

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2017 roku przez wykonawcę **D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Firma Remontowo-Budowlana DAW-BUD” z siedzibą w Kamienicy Polskiej**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Myszków z siedzibą w Myszkowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD z siedzibą w Częstochowie (lider konsorcjum), (2) Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie (partner konsorcjum)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Firma Remontowo-Budowlana DAW-BUD” z siedzibą w Kamienicy Polskiej** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Firma Remontowo-Budowlana DAW-BUD” z siedzibą w Kamienicy Polskiej** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od Odwołującego **D.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Firma Remontowo-Budowlana DAW-BUD” z siedzibą w Kamienicy Polskiej** na rzecz Zamawiającego **Gminy Myszków** kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 21 sierpnia 2017 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j: Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył Daniel Wywiał prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: „Firma Remontowo-Budowlana DAW-BUD” z siedzibą w Kamienicy Polskiej, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego p.n.: „Termomodernizacja, wymiana oświetlenia w Budynekach Użyteczności Publicznej - Budynek Szkoły Podstawowej Nr 4 w Myszkowie przy ul. Jedwabnej 93” prowadzi Zamawiający: Gmina Myszków z siedzibą w Myszkowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 515159-N-2017 z dnia 23 maja 2017 r.

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.Ś. z siedzibą w Częstochowie (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie (partner konsorcjum), zwane dalej „Konsorcjum”,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum,
3. zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

o czym Odwołujący dowiedział się dnia 16 sierpnia 2017 r. na podstawie zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP poprzez nieuprawnione dokonanie w dniu 3 sierpnia 2017 r. poprawy oferty Konsorcjum, mimo iż poprawione pozycje nie są omyłkami, które Zamawiający mógł poprawić w tym trybie, co w efekcie doprowadziło do uznania przez Zamawiającego oferty Konsorcjum jako złożonej zgodnie z SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum,

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum z uwagi na niezgodność oferty tego wykonawcy z SIWZ,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania przed Izbą, obejmujących w uiszczony wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego według rachunku przedłożonego na rozprawie;
4. dopuszczenie przez Izbę na rozprawie dowodów z dokumentów - wyciągów z Katalogu Nakładów Rzeczowych o nr KNR 2-31, KNR 2-01 i KNR 4-01, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP, albowiem skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego — poprzez brak odrzucenia ofert Konsorcjum i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej — możliwości realizacji zamówienia w sytuacji, gdy to Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w tym postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 21 sierpnia 2017 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 PZP. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

W uzasadnieniu podniesiono, że w dniu 23 maja 2017 roku Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane. W postępowaniu przetargowym ofertę złożył m.in. Odwołujący oraz Konsorcjum Częstobud. Zamawiający w dniu 17 lipca 2017 r. wezwał Konsorcjum do wyrażenia zgody na wykonane przez Zamawiającego poprawki omyłek oraz do złożenia przez Konsorcjum merytorycznych wyjaśnień, które będą uzasadniały celowość wprowadzonych zmian. W odpowiedzi to pismo Konsorcjum (w piśmie z dnia 20 lipca 2017 r.) wyraziło zgodę na poprawienie omyłek oraz przesłało żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia. W dniu 3 sierpnia 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 PZP dokonał poprawienia innych omyłek w ofercie polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ, zdaniem Zamawiającego niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, polegających min. na: poprawieniu w 16 pozycjach opisu przedmiotu zamówienia w kosztorysie ofertowym Konsorcjum, na opis zgodny z przedmiarem robót przedstawionym przez Zamawiającego. Pismem z dnia 4 sierpnia 2017 r. Konsorcjum wyraziło zgodę na dokonanie tych poprawek. Następnie pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum oraz o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "Pol-Rem" sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy PZP.

Naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp

Zgodnie z SIWZ kosztorys ofertowy należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej. Kalkulacja uproszczona polegała na obliczeniu ceny kosztorysowej, jako sumy iloczynów odpowiednio ustalonych ilości jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT), który winien być dodawany w całości na końcu kalkulacji kosztorysowej wg formuły określonej w SIWZ (str 22).

