawienia w oparciu tylko i wyłącznie o treść oferty wykonawcy. Wnioskując a contrario - jeśli Zamawiający nie jest w stanie uzyskać potrzebnych dla siebie informacji z żadnego dokumentu oferty, nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. [...] W przypadku wskazanego braku w ofercie wymaganych informacji oraz możliwości wypełnienia tego braku różną treścią, poprawki ich dotyczące stanowiłyby w istocie poza ofertowe określenie przedmiotu dostawy zakazane dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy (vide: wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r. KIO 1513/11). W

wyroku z dnia 30 września 2011 r. sygn. akt KIO 2000/11 KIO 2011/11, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na możliwość dokonania poprawek w treści oferty w sytuacji, w których jest określona cena jednostkowa, natomiast błędnie jest podana ilość tej jednostek i w konsekwencji cena - wskazując, że „w tym przypadku możliwe jest zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający posiada wszelki dane pozwalające mu na prawidłowe określenie ilości tej jednostki miary, a także obliczenie wartości właściwej ilości tych jednostek. Izba uznała, że w takiej sytuacji Zamawiający jest zobowiązany do dokonania poprawienia pomyłki. Wniosując a contrario - w sytuacji, w której Zamawiający nie jest w stanie dokonać poprawek w ofercie albo z tego powodu, że takie same pozycje nie są nigdzie wycenione, albo z tego powodu, że potencjalnie możliwe do zastosowania są różne wyceny nie może dokonać poprawki na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2379/11, gdzie Izba stwierdziła „To oznacza, że Zamawiający nie miał możliwości zastosowania w niniejszej sprawie procedury przewidzianej w art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy albowiem brak było w ofercie informacji pozwalających na ustalenie danych wymaganych w kolumnie 3 i 4 załącznika nr 28 do specyfikacji. Wskazany w odwołaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy dotyczy - tak jak podkreśla się w orzecznictwie KIO - procedury przede wszystkim samodzielnego poprawienia omyłek przez zamawiającego na podstawie informacji zawartych w ofercie. Zatem zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone, a nie po uprzednich uzgodnieniach z wykonawcą, albowiem to w konsekwencji prowadziłyby de facto do istotnej zmiany oferty wykonawcy”. Wreszcie w wyroku z 24 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1034/09, KIO wypowiedziało się co do omyłek w nazewnictwie pozycji kosztorysowych i stwierdziła w tym zakresie, co następuje: „(...) uwzględniając prawidłową ilość jednostek wycenioną w spornej pozycji Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia ze strony wykonawcy wymaga co faktycznie zostało wycenione w przedmiotowej pozycji i w zależności od treści uzyskanych przez Zamawiającego wyjaśnień konieczne będzie podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią Specyfikacji bądź o poprawieniu zaistniałej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. (...)”.

W związku z powyższym oczywistym jest, że Zamawiający nie zachował należytej staranności przy ustalaniu okoliczności faktycznych i prawnych, stanowiących podstawę zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego. Jak trafnie stwierdziła w Wyroku z dnia 22 listopada 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza KIO 2428/11: „Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji to niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista.”

W niniejszej sprawie wszystkie niezgodności treści oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. noszą wyżej opisane cechy,

które w konsekwencji prowadzą do nieporównywalności oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z ofertami innych wykonawców.

W świetle powyższego zdaniem Odwołującego należy zatem obiektywnie stwierdzić, że wszystkie niezgodności treści kosztorysu ofertowego Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z treścią SIWZ w takich jak wymienione wyżej przypadkach jest podstawą do odrzucenia oferty. Na potwierdzenie powyższego można wskazać na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2009 r. (KIO/UZP/157/09, KIO/UZP/159/09, KIO/UZP/174/09) - „...Powyższe ustalenie wskazuje na niezgodność treści omawianej części oferty z powołanym wyżej jednoznacznym postanowieniem art. 8 § 3 ust. 4 SIWZ. Skład orzekający wyraża w tym zakresie pogląd, że poprawienie wszystkich pozycji kosztorysowych w ww. branżach stanowiłoby znaczącą ingerencję w treść oferty, której nie można ocenić jako złożonej z omyłką, lecz jako ofertę niezgodną w swej treści z treścią SIWZ. Powyższą ocenę potwierdza dodatkowo fakt, że w przedmiotowym postępowaniu cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidywane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów i zasad wyceny określonych w art. 8 SIWZ, a Zamawiający przewiduje również udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe lub uzupełniające, co w sytuacji braku kompletnej wyceny wszystkich pozycji kosztorysu uniemożliwić może także rozliczenie wykonanych etapowo robót”.

Reasumując, oczywistym jest, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść tejże oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający zaniechał jednak dokonania tej czynności.

Jednocześnie Odwołujący zwracał uwagę na brak konsekwencji Zamawiającego w podejmowaniu decyzji o odrzucaniu ofert wykonawców w niniejszym postępowaniu, zarzucając naruszenie zasady równości traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp). Zgodnie bowiem z przesłanym zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty przetargowej w odniesieniu do czterech Wykonawców - Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie - Zamawiający odrzucił oferty tych firm z uwagi na w istocie takie same (oraz bardzo liczne) nieprawidłowości i niespójności w kosztorysach ofertowych, jakie znalazły się w kosztorysie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., polegających m.in. na różnicy w opisie pozycji i jednostek miar. Dla przykładu Odwołujący wskazywał, że Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z uwagi m.in. na brak

wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym VI.A2.2. - pozycje nr 380, 400, 710, 720, 790, 830 oraz na różnice w opisie pozycji w kosztorysie ofertowym KO.V,A2.1 - pozycja 940, gdzie wykonawca ten dodał dodatkową wartość w opisie pozycji tj. sformułowanie: „h=5,5m”.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. i w ten sposób uchybił przepisowi art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem oferta tego wykonawcy kwalifikuje się do odrzucenia, jak o tym wyżej mowa, to bezsprzecznie oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia kryteriów wyboru ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym, gdzie kryterium tym jest wyłącznie cena (100%).

W świetle powyższego zdaniem Odwołującego niniejsze odwołanie jest więc w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 10 sierpnia 2012 r.

W dniu 13 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 16 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.

W dniu 22 sierpnia 2012 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (oryginał złożony podczas posiedzenia przed Izbą). Zamawiający żądał:

- 1) oddalenia odwołania,
- 2) dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie,
- 3) zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego (w tym kosztów zastępstwa procesowego) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego według norm przepisanych.

Zdaniem Zamawiającego stanowisko Odwołującego tak w zakresie zarzutów w odniesieniu do zachowania Zamawiającego, jak i w zakresie jego żądań jest całkowicie bezpodstawne.

W odniesieniu do zarzutów podniesionych przez Odwołującego Zamawiający podnosił, co następuje:

1. Zarzut dotyczący poprawienia w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. omyłki w kosztorysie ofertowym KO. II pozycja 29

W ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w pozycji tej użyto wyrażenia "ławy filarów", a zatem takiego samego, jak w pozycji 31 tegoż kosztorysu. Tymczasem Zamawiający w kosztorysie ślepy pod pozycją 29 zawarł wyrażenie "ławy przyczółków". Co istotne, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ponownie - pod pozycją 31 kosztorysu - dokonało wyceny "ławy filarów". Nie jest prawdą, że pozycje 29 i 31 kosztorysu wybranej oferty są identyczne". Pozycje te są różne, tak co do ich ceny końcowej (108 023,23 zł dla pozycji 29 i 78 001,53 zł dla pozycji 31), jak i co do ilości ton (48,802 t. dla pozycji 29 i 35,239 t. dla pozycji 31). Dla realizacji prac związanych z przygotowaniem ław przyczółków wykorzystuje się pręty o średnicach: 12, 16, 25 mm, natomiast dla realizacji prac z pozycji 31, czyli ław filarów, używa się prętów 12, 16 i 25, ale także prętów o średnicy 20 mm, która to różnica została uwzględniona w wybranej ofercie. Przywołane na stronie 5 odwołania porównanie procentowe zużycia prętów nie uwzględnia udziału prętów o średnicach 12 oraz 20 mm stosowanych do zbrojenia ław filarów. Porównanie zastosowane przez Odwołującego w żaden sposób nie wskazuje na wady oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający podkreślał, że zarówno Odwołujący, jak i Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. oraz pozostali oferenci skorzystali z tego samego sposobu wyceny obu pozycji kosztorysowych - wskazując na takie same ceny jednostkowe dla obu pozycji. Dowód: str. 072 kosztorysu ofertowego Odwołującego.

W tym stanie rzeczy nie ma absolutnie żadnych podstaw do kwestionowania stanowiska INTERCOR Sp. z o.o. o omyłkowym użyciu wyrażenia "ławy filarów" zamiast "ławy przyczółków" pod pozycją 29 kosztorysu ofertowego. Nie ma też żadnych podstaw do kwestionowania zachowania Zamawiającego, który poprawił tę omyłkę zgodnie ze stanowiskiem Uczestnika postępowania odwoławczego.

2. Zarzut poprawienia w ofercie Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. kosztorysu KO. II pozycja 39

Istota poprawienia tej omyłki polegała na dodaniu do treści kosztorysu ofertowego sformułowania: „granicy plast. powyżej 2500kg/cm²". Odwołujący twierdzi - na stronie 7 odwołania - iż brak tego sformułowania powoduje, iż: "INTERCOR zaoferował de facto świadczenie o cechach, które nie odpowiadają istotnym warunkom zamówienia". Odwołujący nie podaje jednak, jakie konkretnie świadczenie zaoferowało jego zdaniem Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. i dlaczego oferta tej firmy jest niezgodna z istotnymi warunkami zamówienia. Skoro z treści oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. nie wynika, aby firma ta oferowała pod pozycją 39 kosztorysu inną granicę plastyczności niż wymagana w SIWZ, to twierdzenie Odwołującego jest

bezpodstawne, tym bardziej, że Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. złożyło oświadczenie, iż zapoznało się ze specyfikacją (w tym z opisem zamówienia - projektem, stanowiącym część SIWZ). Nie ma przyczyn, aby kwestionować stanowisko tego wykonawcy o działaniu niezamierzonym. W świetle jego wyjaśnień z dnia 25 lipca br. nie może budzić wątpliwości, jaki ma być zakres świadczenia w wykonaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Za działaniem niezamierzonym przemawia także pozostawienie litery „o” pod pozycją 39 kosztorysu ofertowego. Nie można wykluczyć, że przy edycji prawidłowo dokonano zapisu natomiast końcowe sformułowania zniknęły w trakcie druku. Pozostawienie tej litery przemawia za tym, że wybrany oferent nie zamierzał dokonać manipulacji przez świadome opuszczenie dalszych wyrazów, lecz w sposób niezamierzony nie umieścił tych wyrazów w swoim kosztorysie ofertowym. Wszystkie okoliczności wskazują więc na to, że treść obowiązku Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. jest w omawianym tu zakresie bezsporna i jego zaoferowane świadczenie nie odbiega od wymogów Zamawiającego.

3. Zarzut poprawienia w ofercie Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. kosztorysu IILK.O.A2 pozycja 9.2.7 (str. 113)

Odwolujący zarzucał Zamawiającemu, że w sposób nieuprawniony dokonał on poprawienia wybranej oferty poprzez zastąpienie: Jednostki obmiaru "odstęp" - Jednostką obmiaru "komplet". Jest jasne, że kwestionowana pozycja kosztorysu odnosi się do dokonania czynności sprawdzających, dotyczących prawidłowego funkcjonowania prac wykonanych przez wybranego oferenta, została bowiem opisana jako: „Sprawdzenia działania urządzeń sbł”. Pozycja ta dotyczy wykonania robót kontrolno pomiarowych dla samoczynnej blokady liniowej sbł przeznaczonej do zabezpieczenia ruchu pociągów na szlaku na podstawie jego zajętości. Dla wyceny wyżej wymienionej pozycji posłużono się katalogiem nakładów rzeczowych KNR o numerze 526-08-03-02-00, w którym ilość roboczogodzin niezbędnych dla wykonania tego zadania określono na 37,8. Dowód: str. 103 KNR

Przedmiotem omawianego tu zadania jest kontrola działania automatyki na torze kolejowym w związku z przebudową kabla sbł o długości 84 m. Dowód: str. K.I. 9/4 kosztorysu inwestorskiego. Ponadto Zamawiający podnosi, że zgodnie z załączoną stroną KNR wyrażenia „odstęp blokady” oraz „komplet” mogą być stosowane alternatywnie. Odwołujący nie ma racji, twierdząc, że: „Komplet jest jednostką szerszą obejmującą większą ilość odstępów”. Wyrażenia te mają różny desygnat znaczeniowy. Słowo „komplet” odnosi się do urządzeń, zaś „odstęp” oznacza określoną długość szlaku kolejowego. W istocie więc zobowiązanie wykonawcy sprowadza się do: „stwierdzenia prawidłowego działania urządzeń sbł” na przebudowywanym odcinku 84 m. Zakres czynności niezbędnych do wykonania tego

zadania określają „Wytyczne odbioru technicznego oraz przekazywania do eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym” (§ 9 pkt 4 lit. 1-13) oraz przywołany wyżej KNR (str. 103). Bez względu więc, czy użyjemy wyrażenia „komplet” czy „odstęp”, zakres wymaganych prac nie budzi żadnej wątpliwości i w tym względzie wyrażenia te są alternatywne.

Powyższe uzasadnia tezę, że wobec oświadczenia Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. o przyczynach rozbieżności i wyrażenia zgody na poprawienie omyłek - nie może być mowy o sporze co do zakresu obowiązków tej firmy związanych z wykonaniem przedmiotowego zamówienia publicznego. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. złożyło najkorzystniejszą - najtańszą ofertę. Nakaz wyboru najkorzystniejszej oferty koresponduje w tym przypadku z obowiązkiem szczególnej staranności w wydatkowaniu środków publicznych, który wynika z art. 50 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (jt. Dz.U. 2001 r. Nr 142 poz. 1591 z późn. zm.). Jeżeli Zamawiający miałby dodatkowo wydać z pieniędzy publicznych kwotę 42 764 zł, to musiałby działać w absolutnej pewności, że do takiego zachowania zmuszają go powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Powyższe uzasadnia dalsze rozważania dotyczące formalizmu postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego i związanych z tym formalizmem konsekwencji.

Zdaniem Zamawiającego istota niniejszej sprawy sprowadza się do dokonania takiej subsumcji stanu faktycznego, która umożliwi ustalenie wzajemnych relacji pomiędzy:

- 1) nakazem wyboru najkorzystniejszej oferty, zawartym w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) nakazem poprawiania omyłek, zawartym w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp,
- 3) nakazem odrzucenia oferty sprzecznej w swej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o czym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, oraz
- 4) nakazem równego i uczciwego traktowania oferentów - art. 7 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego co do konieczności ustalenia zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy znajduje uzasadnienie w licznych wyrokach Składów Orzekających Krajowej Izby Odwoławczej oraz w wyrokach sądowych. Przykładowo można wskazać na:

- 1) wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r. w sprawie KIO 556/12, w którym ustalono: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad p.z.p. stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. (...). zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1

p.z.p. stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 p.z.p. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) p.z.p. (...). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 p.z.p. służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których, z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z siwz. ".

- 2) wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r. w połączonych sprawach o sygnaturach: KIO/584/12 oraz KIO 594/12, w którym Skład Orzekający zajął następujące stanowisko: „Każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej oceny treści oferty i stanowi essentialia negoti przyszłej umowy. (...) Należy wskazać, iż instytucja odrzucenia oferty winna być stosowana po wyczerpaniu przez zamawiającego wszystkich prawnie dopuszczalnych instytucji mających na celu sanowanie oferty złożonej przez wykonawcę. (...) Nadużycie instytucji odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania przesądza o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu, gdyż pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych czynność zamawiającego w odniesieniu do któregośkolwiek z wykonawców różnicuje ich sytuację w postępowaniu w sposób nie znajdujący oparcia w przepisach p.z.p. ".
- 3) wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r. w sprawie KIO 757/12 o następującej tezie: „Zamawiający, gdy zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., powinien dążyć do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej treści".
- 4) wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie XII GA 102/09. W wyroku tym Sąd stwierdził: „Kwalifikator „istotnych zmian" o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonana na tle konkretnego stanu faktycznego. (...). ".
- 5) wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. w sprawie XII GA 429/09: "Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych

- niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 PZP”.
- 6) wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2012 r. w sprawie KIO 1048/12: „Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do przepisu art. 87 ust. 2 p.z.p. było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnej zmiany w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Decyzję o poprawieniu omyłek bądź niedokonaniu korekt podejmuje zamawiający, uwzględnivszy jednak fakt, że omyłki kwalifikujące się do poprawy na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 1-3 p.z.p. jest obowiązany skorygować. ”.
 - 7) wyrok KIO z dnia 7 maja 2012 r. w połączonych sprawach o sygnaturach KIO 842/12 oraz KIO 849/12: „(...) Na gruncie postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. ważne jest jedynie stwierdzenie faktu omyłki, a jej poprawienie jest możliwe nawet wtedy, gdy dotyka ona treści oferty, tyle, że ingerencja w treść oferty - nie może być istotna, nadmierna - w stosunku do pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, złożonego w ofercie (...)”.
 - 8) wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r. w sprawie KIO 868/12: "(...) 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 oferty (...)”.
 - 9) wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r. w sprawie KIO 851/12: „Ustawodawca dał możliwość zamawiającemu dokonania poprawy omyłek w nieograniczonym zakresie, byle tylko nie powodowały istotnych zmian w treści oferty. Samo żądanie wyjaśnień nie może być poczytane jako próba negocjacji, zabronionych przepisem art. 87 ust. 1 zd. drugie p.z.p. Dopiero reakcja zamawiającego na wyjaśnienia może być uznana za próbę negocjacji między stronami bądź próbę zmiany treści oferty”.
 - 10) wyrok KIO z dnia 14 maja 2012 r. w sprawie KIO 883/12: „poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. dotyczy zarówno postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jak i tych, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe (...)”

Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zawiera nakaz poprawiania omyłek w treści oferty i nie pozostawia w tym zakresie swobody dla zamawiającego (tak też np. w wyroku KIO z dnia 25 maja 2012 r. w sprawie KIO 978/12). Kwestie sporne odnoszą się natomiast co do zamiarów ustawodawcy. Wspólnym mianownikiem orzeczeń w zakresie poprawiania omyłek lub odrzucania oferty jest wykładnia celowościowa przepisów ustawy Pzp. Nie bez przyczyny zatem w wyroku KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r. w sprawie KIO 773/12 sformułowano tezę: „System prawa polskiego, w tym również prawa zamówień publicznych nie przewiduje wiążącego stosowania precedensowych rozstrzygnięć. Każdy skład Krajowej Izby Odwoławczej, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem Izby. (...)”. Zdaniem Zamawiającego - w świetle orzecznictwa KIO - najistotniejsze jest to, czy treść oferty może budzić uzasadnione wątpliwości co do świadczenia, które wykonawca zobowiązuje się spełnić. W niniejszej sprawie wątpliwości takich nie ma.

Zamawiający uważał zatem, że Odwołujący dokonał zawężającej interpretacji art. 87 ustawy Pzp i co za tym idzie - w sposób nieuprawniony sformułował swoje zarzuty oraz żądania. Podkreślał, że Odwołujący zażądał m.in. nakazania dokonania wyboru jego oferty, co wymagałoby oceny ofert przez Krajową Izbę Odwoławczą. Takie żądanie jest nieuprawnione, wskazuje jednak na zamiar Odwołującego sprowadzający się do wykorzystania nadmiernego formalizmu w celu obejścia nakazów wyboru najkorzystniejszej oferty i związanego z nim nakazu poprawiania omyłek w myśl art. 87 ustawy Pzp.

Podsumowując zdaniem Zamawiającego należy stwierdzić, że jego działania były zgodne z ustawą Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie naruszył w niniejszej sprawie żadnego z przepisów ustawy Pzp. Dotyczy to także art. 7. W przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiło nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego, które to przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw z takich samych okoliczności, ale z faktu niewłaściwego zinterpretowania przepisu art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp. Błędy, których nie poprawiono w innych ofertach nie były „takimi samymi” błędami, jak poprawione w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Zachowano również zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający ustalił dla Wykonawców równe warunki udziału i przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Każdy z Wykonawców traktowany był jednakowo, każdy miał równy dostęp do informacji, a ocena ofert wszystkich wykonawców dokonana była z uwzględnieniem tych samych kryteriów.

Zamawiający nie zastosował w postępowaniu żadnych preferencji dla niektórych wykonawców, oferty oceniał nie na podstawie własnej wiedzy, ale na podstawie dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień składanych przez Wykonawców, nie dostąpił od

wymagań ani kryteriów zapisanych w SIWZ.

Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jedynie w sytuacji ustalenia, w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom, co w omawianej sytuacji nie miało miejsca.

Zatem Zamawiający, postępując zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3), nie naruszył treści art. 89 ust 1 pkt 2), bowiem poprawiając nieistotną omyłkę w ofercie, uznał ją za ważną, ocenił ściśle według kryterium oceny ofert. Takie stanowisko zajął w sprawie KIO/UZP 151/08 Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej: „Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyta starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejsza w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesadza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. (...) Zdaniem Izby de lege lata o niezgodności ofert z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości”

Skoro Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tym samym nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wybrał najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Zamawiający wnosił zatem, jak na wstępie.

W dniu 23 sierpnia 2012 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. wniósł pismo zawierające dodatkowe stanowisko w sprawie, w którym wskazywał, co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowe zastosowanie przepisów Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający poprawił oczywiste omyłki w treści oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. zamiast, jak niesłusznie twierdzi Odwołujący,

odrzuć jego ofertę jako niezgodną z SIWZ. Zarzuty podniesione przez Odwołującego dotyczą następujących działań:

- 1) poprawienia pozycji nr 29 w kosztorysie ofertowym KO. II poprzez zastąpienie wyrazu „filarów” wyrazem „przyczółków”;
- 2) poprawienia pozycji nr 39 w kosztorysie ofertowym KO.II poprzez dodanie sformułowania „o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm²”;
- 3) poprawienia pozycji 9.2.7. w kosztorysie ofertowym III.KO.A2 poprzez zmianę jednostki obmiarowej z „odstępu” na „komplet”.

Podniesione przez Odwołującego zarzuty są całkowicie nieuprawnione, zaś z uzasadnienia treści odwołania wynika całkowity brak zrozumienia przez Odwołującego instytucji poprawiania omyłek w treści oferty oraz przesłanek warunkujących dopuszczalność jej zastosowania przez Zamawiającego.

W kosztorysie ofertowym KO.II w dziale siódmym Zamawiający wyszczególnił prace związane ze zbrojeniem konstrukcji wiaduktu. W pozycji nr 29 Zamawiający wymagał podania ceny za „Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12, 16 , 25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy przyczółków”. Z kolei w pozycji nr 31 należało podać cenę za „Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12, 16, 20 , 25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy filarów”. W ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w opisie pozycji nr 29 przez omyłkę znalazło się sformułowanie „filarów” zamiast „przyczółków”, z którego to faktu Odwołujący błędnie wywodzi, iż w ofercie tego wykonawcy zbrojenie prętami ław przyczółków nie zostało w ogóle wycenione, a Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. dwukrotnie (w spornej pozycji 29 oraz pozycji nr 31) wyceniło zbrojenie ław filarów. Powyższe twierdzenie jest nieprawdziwe, gdyż Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. podało w ofercie zarówno cenę zbrojenia ław przyczółków (w spornej pozycji 29), jak i cenę zbrojenia ław filarów (tylko i wyłącznie w pozycji 31).

Złożenie przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. kosztorysu ofertowego KO.II z opisem pozycji nr 29 zawierającym słowo „filarów” zamiast „przyczółków” stanowi rezultat oczywistej omyłki, która jednak nie ma żadnego wpływu na to, że w pozycji tej wykonawca zaoferował i wycenił zbrojenie „przyczółków”. Świadczą o tym następujące okoliczności:

1) Zarówno przyczółki, jak i filary zostały wycenione przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w kosztorysie zgodnie z różnymi ilościami materiałowymi charakterystycznymi dla filarów i przyczółków, które Zamawiający określił w przedmiarze. Mianowicie z przedmiaru wynikało, że do wykonania przyczółków potrzeba 48,802 ton stali, zaś do wykonania filarów 35,239 ton. W pozycji 29 Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. wskazało ilość materiału przewidzianą dla przyczółków - tj. 48,802 ton stali. Co więcej, ta sama ilość stali została wskazana w kolejnej pozycji kosztorysu (nr 30), której wypełnienie nie jest przez Odwołującego kwestionowane, a która przewiduje montaż zbrojenia fundamentów prętami, o których przygotowaniu mowa w spornej pozycji 29. Konsekwentnie różne są też ceny zaoferowane w ramach pozycji nr 29 i 31 (odpowiednio: 108.023,23 zł dla przyczółków oraz 78.001,53 zł dla filarów).

2) Zgodnie z treścią kosztorysu oraz dokumentacji projektowej udostępnionych przez Zamawiającego, do wykonania ław filarów miały być użyte m.in. pręty o średnicy 20 mm, których nie używa się z kolei do zbrojenia ław przyczółków. Stąd też średnicę taką Zamawiający wskazał w opisie pozycji 31 przewidzianej dla filarów, a nie ma jej w średnicach prętów podanych w opisie pozycji 29 przewidzianej dla przyczółków. Konsekwentnie średnica taka nie pojawia się również w pozycji 29 kosztorysu Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Tym samym wykluczone jest twierdzenie, że w pozycji tej Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. zaoferowało zbrojenie filarów - średnice prętów przewidziane w tej pozycji przez wskazując bowiem na przyczółki i tym samym potwierdzając, że słowo „filarów” znalazło się tam omyłkowo.

3) Podpory mostu (wiaduktu) dzielą się na filary (podpory wewnętrzne) oraz przyczółki (podpory skrajne). Każdy most (wiadukt) składa się z dwóch przyczółków oraz ilości filarów zależnej od jego długości, zaś podział na filary i przyczółki jest podziałem pełnym i rozłącznym. W tym kontekście sugerowane w odwołaniu dwukrotne zaoferowanie przygotowania elementów zbrojenia ław filarów przy jednoczesnym (i nie kwestionowanym przez Odwołującego) zaoferowaniu montażu przygotowanego wcześniej zbrojenia przyczółków (pozycja 30) oraz filarów (pozycja 32) nie mogło mieć miejsca. Konsekwentnie użyte przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w pozycji nr 29 słowo „filarów” musiało zostać przez Zamawiającego uznane za rezultat oczywistej omyłki.

W związku z powyższym zupełnie nieuprawniona jest teza Odwołującego, że Zamawiający nie miał możliwości stwierdzenia, że w pozycji nr 29 Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. wyceniło zbrojenie ław przyczółków, a jedynie omyłkowo pojawiło się tam słowo „filarów”. Z analizy treści kosztorysu ofertowego,

przedmiaru oraz dokumentacji projektowej jednoznacznie wynikało bowiem, że pozycja nr 29 w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., pomimo tego że błędnie wpisano tam ławy filarów, w rzeczywistości dotyczyła przyczółków, a to choćby z uwagi na zachowaną oryginalną numerację kosztorysu, przewidziane tam ilości materiałów zgodne z przedmiarem dla zbrojenia przyczółków, zaoferowane ceny oraz przewidzianą w tej pozycji średnicę prętów używanych do zbrojenia przyczółków a nie filarów. Nie ulega wątpliwości, iż w tym przypadku mieliśmy do czynienia z oczywistą omyłką, której charakter nie był istotny, a Zamawiający mógł tę omyłkę z łatwością poprawić.

W pozycji nr 39 kosztorysu ofertowego KO.II Zamawiający wymagał podania ceny za „Przygotowanie na budowie zbrojenia płyt niosących mostów żelbetowych, pełnych, przy średnicy prętów: 12, 16 mm o granicy plast. powyżej 2500kg/cm²”. Natomiast w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. przez pomyłkę opis tej pozycji został skrócony do zapisu „Przygotowanie na budowie zbrojenia płyt niosących mostów żelbetowych, pełnych, przy średnicy prętów: 12, 16 mm o”. Błędnie twierdzi Odwołujący, że jest to jednoznaczne z zaoferowaniem Zamawiającemu świadczenia o cechach, które nie odpowiadają istotnym warunkom zamówienia.

Tymczasem ze sposobu sformułowania opisu pozycji nr 39 w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ewidentnie wynika, iż mamy tu do czynienia ze zdaniem niedokończonym (kończącym się przyimkiem „o”). Taki błąd był efektem „zawinięcia” tekstu przez program komputerowy, na którym wykonawca sporządzał kosztorys, a czego nie zauważył, drukując kosztorys i załączając go do oferty. W żadnym jednak wypadku nie może być mowy, jak chciałby tego Odwołujący, o zaoferowaniu świadczenia pozbawionego cech wymaganych przez SIWZ. Skrócenie opisu w pozycji 39 było wynikiem ewidentnej omyłki. Zamawiający omyłkę tę jednak zauważył i słusznie dokonał jej poprawienia, uznając, że stanowi ona omyłkę oczywistą, której poprawienie nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty.

W pozycji 9.2.7. kosztorysu ofertowego III.KO.A2 Zamawiający wymagał podania ceny za usługę sprawdzenia działania urządzeń sbl (samoczynna blokada liniowa). W pierwotnie przyjętym kosztorysie jednostką obmiarową była sztuka („szt.”), którą Zamawiający zmienił na „odstęp”, a ostatecznie, udzielając wyjaśnień treści SIWZ w dniu 28 czerwca 2012 r., przesądził, że prawidłową jednostką obmiaru jest „komplet”. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. sporządziło kosztorys na wzorze udostępnionym przez Zamawiającego, którego jednak Zamawiający nie uaktualnił.

Z punktu widzenia charakterystyki zaoferowanego świadczenia, nie ma jednak jakiegokolwiek znaczenia, czy jednostką obmiarową byłby odstęp czy komplet. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, komplet nie jest jednostką obmiarową obejmującą określoną ilość

odstępów, gdyż wyrażenia te mają odmienny zakres znaczeniowy. Sformułowanie „komplet odnosi się do zespołu urządzeń obsługujących SBL, zaś „odstęp” - do określonej długości odcinka trasy kolejowej. W tym znaczeniu na potrzeby sporządzenia kosztorysu sformułowania te mogą być używane zamiennie, zaś zakres świadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego jest w każdym wypadku taki sam (kontrola działania automatyki na przebudowywanym odcinku o długości 84 m). Z tego względu omyłkę powyższą należy uznać za oczywistą i nieistotną, zaś Zamawiający słusznie poprawił ją w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący bezpodstawnie argumentuje, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, odrzucając oferty czterech innych wykonawców biorących udział w postępowaniu „z uwagi na w istocie takie same (oraz bardzo liczne) nieprawidłowości i niespójności w kosztorysach ofertowych jakie znalazły się w kosztorysie wykonawcy INTERCOR”. Odwołujący nie uzasadnia tego zarzutu w jakikolwiek szczegółowy sposób, poprzestając na ogólnych twierdzeniach, nie zważając również na fakt, że w odrzuconych ofertach popełniono liczne błędy, których Zamawiający nie mógł poprawić (gdyż np. w ogóle nie została uzupełniona dana pozycja kosztorysowa). Niezależnie od powyższego ocena ofert odrzuconych przez Zamawiającego znajduje się poza przedmiotowym zakresem odwołania i nie podlega badaniu w ramach wytyczonego przez Odwołującego zakresu zaskarżenia. Co więcej, badanie zasadności odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu przez Mostostal Warszawa SA, Strabag Sp. z o.o., Mota-Engil Central Europę S.A. oraz Hochtief Polska S.A. pozostawałoby bez jakiegokolwiek, choćby hipotetycznego wpływu na wynik postępowania, bowiem oferty każdego z ww. wykonawców były mniej korzystne niż oferta Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.

Starając się uzasadnić podniesione zarzuty Odwołujący wykorzystuje fragmenty wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, czyniąc to w sposób nieprawidłowy, wybiórczy i odbiegający od kontekstu pełnego uzasadnienia orzeczenia. Przykładowo w zakresie, w jakim Izba wypowiadała się na temat nieistotności zmiany jako warunku poprawienia oferty, Odwołujący przywołuje wyrok z dnia 9 marca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 410/12; KIO 424/12, przemilczając jednak fakt, że wyrok ten dotyczył odmiennego stanu faktycznego, zaś błąd w ofercie polegał na nieuzupełnieniu ceny w określonych pozycjach kosztorysowych, czego, jak powszechnie wiadomo, Zamawiający nie może poprawić. Odwołujący wskazał również na wyrok Izby z dnia 24 sierpnia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 1034/09) w sposób nieuzasadniony usiłując znaleźć analogię między okolicznościami tamtej sprawy a stanem faktycznym, którego dotyczy odwołanie. Izba w wyroku tym wskazała, że w przypadku wątpliwości, co zostało wycenione w danej pozycji, Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, a następnie poprawić ofertę lub odrzucić ją jako niezgodną z

SIWZ. Odwołujący przemilczał jednak, iż charakter błędu w kosztorysie, będącego przedmiotem rozważań Izby był stosunkowo poważny (wpisanie „rurociągów miedzianych” zamiast „rozebrania podsufitek z desek”), a mimo to Izba nie nakazała odrzucić oferty, lecz przeprowadzić procedurę wyjaśniającą.

Wbrew temu, co zdaje się sugerować Odwołujący, Zamawiający nie uzgadniał sposobu poprawiania omyłek z Przedsiębiorstwem Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., zaś jak wynika z treści zawiadomienia z dnia 30 lipca 2012 r. poprawki w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. zostały dokonane przez Zamawiającego w pełni samodzielnie. W literaturze oraz orzecznictwie Izby konsekwentnie przyjmuje się, że czym innym jest uzgadnianie poprawek przez Zamawiającego z wykonawcą, a czym innym procedura wyjaśniająca treść oferty, która jest dozwolona, a nawet zalecana (co wynika zresztą również z wyroku (KIO/UZP 1034/09) przywołanego przez samego Odwołującego w treści odwołania. Jak wskazywała Izba m. in. w wyroku z dnia 20 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 42/12) „nie stanowi zatem naruszenia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców zwrócenie się przez Zamawiającego o złożenie wyjaśnień, które będą pomocne w ustaleniu zakresu obowiązku poprawienia omyłek, sposobu dokonania ich poprawy, czy wreszcie - w celu przerwania na wykonawcę ciężaru związanego z dokonaniem takiej poprawy”, zaś "tego typu wyjaśnienia nie stanowią wytworzenia żadnego nowego oświadczenia woli wykonawcy, które może różnić się od oświadczenia pierwotnie wyrażonego w ofercie. Nie stanowią również żadnych zakazywanych w powoływanych przepisach zmian w jej treści."

Wniesienie odwołania wynika z błędnego zrozumienia przez Odwołującego instytucji poprawiania omyłek w treści oferty przewidzianej w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp oraz stanowi próbę skrajnie formalnej interpretacji tego, co należy rozumieć przez istotne poprawki w treści oferty. Odwołujący posiłkuje się w tym celu orzeczeniami Izby cytowanymi w sposób całkowicie oderwany od kontekstu sprawy. Jak wynika jednak z jednego z przywołanych przez samego Odwołującego orzeczeń, co jednak zdaje się celowo zostało przez niego pominięte w odwołaniu: „art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie uzależnia możliwości poprawienia omyłek od rodzaju zamówienia, a tym bardziej nie wyłącza takiej możliwości w stosunku do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych.(...) Wprowadzenie powołanego przepisu miało na celu uniknięcie przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, które - w rozumieniu tego przepisu - niekoniecznie muszą mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek, które nie mają takiego charakteru, o ile tak dokonana poprawa nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty" (wyrok z dnia 30 września 2011 r. (sygn. KIO 2000/11, KIO 2011/11).

Odwołujący bezskutecznie próbuje wykazywać, że oferta Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. jest obciążona poważnymi wadami, podczas gdy analiza poprawek dokonanych przez Zamawiającego w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. dowodzi, że mamy do czynienia z omyłkami oczywistymi, błahymi, wynikającymi z niedopatrzeń lub błędów podczas drukowania kosztorysu. Takich błędów nie sposób w pełni wyeliminować, zwłaszcza w przypadku ofert zawierających kilkadziesiąt lub kilkaset stron kosztorysów. W tym kontekście działania Zamawiającego należy ocenić jako odpowiadające wymogom ustawy Pzp i zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. wnosił jak na wstępie.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z uwagi na spełnienie przez tego wykonawcę przesłanek skuteczności przystąpienia, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ, modyfikację SIWZ, ofertę Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., pismo Zamawiającego z dnia 24 lipca 2012 r. – wezwanie do złożenia wyjaśnień, pismo Odwołującego z dnia 25 lipca 2012 r. zawierające wyjaśnienia, pismo Zamawiającego z 30 lipca 2012 r. – zawiadomienie o poprawieniu oferty, pismo z 31 lipca 2012 r. – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, pismo wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z 23 sierpnia 2012 r., „Wytyczne odbioru technicznego oraz przekazania do eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym” Ie-6 (WOT-E12) PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (wyciąg).

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutów dotyczących oferty Przedsiębiorstwa Usług

Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Odwołujący złożył ważną ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji (jedyne kryterium - cena). Tym samym potwierdził zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczące wykonawcy wybranego daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony. Izba uznała natomiast, iż Odwołujący nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, gdyż w odniesieniu do czterech Wykonawców - Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie Zamawiający odrzucił oferty tych firm z uwagi na w istocie takie same (oraz bardzo liczne) nieprawidłowości i niespójności w kosztorysach ofertowych jakie znalazły się w kosztorysie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Sposób oceny tych ofert pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na interes Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia ani poniesienie (możliwość poniesienia) przez niego szkody w wyniku naruszeń ustawy Pzp dokonanych przez Zamawiającego. Tym samym ewentualna wadliwość czynności Zamawiającego w odniesieniu do ofert tych wykonawców pozostaje irrelevantna dla Odwołującego i możliwości pozyskania przez niego zamówienia.

Izba stwierdza, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 i art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp polegającym na poprawieniu w ofercie omyłek polegających na niezgodności treści oferty (w zakresie opisu pozycji kosztorysowych i jednostek miar) wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., a powodujących istotne zmiany w treści tej oferty, w ocenie Izby nie znalazł on potwierdzenia.

Pozycja nr 29 w kosztorysie ofertowym (ślepy) KO.II opracowanym przez Zamawiającego brzmiała następująco: „Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12, 16 , 25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy przyczółków”. Z kolei w pozycji nr 31 należało podać cenę za „Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12, 16, 20 , 25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy filarów”. W ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., w opisie pozycji nr 29 posłużono się sformułowaniem „Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12, 16 , 25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy filarów”. Natomiast pozycja nr 31 została opisana następująco: „Przygotowanie na budowie zbrojenia fundamentów podpór mostowych, przy średnicy prętów: 12, 16, 20 , 25 mm, o granicy plast. powyżej 2500 kg/cm² - ławy filarów”. Oznacza to zatem, że w przypadku obu pozycji

podłużono się określeniem "ławy filarów", pomimo iż w dokumentacji postępowania pozycja nr 29 dotyczyła "ław przyczółków". W pozostałym zakresie opis poszczególnych pozycji był zgodny z kosztorysem Zamawiającego, tj. odwoływał się do wskazanych tam ilości (dla pozycji 29 - 48,802 ton stali, dla pozycji 31 - 35,239 ton stali). Obie pozycje były wycenione odmiennie, z uwzględnieniem podanych tam ilości (pozycja 29 - 108 023,23 zł, pozycja 31 - 78 001,53 zł). Zamawiający dokonał poprawienia opisu pozycji 29 w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zastępując sformułowanie "ławy filarów" określeniem "ławy przyczółków", dostosowując go do treści kosztorysu Zamawiającego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż poprawienie przez Zamawiającego powyższej omyłki dokonane zostało z naruszeniem 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 specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. 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, których poprawienie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają one bowiem w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, złożonego przez niego oświadczenia woli. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny 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. Taką intencję – wyraźnie odnoszoną do błędów w kosztorysach (wypełnionych przedmiarach robót) ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do

poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. 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. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami". Należy także zauważyć, iż powołany przepis statuuje obowiązek zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz niestanowiących 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia; 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) (por. wyrok KIO z 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 689/11). W ocenie Izby taką właśnie omyłką był błąd w opisie pozycji nr 29 zawarty w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Izba podziela w tym zakresie argumentację Zamawiającego i Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Zdaniem Izby nie sposób uznać, aby wykonawca ten nie dokonał wyceny ław przyczółków, natomiast dwukrotnie wyceniono ławy filarów. W kosztorysie w pozycji nr 29 wyceny dokonano zgodnie z ilościami charakterystycznymi dla filarów (z kosztorysu Zamawiającego wynikało, że do wykonania przyczółków potrzeba 48,802 ton stali i taka ilość została wyceniona). Ponadto w kolejnej pozycji kosztorysu nr 30, która przewiduje montaż zbrojenia fundamentów prętami, a zatem jest funkcjonalnie powiązana z pozycją nr 29, wskazana jest taka sama ilość stali. Różne są także ceny zaoferowane w obu pozycjach. Dodatkowo, opis pozycji nr 29 odbiega od opisu pozycji nr 31. W opisie tym powołano tylko pręty o średnicach 12, 16 i 25 mm, które zgodnie z opisem zawartym w kosztorysie Zamawiającego odnosiły się do wykonania ław przyczółków. Z kolei w pozycji nr 31 pojawiają się także pręty o średnicy 20 mm, których używa się do zbrojenia ław filarów, ale nie przyczółków (opis zgodny z kosztorysem Zamawiającego). Tym samym twierdzenie Odwołującego jakoby wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. dokonał w sposób świadomy i zamierzony dwukrotnej wyceny zbrojenia ław filarów, pomijając całkowicie wycenę zbrojenia

ław przyczółków, nie tylko nie ma oparcia w regułach doświadczenia życiowego (zakładałoby bowiem, że składający ofertę świadomie składa ją w sposób sprzeczny z SIWZ), ale i w analizie postanowień kosztorysu ofertowego Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., z której, zdaniem Izby, jednoznacznie wynika, że błąd powyższy miał charakter niezamierzonej omyłki. Izba nie zgadza się także ze stanowiskiem Odwołującego o braku możliwości poprawienia omyłki ze względu na jej istotny wpływ na treść oferty. W istocie powyższa opinia nie została poparta żadną przekonującą argumentacją. Sam fakt, że wykonawca zmienił opis pozycji, nie oznacza braku możliwości poprawienia takiej wadliwości jako tzw. innej omyłki. Istotą zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest bowiem niegodność treści oferty z treścią SIWZ. Gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego to przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp byłby w istocie przepisem martwym. Należy podkreślić, iż poprawienie pozycji nr 29 sprowadziło się wyłącznie do zastąpienia słowa "filarów" słowem "przyczółków", nie wiązało się ze zmianami ilościowymi, materiałowymi ani zmianą ceny. Zamawiający mógł tę omyłkę z łatwością poprawić bez odwoływania się do wyjaśnień wykonawcy. Natomiast wystosowanie takiego pisma oraz odpowiedź wykonawcy nie może stanowić okoliczności potwierdzającej negocjacje pomiędzy Zamawiającym a Przedsiębiorstwem Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Możliwość samodzielnego poprawienia tej wady oferty zdaniem Izby nie budzi bowiem wątpliwości.

Izba wskazuje, że analogicznie należy ocenić poprawienie pozycji nr 39 kosztorysu ofertowego KO.II, gdzie Zamawiający wymagał podania ceny za „Przygotowanie na budowie zbrojenia płyt ustrojów niosących mostów żelbetowych, pełnych, przy średnicy prętów: 12, 16 mm, o granicy plast. powyżej 2500kg/cm²". Natomiast w ofercie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. przez pomyłkę opis tej pozycji został skrócony do zapisu „Przygotowanie na budowie zbrojenia płyt ustrojów niosących mostów żelbetowych, pełnych, przy średnicy prętów: 12, 16, mm, o". Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż pomijając zapis "granicy plast. powyżej 2500kg/cm²", zaoferowano Zamawiającemu świadczenie o cechach, które nie odpowiadają istotnym warunkom zamówienia. W opinii Izby należy podzielić argumentację Zamawiającego i Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., że ze sposobu sformułowania opisu pozycji nr 39 można było wywnioskować, iż doszło do błędu w trakcie druku. Opis ten jest bowiem zdaniem niedokończonym, kończącym się przyimkiem "o", co sugeruje omyłkowe pominięcie dalszej części zdania, a nie świadome zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z SIWZ. Ponadto pozycja nr 40 funkcjonalnie powiązana z pozycją nr 39 (pozycja nr 39 odnosi się do "Przygotowania na budowie zbrojenia płyt ustrojów niosących mostów żelbetowych, pełnych, przy średnicy prętów: 12, 16 mm o granicy plast. powyżej 2500kg/cm²", pozycja nr 40 do "Montażu zbrojenia płyt ustrojów niosących mostów żelbetowych, pełnych, o granicy plast.

powyżej 2500kg/cm²") wyraźnie przywołuje brakujący fragment opisu "granicy plast. powyżej 2500kg/cm²". Tym samym analogicznie jak w przypadku pozycji nr 29 Zamawiający mógł samodzielnie poprawić ww. omyłkę, jak również nie miała ona charakteru istotnego. Nie były wymagane żadne zmiany ilościowe ani zmiany w cenie.

Izba uznaje, iż również poprawienie pozycji nr 9.2.7. kosztorysu ofertowego III.KO.A2 dotyczącej usługi sprawdzenia działania urządzeń sbł w zakresie zmiany jednostki obmiarowej "odstęp" na "komplet" znajduje uzasadnienie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Istotnie Zamawiający pismem z 28 czerwca 2012 r. dokonał modyfikacji opisu tej pozycji (modyfikacja SIWZ), choć równocześnie nie uaktualnił wzoru kosztorysu, a wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. nie dostosował swojej oferty do zmienionego opisu. Izba zgadza się jednak, że sama jednostka obmiarowa nie decyduje o charakterystyce zaoferowanego świadczenia, które, niezależnie od użytej nomenklatury, obejmuje sprawdzenie działań automatyki na torze kolejowym w związku z przebudową kabla sbł o długości 84 m. Sprawdzenie to musi być dokonane zgodnie z właściwymi wytycznymi PKP PLK S.A. ("Wytyczne odbioru technicznego oraz przekazywania do eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym"), czego Odwołujący de facto nie kwestionował. Twierdzenie jakoby posłużenie się sformułowaniem "odstęp" miało wpływać na faktyczny sposób wykonania świadczenia nie znajduje potwierdzenia ani w treści SIWZ (Zamawiający nie zawarł tam stosownych definicji) ani w treści oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., gdzie cena wykonania usług objętych tą pozycją znacznie przekracza cenę usługi w tym samym zakresie podaną przez Odwołującego (który użył właściwej jednostki obmiarowej). Izba podziela zatem stanowisko, iż zakres świadczenia objętego pozycją 9.2.7. dla profesjonalisty jest jednoznaczny i taki sam niezależnie od użytego sformułowania "odstęp" czy "komplet". Oznacza to zatem, że niezmieniony opis jest wynikiem omyłki, a nie świadomej decyzji wykonawcy. Brak jest także jakichkolwiek podstaw dla uznania, aby poprawienie tej omyłki było niedopuszczalne z uwagi na jej istotność. Takie twierdzenie należy uznać za bezzasadne.

Uwzględniając powyższe rozważania, stwierdzić należy, iż w konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., gdyż przepis ten wyraźnie obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ, gdy nie jest możliwe poprawienie jej wadliwości w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w niniejszym przypadku miało miejsce i zostało uznane za właściwe. Tym samym nie doszło także do naruszenia art. 7, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na bezzasadnym i niezgodnym z ustawą Pzp wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3500 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: