

Sygn. akt: KIO 1169/15

Sygn. akt: KIO 1170/15

## WYROK

z dnia 15 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 czerwca 2015 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: KBUD K. Ł., Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Sp. z o.o.**, ul. Henryka Probusa 18, 55-110 Prusice (sygn. akt: **KIO 1169/15**);

B. w dniu 2 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: KBUD K. Ł., Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Sp. z o.o.**, ul. Henryka Probusa 18, 55-110 Prusice (sygn. akt: **KIO 1170/15**),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu Gminy Miasta Gdańska**, ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk,

przy udziale:

A. wykonawcy – **Ekoinbud Sp. z o.o.**, ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** w sprawie o sygn. akt: **KIO 1169/15**;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: Ekoinbud Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud Sp. z o.o.**, ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** w sprawie o sygn. akt: **KIO 1170/15.**,

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia ofert złożonych przez Odwołującego oraz dokonanie poprawy w obu ofertach na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp innej omyłki powodującej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, polegającej na zastąpieniu współczynnika przenikania ciepła przez ściany zewnętrzne z podanej w ofertach wielkości 18 W/m<sup>2</sup>K na współczynnik o wielkości 0,18 W/m<sup>2</sup>K, oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1169/15 i KIO 1170/15 obciąża zamawiającego – **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu Gminy Miasta Gdańska**, ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego – **Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu Gminy Miasta Gdańska**, ul. Żaglowa 11, 80-560 Gdańsk na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: KBUD K. Ł., Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Sp. z o.o.**, ul. Henryka Probusa 18, 55-110 Prusice kwotę **27 599 zł 75 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych 75/100 groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od obu odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu pełnomocników na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Gdańsku**.

Przewodniczący: .....

**Sygn. akt: KIO 1169/15**

**Sygn. akt: KIO 1170/15**

## **UZASADNIENIE**

Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu Gminy Miasta Gdańska, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Budowa żłobka modułowego przy ul. Olsztyńskiej oraz ul. Rogalińskiej w Gdańsku.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem zasad obowiązujących przy procedurze udzielania zamówień, kiedy ich wartość szacunkowa jest niższa od kwot określonych przepisami wydanymi w oparciu o przepis art. 11 ust.8 ustawy Pzp.

W dniu 29 maja 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w obu postępowaniach najkorzystniejszej oferty za która została uznana wykonawcy - EKOINBUD Sp. o.o. ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk. Przy czym przy zamówieniu na budowę żłobka przy ulicy Rogalińskiej występujący w ramach konsorcjum.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca – konsorcjum Firm KBUD K. Ł., Przedsiębiorstwo Budowlano Doradcze MUR-BETON Sp. z o.o., ul. Henryka Probusa 18, 55-110 Prusice wobec rozstrzygnięć w obu postępowaniach wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając:

- bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,
- bezpodstawne dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EKOINBUD Sp. z o.o.

Wskazał iż tymi czynnościami Zamawiający naruszył art. 87 ust 2 pkt 1) i art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy albo art 87 ust 2 pkt 3) i art. 89 ust 1 pkt 2) w związku z art. 87 ust 2 pkt 3) Ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- dokonania w ofercie Odwołującego poprawy oczywistej omyłki pisarskiej albo w przypadku potraktowania przez Krajową Izbę Odwoławczą omyłki jako tzw. innej nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty, nakazania poprawienia jej i zawiadomienia Odwołującego o dokonanej poprawie;
- dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego albo w przypadku potraktowania przez Krajową Izbę Odwoławczą omyłki jako tzw. innej, nakazania dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego po wyrażeniu zgody przez Odwołującego na dokonaną poprawę omyłki.

Zauważenia wymaga, że stan faktyczny oraz treść zarzutów żądań w obu

odwołaniach jest taki sam. Tym samym przedstawienie stanu faktycznego odwołań, a także stanowisk stron i przystępujących na rozprawia odnosi się do obu postępowań odwoławczych.

Odwołujący odnosząc się do czynności Zamawiającego dotyczących odrzucenia jego ofert podał, że pracownik Odwołującego przygotowując ofertę pomylił się w sposób oczywisty i do formularza ofertowego wpisał współczynnik przenikania ciepła przez ściany zewnętrzne (U) o wartości 18 W/m<sup>2</sup>K, zamiast uzgodnionego z Odwołującym współczynnika o wartości 0,18 W/m<sup>2</sup>K.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty poinformował, że uznał, iż w tym przypadku nie występuje omyłka, bo wpisanie współczynnika U o wartości 18 W/m<sup>2</sup> K było zamierzonym działaniem Odwołującego.

Z takim postawieniem sprawy przez Zamawiającego nie można zgodzić się, bowiem na już pierwszy "rzut oka" dla osoby znającej treść SIWZ i obowiązujące przepisy określające maksymalne wartości współczynnika U, widać, że wystąpiła oczywista omyłka pisarska, a nie zamierzone działanie wykonawcy.

Zamawiający w pkt 14.7 SIWZ napisał, że oferta wykonawcy, który zaoferuje współczynnik U powyżej 0,25 W/m<sup>2</sup>K, zostanie odrzucona. O tym wiedział Odwołujący, zatem nie wpisałby celowo wartości współczynnika wyższej niż 0,25 W/m<sup>2</sup>K, bowiem nie składałby oferty po to, aby została ona z pewnością odrzucona.

Nadto, Odwołujący jako profesjonalista nie dożyłby oferty z wartością współczynnika powyżej 0,25 W/m<sup>2</sup>K, bowiem jest to maksymalna wartość współczynnika przenikania ciepła dla ścian zewnętrznych określona przepisami prawa przy założeniu, że temperatura powietrza w pomieszczeniach ma być wyższa lub równa 16 stopni Celsjusza. Przedmiotem zamówienia jest budowa żłobka, zatem temperatura w pomieszczeniach na pewno musi być wyższa niż 16 stopni Celsjusza.

Kwestia wartości współczynnika U jest uregulowana w pkt 1.1 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia (Dz.U.2002.75.690 ze zm.), w tabeli pod liczbą porządkową 1. Zgodnie z tym aktem prawnym, od 1 stycznia 2014 r. obowiązuje maksymalny współczynnik U o wartości 0,25 W/m<sup>2</sup>K.

Zauważyć należy, że w tabeli pod pozycją 1 załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia określona jest także maksymalna wartość współczynnika U dla ścian zewnętrznych przy założeniu, że temperatura w pomieszczeniach wynosić będzie mniej niż 8 stopni Celsjusza. Maksymalna wartość współczynnika przy takim założeniu wynosi 0,90 W/m<sup>2</sup>K. Nawet ta maksymalna wartość jest drastycznie niższa od wartości wpisanej do formularza ofertowego Odwołującego, co dodatkowo potwierdza oczywistość omyłki pisarskiej.

Omyłkowo wpisany do oferty Odwołującego współczynnik przenikania ciepła przez ściany zewnętrzne o wartości  $18 \text{ W/m}^2\text{K}$  jest współczynnikiem nie występującym w praktyce, zatem rozważania Zamawiającego, że Odwołujący w sposób zamierzony wpisał do swojej oferty taką wartość współczynnika jest ogromnym nieporozumieniem.

Następną kwestią jest ustalenie przez Zamawiającego, jaką wartość współczynnika Odwołujący zamierzał zaoferować, bowiem na taką wartość Zamawiający winien poprawić w ofercie Odwołującego omyłkowo wpisaną wartość współczynnika. Zamawiający bardzo trafnie, zdaniem Odwołującego zauważył, że Odwołujący zamierzał zaoferować współczynnik o wartości  $0,18 \text{ W/m}^2\text{K}$ . To spostrzeżenie Zamawiający wyartykułował w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty słowami: *Oznaczałoby to, że Zamawiający musiałby poprawić ten współczynnik o 99% - i to tylko przy założeniu, że intencją Wykonawcy byłoby zaoferowanie współczynnika o wartości  $0,18 \text{ W/m}^2\text{K}$ .*

Zamawiający z wpisanej do oferty Odwołującego nierealnej wartości współczynnika  $18 \text{ W/m}^2\text{K}$  dobrze pierwotnie wyciągnął wniosek, że oczywista omyłka pisarska wystąpiła właśnie w taki sposób, że zamiast liczby  $0,18$  wpisano do oferty liczbę  $18$ . Jednak w dalszej części zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazując, że nie wiadomo, czy Odwołujący nie zamierzał zaoferować współczynnika  $0,25$  lub  $1,18$  lub  $2,18 \text{ W/m}^2\text{K}$  lub jakiegokolwiek innego. Opierając się na tych dywagacjach Zamawiający stwierdził, że brak jest podstawowych danych, z których wynikałby sposób poprawienia ewentualnej omyłki. Zdaniem Odwołującego o tym, że wystąpiła oczywista omyłka pisarska świadczy treść pkt 14.8 SIWZ, z którego wynika, że najlepsza punktowana wartość współczynnika  $U$  wynosi  $0,18 \text{ W/m}^2\text{K}$ . Odwołujący zamierzał uzyskać maksymalną ilość punktów za współczynnik i taką właśnie wartość zamierzał wpisać do formularza ofertowego, a wskutek wystąpienia oczywistej omyłki pisarskiej w formularzu ofertowym pojawiła się wartość  $18 \text{ W/m}^2\text{K}$ .

Natomiast rozważając wystąpienie w jego ofertach tzw. innej omyłki o której mowa w przepisie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp stwierdził, że to także w tym konkretnym przypadku nie można zgodzić się z Zamawiającym, że skoro musiałby matematycznie poprawić współczynnik o 99%, to byłaby to istotna zmiana treści oferty. Nie można w matematyczny sposób porównywać wartości oczywiście skrajnie nierzeczywistego, nie występującego w praktyce współczynnika  $U$  ( $18 \text{ W/m}^2\text{K}$ ) z wartością współczynnika, którą Odwołujący zamierzał wpisać do oferty ( $0,18 \text{ W/m}^2\text{K}$ ). Takie działanie jest nieuprawnione, krzywdzące dla Odwołującego, bowiem wartość współczynnika  $18 \text{ W/m}^2\text{K}$  jako nie występująca w praktyce nie może być w ogóle porównywana z wartością właściwą, która znalazłaby się w ofercie Odwołującego gdyby nie oczywista omyłka pisarska.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie lecz w prezentowanym na rozprawie stanowisku co do obu odwołań, stwierdził, że w całości podtrzymuje swoje

stanowisko wyrażone w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego dodał, że w tych okolicznościach sprawy na pewno nie można mówić o oczywistej omyłce pisarskiej. Podał, że Zamawiający nie był w stanie przyjąć, jaki współczynnik - nawet gdyby zakładając nierealność zaoferowanego współczynnika 18 W/m<sup>2</sup>K - chciał zaoferować Odwołujący, czy byłby to współczynnik 0,18; 1,18; 2,18 W/m<sup>2</sup>K, itd. Stwierdził, że nie ma również podstaw do przyjęcia, że mamy do czynienia z inną omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż aby stwierdzić wystąpienie takiej omyłki, muszą być spełnione dwie przesłanki, po pierwsze, stwierdzona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, tak jak to - zdaniem zamawiającego - miało miejsce w tym przypadku. Po drugie, możliwość dokonania poprawy jest warunkowana brakiem wystąpienia istotnej zmiany treści oferty. W tej sytuacji, gdyby Zamawiający poprawił tę podawaną przez odwołującego omyłkę z 18 W/m<sup>2</sup>K na 0,18 W/m<sup>2</sup>K, to taka poprawa byłaby istotna i już to samo w sobie eliminowałoby możliwość poprawy podanego w ofercie współczynnika.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy: Ekoinbud Sp. z o.o., ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1169/15 oraz Konsorcjum: Ekoinbud Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud Sp. z o.o., ul. Wielkopolska 5A, 80-180 Gdańsk, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1170/15.

Przystępujący prezentowali stanowiska zgodne ze stanowiskiem Zamawiającego, popierali jego argumentację. Dodatkowo podnieśli iż że podany współczynnik przenikalności ciepła posiada wagę 10% kryterium oceny ofert i związku z tym ma on istotny wpływ na wybór oferty danego wykonawcy. Wskazali, że ich zdaniem zaoferowany współczynnik o tej wielkości był działaniem celowym Odwołującego, gdyż umożliwiał mu manewrowanie tym współczynnikiem tak aby znając treść ofert konkurentów podać iż chciał zaoferować współczynnik, który będzie najwyższym, ale takim który biorąc po uwagę całość ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert umożliwi mu wygranie tych postępowań. Wskazywanie na etapie poprawy wielkości współczynnika zamiast 0,18 W/m<sup>2</sup>K na współczynnik np. 0,22 W/m<sup>2</sup>K, a to już umożliwiłoby mu jeszcze wygranie postępowań i zastosowanie tańszych materiałów, a tym samym poczynienia oszczędności na wykonywaniu zamówienia. Tym samym wykonawca miałby możliwość dopasowania swojej oferty do innych ofert tak, aby niewielkim kosztem uzyskać zamówienia, a to jego zdaniem jest niedopuszczalne i słusznie zamawiający zrobił nie dokonując poprawy podanego współczynnika. Nadto podnieśli, że Zamawiający słusznie postąpił odrzucając oferty Odwołującego, gdyż nie wiedział z ich treści jaki współczynnik faktycznie wykonawca chciał zaoferować.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołania są zasadne i zostają uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Nadto Izba stwierdza, że odwołania zostały wniesione od czynności Zamawiającego w postępowaniach, kiedy wartość szacunkowa jest niższa od kwot określonych przepisami wydanymi w oparciu o przepis art. 11 ust.8 ustawy Pzp. Tym samym rozpatrzeniu przez Izbę podlegają tylko zarzuty mieszczące się w dyspozycji art. 180 ust.2 Pzp, czyli w tej sytuacji tylko kwestia zasadności odrzucenia ofert Odwołującego. Nie podlegają ocenie zarzuty niezasadnego wyboru jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez Ekoinbud Sp. z o.o.

Osią sporu pomiędzy stronami w obu odwołaniach jest jeden, ten sam zarzut, dotyczący możliwości poprawy w trybie art. 87 ust.2 Pzp wartości współczynnika przenikania ciepła przez ściany zewnętrzne budynku, podanego w ofertach Odwołującego. Odwołujący wywodził iż taka możliwość istnieje, natomiast Zamawiający uznał iż jest ich brak, gdyż po pierwsze, wpisanie współczynnika U o wartości 18 W/m<sup>2</sup>K do oferty, zamiast 0,18 W/m<sup>2</sup>K było zamierzonym działaniem Odwołującego, a po drugie, taka poprawa stanowiłaby istotną zmianę treści oferty. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust.1 Pzp, gdyż uznał, że byłyby zbędne w tym stanie faktycznym sprawy.

Izba odnosząc się do powyższego stwierdza iż odwołanie jest zasadne. Za zasadnością przemawiają między innymi dwie przesłanki mające wpływ na czynność odrzucenia ofert Odwołującego: tj. kwestia braku wyjaśnienia przez Zamawiającego występujących wątpliwości co do rzeczywistego zamiaru Odwołującego wskazania wartości współczynnika „U” przenikania ciepła oraz brak poprawy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp., oraz ich wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z jednolitym orzecznictwem KIO art. 87 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy Zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (por. wyrok KIO z 5 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1443/09). Należy jednakże pamiętać o tym, że z przepisu art. 87 ust. 1 Pzp nie wynika, aby Zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwości, co do zgodności oferty z SIWZ był zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, nie określił również katalogu spraw, o których wyjaśnienie Zamawiający

winien zwracać się do wykonawcy. Zamawiający jest jednak zobowiązany do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do wykonawcy, kiedy wystąpienie niezgodności treści oferty z SIWZ jest niewątpliwe, a więc w sytuacji kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Zaniechanie przez Zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości odnoszących się do treści złożonej oferty winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania (por. wyrok KIO z 25 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2220/10, wyrok KIO z 1 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1027/12). Podkreślenia wymaga także fakt, że zastosowanie procedury, o której mowa w art. 87 ust. 1 P.z.p. jest istotne z perspektywy obowiązków Zamawiającego, szczególnie dlatego, iż to na Zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty. Dlatego też czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala Zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony do żądania wyjaśnień. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wymagającym od każdego uczestnika postępowania profesjonalizmu. Profesjonalizm którym winien się cechować Zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ten obowiązek ma zastosowanie w szczególności, kiedy Zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy. Tym samym zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno poprzedzić wezwanie wykonawcy, którego oferta może podlegać odrzuceniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Podkreślić należy także, że Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno będą one zmierzały do zmiany jej treści. Taka zmiana może wystąpić wyłącznie w sytuacji, gdy w wyniku złożonych wyjaśnień do zawartości dotychczasowej oferty dodaje się zupełnie nową treść nie występującą wcześniej. Nie można uznać za taką sytuację wezwania do złożenia wyjaśnień



zmierzającego do wyjaśnienia treści oferty mającego na celu usunięcie elementu omyłki czy nieścisłości w złożonym przez wykonawcę oświadczeniu woli .

Za wyrokiem KIO o sygn. 360/10 z dnia 6 kwietnia 2010 roku stwierdzić należy, że 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. Taką pewność z reguły Zamawiający może uzyskać tylko po przeprowadzeniu szczegółowego postępowania wyjaśniającego dotyczącego zauważonej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W tym postępowaniu Zamawiający tego obowiązku niezasadnie poniechał.

Dlatego też w zakresie podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert Odwołującego z powodu ich niezgodności z SIWZ przy równoczesnym braku wezwania do złożenia wyjaśnień co do przyczyn tej niezgodności Izba stwierdza naruszenie w tym zakresie przez Zamawiającego, przepisu art. 87 ust.1 Pzp.

W zakresie podstawowego zarzutu odwołania dotyczącego niezastosowania możliwości poprawy treści oferty Odwołującego w oparciu o możliwości wynikające z art. 87 ust.2 Izba stwierdza, że analiza stanu faktycznego sprawy wskazuje iż w sprawie nie można uznać, że Odwołujący podając błędny współczynnik przenikania ciepła „U” przez ściany zewnętrzne budynku przedszkola popełnił oczywistą omyłkę pisarską.

Zauważyć należy, że ustawa Pzp nie precyzuje co należy uznać za „*oczywistą omyłkę pisarską*” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Dlatego też użytecznym w sprawie pozostaje słownikowe wyjaśnienie, że „oczywisty” jest tożsame z „niebudzący wątpliwości”. Jeżeli więc dana omyłka będzie wymagała składania wyjaśnień lub nie będzie dostrzegalna na pierwszy rzut oka, nie będzie miała cech oczywistości i nie będzie mogła być poprawiona. W orzecznictwie sądowym za błąd pisarski uważa się niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych, a nawet opuszczenie wyrazów lub liter, gdy okoliczność ta wynika z brzmienia treści zdania. Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 23 kwietnia 2001 r., II SA 863/00, „błąd pisarski – to widoczne, wbrew zamierzeniu (...) niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. Pojęcie oczywistego błędu pisarskiego, a więc pojęcia równoważnego „oczywistej omyłce pisarskiej” rozważał NSA w wyroku z dnia 16 grudnia 1987 r., SA/Gd 679/87, ONSA 1987, nr 2, poz. 90. Zdaniem NSA „przy wykładni tego pojęcia należy przyjąć, że oczywistość polega na tym, iż okoliczność popełnienia błędu nie budzi wątpliwości przy porównaniu z innymi dokumentami, wśród których znajduje się dokument z omyłką. W szczególności chodzi tu o przeoczenie, że coś pominięto przy pisaniu, wpisano w niewłaściwej rubryce albo przeinaczono części wyrazu”.

W kwestii interpretacji pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej wielokrotnie wypowiedała

się Krajowa Izba Odwoławcza, która w wielu orzeczeniach wskazuje iż istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą, jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność.

Natomiast omyłka wskazana w tym postępowaniu pomimo zaistnienia pewnych symptomów „oczywistości”, to oczywista nie jest. Nieprawidłowość zaoferowanego współczynnika przenikania ciepła przez ściany zewnętrzne budynku może być znana tylko kręgowi specjalistów z dziedziny przepisów branży budowlanej. Należy odwołać się do pkt 1.1 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia (Dz.U.2002.75.690 ze zm.), gdzie w tabeli pod pozycją 1 załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia określona jest maksymalna wartość współczynnika U dla ścian zewnętrznych. Od 1 stycznia 2014 r. obowiązuje maksymalny współczynnik U o wartości 0,25 W/m<sup>2</sup>K. Tym samym dopiero ta wiedza pozwala stwierdzić, że zaoferowanie współczynnika przenikania ciepła przez ściany zewnętrzne na poziomie 18 W/m<sup>2</sup>K jest sprzeczne z obowiązującą normą i tym samym niedopuszczalna do stosowania w budownictwie.

Dlatego też biorąc pod uwagę powyższe ustalenia rozważania Izba stwierdza, że w sprawie zaistniały przesłanki do stwierdzenia zaistnienia możliwości poprawy omyłki w trybie określonym w przepisie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Za wyrokiem z dnia z dnia 22 października 2013 r. o sygn. KIO 2383/13 podkreślić należy, że intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają jej w znaczącym stopniu niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Co do stopnia istotności zmian decyzję podejmuje Zamawiający. Granicą zmian będzie interpretacja wyrazu „istotny”. Należy również podkreślić, że omyłka w tym przypadku nie musi mieć cech oczywistości. Podkreślenia wymaga także fakt, że użyty przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zwrot „*zamawiający poprawia*” nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody w tym zakresie Zamawiającego. Nie stanowi to jednak naruszenia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z obowiązkiem poprawy omyłek skorelowany jest wymóg z art. 87 ust.1 Pzp, tj. potrzeby zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, które będą pomocne w ustaleniu zakresu poprawienia omyłek, sposobu i zakresu dokonania ich poprawy, czy wreszcie – w celu przerzucenia na wykonawcę ciężaru związanego z dokonaniem takiej poprawy. Istotność omyłki winna być przez Zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki

przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniłaby oczekiwania Zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta – można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się rozbieżna z oczekiwaniami Zamawiającego, trudno mówić o jej nieistotności.

Podkreślenia wymaga to, że obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, tj. takich, które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki:

- polegają na niezgodności oferty z SIWZ,
- nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Spełnieniem warunku pierwszego, tj. niezgodności oferty z SIWZ przy literalnej wykładni przepisu, będzie niezgodność zarówno co do treści, jak i co do formy. Jednocześnie niezgodność co do formy nie wywołuje żadnych, a nie tylko istotnych zmian w treści oferty. Ich poprawianie nie może więc być istotą tego przepisu. W związku z tym poprawieniu winny ulegać wyłącznie omyłki w treści oferty polegające na niezgodności z SIWZ w zakresie merytorycznym tj. związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori*, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego odwołania stwierdzić należy iż poza sporem jest stwierdzenie, że podanie przez Odwołującego w ofertach współczynnika przenikania ciepła przez ściany zewnętrzne na poziomie 18 W/m<sup>2</sup>K zamiast 0,18 W/m<sup>2</sup>K powodowało niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zdaniem Izby za niezasadne i nieudowodnione są twierdzenia Zamawiającego i Przystępujących, że Odwołujący przedmiotowy parametr podał w sposób celowy i zamierzony, po to aby mógł w trakcie procedury wyjaśniania tej niezgodności manewrować tym parametrem, celem uzyskania zamówienia przy najmniejszym rozmiarze, ponoszonych na jego realizację kosztów. Zdaniem Izby przyjęć należy, że każdy racjonalny wykonawca składa ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia po to, aby móc go uzyskać, a nie po to, aby oferta podlegała odrzuceniu.

Stwierdzić należy, że nielogicznym jest założenie przyjęte przez Zamawiającego iż odwołujący ww. parametr na poziomie 18 W/m<sup>2</sup>K podał w sposób celowy. Zamawiający w SIWZ postanowił iż podanie współczynnika „U” na poziomie równym 0,18 W/m<sup>2</sup>K spowoduje przyznanie maksymalnej ilości 10 pkt. Ponadto ustalił, że podanie niższego współczynnika nie spowoduje wzrostu ilości przydzielonych punktów w tym kryterium oceny, a zaoferowanie współczynnika powyżej 0,25 W/m<sup>2</sup>K spowoduje odrzucenie oferty. Tym samym wykonawcy mieli wskazany zakres w którym winien mieścić się oferowany w ofercie współczynnik

przenikania ciepła tj. pomiędzy 0,18 a 0,25 W/m<sup>2</sup>K. Dlatego nie znajduje logicznego uzasadnienia twierdzenie, że któryś z wykonawców mógłby celowo zaoferować powyższy współczynnik nie mieszczący się w podanym zakresie. Tak samo niezasadne jest przyjęcie iż zaoferowano współczynnik o wartości 18 W/m<sup>2</sup>K dla budynku, gdyż jak stwierdził Odwołujący, przy braku sprzeciwu Zamawiającego, że np. tunel foliowy ma współczynnik przenikania ciepła na poziomie 8 W/m<sup>2</sup>K. Zamawiający nie potrafił wytłumaczyć jak miałyby konstrukcyjnie wyglądać budynek o współczynniku „U” równym 18 W/m<sup>2</sup>K.

Zauważenia wymaga także fakt, że przy pomocy cyfr 1 i 8 w zbiorze liczb pomiędzy 0,18, a 0,25, będącym zakresem wartości dla wskazania współczynnika „U”, tak aby oferta nie podlegała odrzuceniu, możliwe jest utworzenie tylko liczby 0,18. Dlatego też logicznym wydaje się wywiedzenie wniosku w tej sytuacji iż Odwołujący chciał w swoich ofertach zaoferować współczynnik 0,18, a nie jak sugeruje Zamawiający np. 1,18; 2,18, itd. Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji.

Niezasadnym jest także stanowisko Zamawiającego o istotnej zmianie oferty, gdyby nastąpiła poprawa przedmiotowego współczynnika. Otóż każdorazowo zastosowanie regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi zmianę treści oferty – wynika to wprost z brzmienia przepisu. Ta zmiana oferty jest wręcz istotą tego przepisu. Nie podlega zatem dyskusji, że poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy każdorazowo ingeruje w jej treść. Istotne jest jednak, by ta poprawa nie stanowiła istotnej zmiany treści oferty. Tutaj finalnie zmiany tej oferty nie ma, zmienia się tylko jeden z parametrów oceny, natomiast to co jest istotne tj wartość materiałów które mają być użyte do wykonania budynku żadnej zmianie nie ulega.

Powtórzyć należy, za stwierdzeniem podanym na wstępie, że w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy to na Zamawiającym (zgodnie z art. 190 ust.1 Pzp i 6 kc poprzez art. 14 Pzp, dotyczącym rozkładu ciężaru dowodu), jako wywodzącym z tego faktu określone skutki prawne ciąży obowiązek udowodnienia ich zaistnienia /por. wyrok SO w Olsztynie V Ga 122/10/. Zamawiający żadnego dowodu, jakoby zaoferowanie przez Odwołującego współczynnika „U” na poziomie 18 W/m<sup>2</sup>K było jego działaniem celowym, nie wykazał. Obarczenie strony postępowania, obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, koresponduje ze skutkiem obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie w przypadku postępowania sądowego- wyrok SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Wobec powyższego zarzut ten podlegał uwzględnieniu przez Izbę.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i ust.2 pkt a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący** .....