Dalej w celu dochowania porównywalności ofert, kosztorys ofertowy winien zawierać wszystkie pozycje przedmiarowe z podstawami wyceny, wielkościami przedmiarowymi i ich jednostkami oraz cenami jednostkowymi. Czego Konsorcjum zdaniem Odwołującego nie przedstawiło. Ceny jednostkowe przy pozycjach w kosztorysie ofertowym z uwagi na ich niezmiennosc w czasie obowiązywania umowy o roboty budowlane winny uwzględniać wymagania SIWZ w odniesieniu do poszczególnych pozycji przedmiarowych.

Wskazać należy, iż Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach, w pkt 30 poz. 291 w sposób całkowicie błędny stwierdza, że „(...)zastosowanie innej numeracji w opisie podstawy wyceny nie wpływa na koszt jednostkowy robót, zakres robót oraz całkowitą kwotę ofert”, i że w tym zakresie powinien mieć zastosowanie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez poprawienie innej omyłki. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Konsorcjum, jakoby złożona przez nich oferta (w zakresie dostrzeżonych niezgodności z treścią SIWZ) miała charakter omyłki oraz, że poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ponadto nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia, iż Konsorcjum składając ofertę określonej treści, miało de facto zamiar zrealizować przedmiot zamówienia w zakresie przewidzianym OPISEM przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z opisu pozycji zawartych w przedmiarze robót, na przykładzie poz. 381 (jak również innych pozycji) Zamawiający wymagał od oferentów wykonania podbudowy z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 25 cm w ilości 1435,03 m². Podstawą wyceny był KNR — 2-31 0114, kolumna 05 oraz KNR 2-31 0114, kolumna 06. Jak wynika ze wskazanych w tej pozycji KNR, dotyczyły one podbudowy z kruszyw naturalnych lub łamanych i dla wyliczenia wartości kosztu wykonania tej pozycji konieczne było zastosowanie opisanych w kolumnie C czynników cenotwórczych (tzw RMS — robocizna, materiały, sprzęt). Każdy z tych czynników wyraża się jakąś wartością liczoną w PLN, którą trzeba pomnożyć w oparciu o stawki podane — w opisywanym przypadku — w kolumnie nr 5 i 6 KNR — zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Ze wskazanej kolumny nr 5 i 6 wynika, iż jeśli Zamawiający w przedmiarze robót odniósłby się w podstawie wyceny jedynie do KNR 2-31 0114-05, to oznaczałoby, że wymagana przez niego grubość warstwy po zagęszczeniu w CM ma wynosić 15 cm. Jeśli jednak Zamawiający w przedmiarze robót odniósł się również do KNR 2-31 0114-06, świadczyło to o tym, iż podbudowa wymagana przez Zamawiającego w tym postępowaniu musiała być grubsza niż

15 cm, ponieważ w kolumnie 06 wskazana jest podstawa do wyliczania ceny danej pozycji, jeśli Zamawiający wymaga by wynosiła ona więcej niż 15 cm — obowiązujący mnożnik za każdy dalszy 1 cm.

Mając na uwadze powyższe, nie można uznać za zasadne twierdzeń Konsorcjum iż wskazany przez Konsorcjum w pozycjach kosztorysowych nr 359, 360, 373, 374, 375, 379, 380, 381, 387, 388, 407, 418, 429, 440, 468, 478 opis pozycji świadczył o tym, iż Konsorcjum zamierzało wykonać zamówienie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w przedmiarach robót — kolumna 3.

W odniesieniu do twierdzeń Konsorcjum przedstawionych w pozycji 291 pisma z dnia 20 lipca 2017 r. wskazać należy, iż twierdzenie Konsorcjum, że „nie jest intencją wykonawców składanie ofert niezgodnych z wymogami SIWZ, i że fakt złożenia oferty, nakład pracy oraz zaangażowanie są okolicznościami wskazującymi na to, że każdy z wykonawców ma zamiar złożyć ofertę ważną i zgodną z postanowieniami SIWZ”, w związku z czym zaistnienie nieistotnych (w przekonaniu Konsorcjum) rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty należy korygować zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 19 kwietnia 2017 r. (sygn. akt. KIO 604/17, lex nr 2284256), zgodnie z którym *„Proces wyjaśnień oparty o art. 90 ust. 1 Pzp stanowi przykład oświadczeń wiedzy składanych przez wykonawcę w oparciu o konkretne sformalizowane zapytanie podmiotu zamawiającego. Nawet jeżeli wykonawca, starając się w sposób maksymalnie wiarygodny i przekonujący uzasadnić zaoferowaną w postępowaniu cenę, posunie się do prób modyfikacji złożonego pierwotnie w treści oferty oświadczenia woli, to rolą podmiotu zamawiającego jest jedynie ocena złożonych wyjaśnień w kontekście przedstawionych dowodów; realiów rynkowych oraz w odniesieniu do pierwotnie zaoferowanego świadczenia - jednakże tylko w kontekście wiarygodności zaoferowanej w ofercie ceny. Przyjęcie takiego oświadczenia, modyfikującego treść oświadczenia złożonego pierwotnie w ofercie, byłoby nie tylko sprzeczne z mechanizmem wyjaśniania nakierowanym na uzasadnienie ceny ofertowej, ale kłóciłoby się z regulacjami odnoszącymi się do treści oferty (art. 82 ust. 3 Pzp) i jej znaczenia (art. 140 ust. 1 Pzp) oraz możliwości jej modyfikacji (art. 87 ust. 1-2 Pzp)”*.

Zauważyć należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ aktualizuje się w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiada wymogom zamawiającego w aspekcie przedmiotu zamówienia. Określenie zakresu przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od oczekiwań zamawiającego, skalkulowanie ceny z pominięciem wytycznych zamawiającego, może być, jak wskazuje się w orzecznictwie, podstawą stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ. Podjęcie decyzji

o odrzuceniu oferty danego wykonawcy jest możliwe po uprzednim ustaleniu, że stwierdzone w przedmiotowej ofercie omyłki nie należą do kategorii określonych w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt. KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17, lex nr 2261048) „*Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się zaś do merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni podmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości Zgodnie z wymogami zamawiającego*”.

Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

O poprawieniu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP można mówić jedynie wtedy, gdy zamawiający posiada wszelkie dane niezbędne do samodzielnego jej poprawienia, co w sprawie nie miało miejsca. Jednocześnie poprawienie w ofercie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie może powodować wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (tak wyrok z 9 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2457/14; wyrok KIO z 30 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1127/10; wyrok KIO z 8 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2813/12).

Podstawowym warunkiem niezbędnym do wykonania takich czynności jest brak ingerencji zamawiającego w treść oferty i dokonanie poprawy i uzupełnienia kosztorysu tylko i wyłącznie na podstawie danych zawartych w ofercie. Dopiero tak poprawiony kosztorys z przeliczeniem i zmianą ceny oferty może być ofertą porównywalną z innymi ofertami. Zamawiający nie może dowolnie poprawiać kosztorysu. Zamawiającego obowiązują takie same zasady wykonywania, poprawiania i uzupełniania kosztorysu jak sporządzającego kosztorys ofertowy Wykonawcę.

W przypadku braku niezbędnych informacji zawartych w kosztorysie ofertowym umożliwiającym poprawę kosztorysu lub nawet dopisanie pozycji kosztorysowej oferta musi podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP, ponieważ poprawa kosztorysu lub dopisanie pozycji na podstawie danych innych, niż zawarte w ofercie, będzie niedopuszczalną ingerencją w treść oferty po jej złożeniu. Stanowi to brak przesłanek do porównywalności ofert.

Odwołujący wskazał nieprawidłowości popełnione przez Zamawiającego w zakresie pozycji, które poprawił w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP.

Pozycja 359 Kosztorysu ofertowego

Przedmiotowa pozycja 359 o podstawie wyceny KNR 2-31 0802-07 oraz 0802-08 i opisie w przedmiarach robót: „Mechaniczne rozebranie podbudowy z kruszywa kamiennego

o grubości 35cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0802-07 „Rozebranie mechaniczne podbudowy z kruszywa kamiennego o grubości 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0802-08 „Rozebranie mechaniczne podbudowy z kruszywa kamiennego o grubości 15cm - za każdy dalszy 1 cm” z krotnością 20.

Konsorcjum w kosztorysie ofertowym wyceniło w/w pozycję bez uwzględnienia (wpisania do kosztorysu) pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0802-08 z krotnością 20.

W takim przypadku Zamawiający ma możliwość poprawy w/w pozycji kosztorysowej poprzez dopisanie brakującego KNRu z przeliczeniem całego kosztorysu przy bezwzględnej konieczności zachowania zasady skorzystania z informacji zawartych w ofercie. W tym konkretnym przypadku nie jest to jednak możliwe, ponieważ Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych pracy spycharki gąsienicowej i zrywarki przyczepnej. Te składniki cen jednostkowych są niezbędne w celu odtworzenia brakującej części pozycji kosztorysowej i wynikają z nakładów rzeczowych KNR 2-31 0802-08.

Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji 359 kosztorysu ofertowego dodatek polegający na pogrubieniu o 20 cm zrywanej warstwy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że jest wyceniona 15 cm warstwa przewidziana do zerwania (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 360 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 360 o podstawie wyceny KNR 4-01 108-09 oraz 0108-10 i opisie „Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami skrzyniowymi na odległość 15km” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 4-01 108-09 „Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami skrzyniowymi na odległość do 1 km” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 4-01108-10 „Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami skrzyniowymi - na każdy następny 1 km ponad 1km” z krotnością 14.

Konsorcjum w kosztorysie ofertowym wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 4-01 108-10. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych pracy samochodu skrzyniowego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji 360 kosztorysu ofertowego dodatek polegający wywiezienie gruzu sprzymowanego na odległość 14 km jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że jest wyceniony wywóz gruzu na odległość do 1 km (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 373 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 373 o podstawie wyceny KNR 2-31 0101-01 oraz 0101-02 i opisie „Mechaniczne wykonanie koryta na całej szerokości jezdni i chodników w gruncie kat. I-IV głębokości 26cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji

kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0101-01 „Koryta o głębokości 20 cm wykonywane mechanicznie na całej szerokości jezdni i chodników w gruncie kategorii I-IV” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0101-02 „Koryta o głębokości 20 cm wykonywane mechanicznie na całej szerokości jezdni i chodników w gruncie kategorii I-IV - za każde dalsze 5 cm” z krotnością 1,2.

Konsorcjum w kosztorysie ofertowym wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0101-02. Konsorcjum nie załączyło ceny jednostkowej spycharki gąsienicowej. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji 373 kosztorysu ofertowego dodatek polegający na pogrubieniu o 6 cm korytowania jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że jest wycenione koryto o głębokości 20 cm (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 374 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 374 o podstawie wyceny KNR 2-31 0111-01 oraz 0111-02 i opisie „Podbudowa z gruntu stabilizowanego cementem wykonana sprzętem rolniczym — grubość podbudowy po zagęszczeniu 30cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0111-01 „Podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem o grubości po zagęszczeniu 12cm wykonywane sprzętem mechanicznym rolniczym” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0111-02 „Podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem wykonywane sprzętem mechanicznym rolniczym - za każdy dalszy 1 cm” z krotnością 18.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia (pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0111-02. Konsorcjum nie załączyło ceny jednostkowej wody, ciągnika gąsienicowego, walca statycznego i brony talerzowej. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to czy, zawarło w pozycji 374 kosztorysu ofertowego dodatek polegający na pogrubieniu o 18 cm gruntu stabilizowanego cementem jest niezgodne z prawem.

Pozycja 379 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 379 o podstawie wyceny KNR 2-31 0101-01 oraz 0101-02 i opisie „Mechaniczne wykonanie koryta na całej szerokości jezdni i chodników w gruncie kat. I-IV głębokości 66cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0101-01 „Koryta o głębokości 20 cm wykonywane mechanicznie na całej szerokości jezdni i chodników w gruncie kategorii I-IV” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0101-02 „Koryta o głębokości 20 cm wykonywane mechanicznie na całej szerokości jezdni i chodników w gruncie kategorii I-IV - za każde dalsze 5 cm” z krotnością 9,2.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0101-02. Konsorcjum nie załączyło ceny jednostkowej spycharki

gąsienicowej. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji 379 dodatek polegający na pogrubieniu o 46 cm korytowania jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że jest wycenione koryto o głębokości tylko 20 cm (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 380 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 380 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 30cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 15.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0114-06. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji 380 dodatek polegający na pogrubieniu o 15 cm podbudowy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że wyceniono jedynie 15 cm podbudowę (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 381 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 381 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 25cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 10.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0114-06. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji 381 dodatek polegający na pogrubieniu o 10 cm podbudowy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że jest wyceniona 15 cm podbudowa (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 387 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 381 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 5.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0114-06. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji dodatek polegający na pogrubieniu o 5 cm podbudowy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że wyceniono 15 cm podbudowę (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 388 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 388 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 5.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0114-06. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Te składniki cen jednostkowych są niezbędne w celu odtworzenia brakującej części pozycji kosztorysowej i wynikają z nakładów rzeczowych KNR 2- 31 0114-06.

Pozycja 407 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 407 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 5.

Konsorcjum w kosztorysie ofertowym wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0114-06 z krotnością 5. Konsorcjum nie załączyło cen

jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum Częstobud o to, czy zawarło w pozycji dodatek polegający na pogrubieniu o 5 cm podbudowy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że wyceniono 15 cm podbudowę (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 418 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 418 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 5.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0114-06 z krotnością 5. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji dodatek polegający na pogrubieniu o 5 cm podbudowy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że wyceniono 15 cm podbudowę (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 429 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 429 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 5.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-31 0114-06 z krotnością 5. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum Częstobud o to, czy zawarło w pozycji 429 dodatek polegający na pogrubieniu o 5 cm podbudowy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że wyceniono 15 cm podbudowę (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 440 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 440 o podstawie wyceny KNR 2-31 0114-05 oraz 0114-06 i opisie „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 20cm” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-31 0114-05 „Podbudowa z kruszywa łamanego — warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-31 0114-06 „Podbudowa z kruszywa łamanego - warstwa dolna o grubości po zagęszczeniu 15cm — za każdy dalszy 1cm” z krotnością 5.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia (pozycji uzupełniającej z krotnością 5. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych kruszywa łamanego oraz cen jednostkowych pracy równiarki samojezdnej i walca statycznego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji 440 dodatek polegający na pogrubieniu o 5 cm podbudowy jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że wyceniono 15 cm podbudowę (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 468 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 468 o podstawie wyceny KNR 4-01 108-09 oraz 0108-10 i opisie „Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami skrzyniowymi na odległość do 25km” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 4-01 108-09 „Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami skrzyniowymi na odległość do 1km” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 4-01 108-10 „Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami skrzyniowymi - na każdy następny 1km ponad 1km” z krotnością 24.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 4-01 108-10 z krotnością 24. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych pracy samochodu skrzyniowego. Zapytanie Zamawiającego do Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji dodatek polegający wywiezienie gruzu sprzymowanego na odległość 24 km jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że jest wyceniony wywóz gruzu na odległość jedynie do 1 km (opis pozycji jest tu wiodący).

Pozycja 478 Kosztorysu ofertowego

Pozycja 478 o podstawie wyceny KNR 2-01 0110-01 oraz 0110-04 i opisie „Wywiezienie dłuźyc na odległość 6km” wskazuje na konieczność wyceny pracy składającej się z pozycji kosztorysowej podstawowej KNR 2-01 0110-01 „Transport dłuźyc na odległość do 2km” oraz uzupełniającej pozycji kosztorysowej KNR 2-01 0110-04 „Dopłata za każde 0,5km ponad 2km transportu dłuźyc” z krotnością 8.

Konsorcjum w kosztorysie wyceniło pozycję bez uwzględnienia pozycji uzupełniającej KNR 2-01 0110-04 z krotnością 8. Konsorcjum nie załączyło cen jednostkowych ciągnika kołowego oraz przyczepy dłuźycowej. Zapytanie Zamawiającego do

Konsorcjum o to, czy zawarło w pozycji dodatek polegający wywiezieniu dłużyc na odległość 6 km jest niezgodne z prawem, ponieważ z treści oferty wynika bezpośrednio, że jest wyceniony wywóz gruzu na odległość do 2 km (opis pozycji jest tu wiodący).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Jednocześnie poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów Zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Podkreśla się również, że akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie. Dostrzec również należy, że w orzecznictwie zwraca się uwagę, iż poprawienie oferty nie może prowadzić do jej skonstruowania w wyniku negocjacji z zamawiającym. KIO w wyroku z dnia 14 grudnia 2016 r. (KIO 2245/16, lex nr 2174077) wskazała: *„Należy przy tym jednakże podkreślić, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie p.z.p., tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą prowadzić do zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów”*.

Wykonawca potwierdzając, że wykona większą pracę za mniejsze wynagrodzenie jest narażony na mniejszy zysk lub stratę lub ewentualne szukanie oszczędności w gorszej jakości wykonania tej pracy.

Skoro każdy z wykonawców przedłożył kosztorys ofertowy, gdzie odrębnie i odmiennie określono nie tylko podstawy wyceny robót, ale również opisy robót, które miały zostać wykonane to oznacza to, że nie tylko zaoferowano dwa różne rodzaje robót, ale przede wszystkim, iż oferta Konsorcjum jest niezgodna z SIWZ i jako niepodlegająca uzupełnieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 PZP podlegała odrzuceniu.

Ponadto mając zaś na uwadze zawodowy charakter wykonywanej działalności należy przyjąć, że każdy z uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdaje sobie sprawę, jakiej treści oświadczenia składa i jakie wywołują konsekwencje w toczących się postępowaniach. Konsorcjum jest profesjonalistą, odpowiedzialnym za treść oferty i nie może tego obowiązku ani odpowiedzialności przerzucać na Zamawiającego.

Konkludując, Odwołujący wyraził zdanie, że brak podstaw do uznania, że w sprawie mamy do czynienia z omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP. W tym przypadku nie jest możliwe poprawienie kosztorysu ofertowego Konsorcjum przez Zamawiającego w trybie

art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP. Oferta powinna więc podlegać bezwzględnie odrzuceniu, jako oferta niezgodna z SIWZ.

Na poparcie tez zaprezentowanych w odwołaniu Odwołujący wskazał orzecznictwo KIO, które jego zdaniem w sposób jednoznaczny potwierdza zaprezentowane przez niego stanowisko: wyrok KIO z dnia 7 lutego 2017 r. (sygn. akt. KIO 191/17, lex nr 2241455); wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2017 r. (sygn. akt. KIO 4/17, lex nr: 2196102); wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 22/17, lex nr 2209146).

W związku z Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i uznanie jej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego, który złożył ofertę drugą w rankingu, możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: (1) D.Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.Ś. z siedzibą w Częstochowie (lider konsorcjum), (2) Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL

Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie (partner konsorcjum), dalej jako „Przystępujący”. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której twierdził, że prawidłowo ocenił oferty i nie naruszył przepisów wskazywanych przez Odwołującego, dlatego też wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przytoczył zapisy SIWZ istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, czy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinien być w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowany, to jest czy Zamawiający prawidłowo dokonał poprawienia w ofercie Przystępującego „innych omyłek” i nie odrzucił tej oferty jako niezgodnej w treści z treścią SIWZ.

W ramach rozważań natury ogólnej, skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ustawa Pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 Pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 Pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 Pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod

rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 Pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SIWZ (tak wyrok Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. *W realiach konkretnej sprawy, 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 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. 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. pkt 2 Pzp. {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2743/11) oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. (sygn. akt 1514/11)}.*

Poza sporem między Stronami postępowania była okoliczność, że w ofercie Przystępującego zaistniały niezgodności z treścią SIWZ polegające na pominięciu w pozycjach kosztorysu ofertowego wymienionych w odwołaniu podstaw wyceny ujętych w przedmiarach robót załączonych przez Zamawiającego i błędnych opisach robót do wykonania w ramach inwestycji.

Pozostaje zatem ocena, czy i w jaki sposób Zamawiający mógł i powinien był dokonać skorygowania stwierdzonych niezgodności.

Na wstępie należy zauważyć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 Pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy Pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: *W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich 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.*

W orzecznictwie Izby podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) {vide wyrok Izby z 23 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 522/11)}. Jednocześnie czynność poprawiania oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy

uznać należy za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka” oznacza *spostreżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp.* {*Słownik języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępny na stronie <http://sjpd.pwn.pl>*}. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią SIWZ. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Izba zważyła, że – jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego – należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba uważa, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie wskazywał żadnych okoliczności, które świadczyłyby o omyłkowym charakterze niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, poprzestając na ich stwierdzeniu i przyjęciu nieuzasadnionych okolicznościami założenia, że mają one charakter nieusuwalny.

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby

miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższe uwarunkowania zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09): *W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.*

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp może być konieczne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać

z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.

W przedmiotowej sprawie w rozdziale 12 SIWZ Zamawiający ustalił, że wyliczenie ceny oferty nastąpić ma na podstawie dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, a więc: dokumentacji projektowej (w tym przedmiarów robót), specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz decyzji i zgłoszeń dotyczących formalnej strony zadania inwestycyjnego. Zamawiający określił także, że sposób wyliczenia ceny oferty dokonany ma zostać metodą kalkulacji uproszczonej i nie wymagał składania do oferty kosztorysów szczegółowych z rozbiem na poszczególne składniki cenotwórcze. Oznacza to zatem, że przedmiary robót i znajdujący się w nich opis poszczególnych pozycji kosztorysowych przy użyciu katalogów nakładów rzeczowych pomocniczo jedynie określał przedmiot zamówienia do jego prawidłowej wyceny. Cały zaś przedmiot zamówienia i zakres prac do wykonania znajdował się w dokumentacji projektowej szeroko rozumianej w tym postępowaniu. Z uwagi także na przyjęty na zadaniu sposób jego rozliczenia, istotne znaczenie dla Zamawiającego miały ceny jednostkowe za poszczególne pozycje, ponieważ miały być one niezmiennie i na ich podstawie odbyć miało się ostateczne rozliczenie.

Przyjmując, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze, z zamiarem wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, ten ostatni w ocenie Izby prawidłowo zweryfikował poprawność otrzymanych ofert i dokonał poprawek w ich treści. Większość dokonanych poprawek w ofercie Przystępującego, w tym wszystkie wymienione w odwołaniu, dotyczą de facto opisu pozycji kosztorysu ofertowego, w którym pominięto część podstaw wyceny i błędnie cyfrowo opisano prace do wykonania. Co istotne pozycje kosztorysowe dotyczyły jednego działu – zagospodarowanie terenu – co stanowi roboty towarzyszące dla prac głównych termomodernizacji budynków i dotyczyły tylko kilkunastu pozycji tego kosztorysu, co daje niewielki procentowy udział w stosunku do całego przedsięwzięcia. Skalę problemu dobrze odzwierciedla sporządzone przez Zamawiającego zestawienie poprawionych omyłek dla wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych dowodów, z których wynikałoby, że prace w poprawionych pozycjach zostaną wykonane niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Co ciekawe, wartość prac w poprawianych pozycjach nie odbiega od wyceny prac w ofercie Odwołującego (co choć pośrednio mogłoby stanowić dowód, że część robót do wykonania nie została w ofercie Przystępującego wyceniona, jak twierdził Odwołujący), a nawet w niektórych pozycjach cena prac jest wyższa niż w ofercie Odwołującego. Różnica cenowa między ofertą Odwołującego a Przystępującego jest niewielka. Nie można zatem tylko na

podstawie braku części opisu pozycji w kosztorysie wnioskować, że dany wykonawca nie wycenił pewnych elementów zamówienia do wykonania i złożył ofertę na inny przedmiot zamówienia niż oczekiwał tego Zamawiający. Składany i wymagany w postępowaniu kosztorys „uproszczony” jest wiedzą na temat cen jednostkowych, nie zaś sposobu wyceny w każdej pozycji.

W ocenie Izby poprawianie błędów w ofertach polegających na nieprawidłowym opisie pozycji kosztorysowych jest jednym z najczęściej występujących zjawisk przy ocenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w przypadku robót budowlanych. Możliwość poprawy determinuje skala zmian, ich zakres i wartość. Jak już wspomniano w niniejszym uzasadnieniu orzeczenia, skala zmian, zakres i wartość dokonanych poprawek w kosztorysie ofertowym Przystępującego były nieistotne z punktu widzenia całości prac do wykonania. Dlatego też Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces weryfikacji ofert, wystąpił do wykonawców o stosowane wyjaśnienia, a poddawszy analizie treść tych wyjaśnień, słusznie zastosował regulację art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Resumując, w ocenie składu orzekającego Izby z całokształtu złożonej przez Przystępującego oferty wynikała wola zaoferowania realizacji całości zamówienia w określony dokumentacją projektową sposób, a zatem nie było przeszkód do poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe nie miały znaczenia dla sprawy złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody w postaci wyciągów z Katalogów nakładów rzeczowych. Pomijając marginalność znaczenia tego dokumentu dla wyceny prac w tym postępowaniu, nie został w żaden sposób podważony przez Odwołującego sposób sporządzenia oferty Przystępującego.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego.

Przewodniczący: