Sygn. akt: KIO 354/13

WYROK
z dnia 26 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Honorata Łopianowska**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "IMB-Podbeskidzie" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skoczowie, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie

przy udziale wykonawcy FIRESTA Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "IMB-Podbeskidzie" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skoczowie, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "IMB-Podbeskidzie" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skoczowie,

Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "IMB-Podbeskidzie" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Skoczowie, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

Skład orzekający:

KIO 354/13

U Z A S A D N I E N I E

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego na „*Rozbudowę drogi krajowej nr 87 Nowy Sącz - Piwniczna - Granica Państwa od km 25+055,92 do km 27+808,37 (po istniejącym śladzie drogi wojewódzkiej nr 971) prowadzącej do projektowanego mostu granicznego na rzece Poprad - w ramach inwestycji pn. Udział w budowie mostu w Piwnicznej na rzece Poprad na drodze krajowej nr 87 wraz z dojazdami. Odc. I i II*" z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 listopada 2012 r. pod nr 2012/S 226-371791.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę FIRESTA Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie.

II. Odwołujący złożył odwołanie wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę FIRESTA - Fišer rekonstrukce, stavby a.s., jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, mimo wystąpienia przesłanek odrzucenia w/w oferty; a także zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę FIRESTA, mimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
2) art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy, poprzez niedopuszczalne prowadzenie z Wykonawcą FIRESTA negocjacji dotyczących treści złożonej przez tego Wykonawcę oferty oraz dokonanie niedopuszczalnych zmian w jej treści, na skutek bezpodstawnego przyjęcia, iż ujawnione w ofercie braki podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp jako inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ niepowodujące istotnych zmian w jej treści;
3) art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty, niebędącej ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert;

4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nierówne traktowanie Wykonawców.

Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) powtórzenia czynności oceny złożonych ofert;
3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę FIRESTA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ewentualnie poprawienia w ofercie złożonej przez Wykonawcę FIRESTA innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) i 3) ustawy w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami;
4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

1) Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 87 ust. 1 zd. 2, art. 87 ust. 2 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy. Pismem z dnia 25 stycznia 2013 r. (GDDKIA O/KR R- 2bk/284/73or8/2012) Zamawiający poinformował Wykonawcę FIRESTA o poprawieniu w złożonej ofercie na podstawie art. 87 ust, 2 pkt 3) ustawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Poprawione omyłki dotyczyły:

- Kosztorysu ofertowego nr 17 - Branża konserwatorska, w zakresie poz. 1.9 - „Koszty transportu i sprzętu do prac przy przenoszeniu obiektu", gdzie Wykonawca FIRESTA pominął wycenę pozycji kosztorysowej. W ramach poprawienia omyłki Zamawiający w poz. „Cena jednostkowa" i „Wartość zł" wpisał wartości 0,00;
- Kosztorysu ofertowego nr 20 - ROBOTY DROGOWE - DK NR 87 w poz. 10 „Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humus)", w odniesieniu do kolumny 5 - „ilość", gdzie wartość „3" poprawiono na „170";
- Kosztorysu ofertowego nr 20 - ROBOTY DROGOWE - DK NR 87 w poz. 59 „Balustrada" (17+5+27+5), gdzie Wykonawca FIRESTA nie dokonał wyceny pozycji kosztorysowej. W ramach poprawienia omyłki Zamawiający w poz. „Cena jednostkowa" i „Wartość zł" wpisał wartości 0,00;

Tym samym pismem Zamawiający zawiadomił Wykonawcę FIRESTA o poprawieniu w złożonej ofercie oczywistej omyłki pisarskiej w odniesieniu do Kosztorysu ofertowego nr 19 BRANŻA w kolumnie „cena jednostkowa" wartość „0,00". Zamawiający dokonał również

poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

2) Działania Zamawiającego polegające na wpisaniu w odniesieniu do niewycenionych przez Wykonawcę FIRESTA pozycji wartości 0,00 stanowiły naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy, poprzez niedopuszczalne prowadzenie z wykonawcą FIRESTA negocjacji dotyczących treści złożonej przez niego oferty oraz dokonanie zmian w jej treści, na skutek przekroczenia granic prawnych, w jakich zamawiający może poprawić „inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty" na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy.

3) Znaczenie ustalenia ceny w odniesieniu do wszystkich pozycji kosztorysowych jest istotne, w sytuacji, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, a cena oferty wynika z kosztorysu. W takiej sytuacji każda wartość w kosztorysie ofertowym ma znaczenie dla ceny oferty, a tym samym może mieć wpływ na wybór wykonawcy. Samodzielne ustalanie przez Zamawiającego wartości poszczególnych pozycji narusza w takim przypadku rażąco zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie ma zatem żadnych podstaw ku temu, by Zamawiający dla niewycenionych pozycji kosztorysowych samodzielnie określał wartość jako 0,00. Zamawiający w rozdziale 10 (OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY) w pkt 10.2 jednoznacznie wskazał: „*Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt 10.1 należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności w nim wyszczególnionych. Wykonawca określi ceny netto dla wszystkich wymienionych pozycji*". Zgodnie z pkt 10.4 Wykonawca obowiązany był uwzględnić wszystkie pozycje przedmiarowe.

4) W zaistniałym stanie faktycznym, skoro Wykonawca FIRESTA nie wycenił niektórych pozycji kosztorysowych, Zamawiający nie miał podstaw by przyjąć ich wartość jako 0,00 lecz powinien był ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia z dnia 7 grudnia 2012 r., KIO 2572/12, KIO 2573/12 Izba stwierdza: „*Mając na uwadze ustalone w postępowaniu zasady sporządzenia i oceny ofert, Izba nie mogła pominąć treści przywołanego postanowienia, wiążącego tak Zamawiającego na etapie oceny, jak i wykonawców na etapie przygotowania oferty.* Pominięcie w kosztorysie pozycji nie podlegało uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 Pkt 3 ustawy, *po pierwsze dlatego, że Zamawiający był związany wprowadzonym w siwz zapisem, a po drugie nie było to możliwe do samodzielnego przeprowadzenia bez udziału wykonawcy. Na rozprawie odwołujący wskazywał na możliwe do przyjęcia ceny jednostkowe z innych pozycji kosztorysu, które dotyczyły innego obiektu, a zatem również różnego zakresu prac i ich specyfiki wykonania. Izba nie dopatrzyła się sprzeczności pomiędzy postanowieniami siwz (pkt 4.2 oraz 9.3 siwz), która zwalniałaby Zamawiającego z obowiązku zastosowania się*

do wprowadzonego sposobu oceny ofert. W związku z powyższym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający w toku oceny ofert nie przestrzegał ustalonych zasad. Odrzucenie oferty Odwołującego znajdowało uzasadnienie faktyczne i prawne, gdyż niewątpliwie pominiecie jednej pozycji stanowiło o niezgodności treści oferty z siwz". Powyższe dowodzi, iż Zamawiający nadużył art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, dokonując poprawienia w/w omyłek, co doprowadziło de facto do wprowadzenia niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy zmian w treści oferty złożonej przez Wykonawcę FIRESTA. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała treści SIWZ, a tym samym wybrał ofertę niebędącą ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

5) Z treści złożonej przez Wykonawcę FIRESTA oferty w sposób jednoznaczny wynika, iż nie zaoferował on realizacji zamówienia w zakresie elementów, które nie zostały wycenione. Brak ten nie mógł zostać konwalidowany w sposób zgodny z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Zamawiający nie mógł bowiem uznać w/w braku za „oczywistą" omyłkę i samodzielnie przypisać pozycji danej wartości. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 16 marca 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 102/10, w którym Izba stwierdza: „(...) *nie ma żadnej innej, "domniemanej", "rzeczywistej" etc... treści oferty, niż ta która została wyrażona w formie pisemnej i złożona zamawiającemu, i która stanowi określenie oferowanego świadczenia".* Okoliczności zaistniałego stanu faktycznego potwierdzają, iż Wykonawca FIRESTA nie wycenił i nie zaoferował realizacji zamówienia w zakresie odnoszącym się do kwestionowanych pozycji kosztorysowych, a zatem treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, czego skutkiem winno być odrzucenie oferty. Zamawiający nie miał podstaw by „domniemywać" jaka winna być cena w odniesieniu do w/w pozycji, ani do automatycznego określenia tej wartości jako 0,00 ponieważ działanie to mogło mieć istotne znaczenie dla wyniku postępowania. Przyjęcie dla pozycji „Balustrady" wartości 0,00 nie znajdowało żadnych podstaw, albowiem w pozostałych kosztorysach (kosztorys nr 22, poz. 73 i 74, cena odpowiednio 370 i 320 zł/m) pozycja taka została wyceniona, a zatem Zamawiający nie miał wiedzy odpowiedniej dla ustalenia, że w odniesieniu Kosztorysu ofertowego nr 20 - ROBOTY DROGOWE - DK NR 87 w poz. 59 „Balustrada" (17+5+27+5), w poz. „Cena jednostkowa" i „Wartość zł" należy wpisać wartość 0,00, a nie wartość odpowiednią dla przeliczenia ceny jednostkowej „balustrady" z pozostałych kosztorysów ofertowych. Powyższe dowodzi, iż brak wyceny w odniesieniu do w/w pozycji nie mógł zostać potraktowany jako omyłka ponieważ sposób jej poprawienia nie był oczywisty.

6) Zgodnie z dominującym i od lat konsekwentnie podtrzymywanym w doktrynie i orzecznictwie poglądem - inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty muszą mieć charakter oczywisty i nie mogą prowadzić do zmiany zakresu zobowiązań wykonawcy wynikających treści złożonej

oferty. Poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnej zmiany treści złożonej oferty, a zatem nie może mieć wpływu na zachowanie konkurencyjności w prowadzonym postępowaniu. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt sygn. akt KIO/UZP 11/09 : *„Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności".* Prawidłowe poprawienie tych omyłek możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy zamawiający może samodzielnie dokonać stosownej korekty. Jednym z elementów pozwalających na kwalifikację ujawnionego uchybienia, jako innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty jest możliwość jej poprawienia na podstawie danych posiadanych przez Zamawiającego, bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień. Spełnienie tego warunku powoduje, że omyłka przyjmuje charakter „oczywistej". Wypowiadając się w sprawie możliwości poprawienia omyłek w kosztorysie ofertowym na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 5/09 stwierdza: *„Oczywistość danej omyłki powinna bowiem nasuwać się każdemu bez potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie.*

III. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniach; złożył w dniu 22 lutego 2013 r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpienie złożył wykonawca FIRESTA Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie - po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, 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. W razie potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia.

III. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

Przedmiotem sporu pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym jest zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy FIRESTA Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie, z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której to niezgodności Odwołujący upatruje w błędach w treści złożonych przez Przystępującego kosztorysów, wobec dokonanej, niezgodnej - w ocenie Odwołującego - z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprawy tych błędów.

Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia kosztorysu ofertowego, zawierając w pkt 10.*Opis sposobu obliczenia ceny* postanowienia dotyczące znaczenia wymaganego w postępowaniu kosztorysu: *cena oferty winna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Kosztorysy ofertowe pod nr 1 do 24, których wzór stanowi formularz 2.2., zaś podstawą obliczenia ceny jest dokumentacja projektowa, STWiORB i przedmiary robót zamieszczone w Tomach III-V SIWZ. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności w nim wyszczególnionych. Wykonawca określi ceny netto dla wszystkich wymienionych pozycji*. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca obowiązany był uwzględnić wszystkie pozycje przedmiarowe.

Należy dostrzec na wstępie, że Zamawiający, w brzmieniu skonstruowanej przez siebie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzegł względnie szeroki zakres swobody w prezentacji przez wykonawców wykonania zamówienia, wymagając przedłożenia kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej. Obowiązek uwzględnienia wszystkich pozycji przedmiarowych nie jest przy tym tożsamy z obowiązkiem prezentacji każdego elementu, jaki składa się na realizację zamówienia w składanym wraz z ofertą

kosztorysie. Nie wyłącza to, w szczególności, możliwości skumulowania pewnych pozycji, zagregowania pewnych prac czy nakładów w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu.

Ocena analizowanego stanu faktycznego uwzględnia okoliczność, że iż na gruncie przedmiotowego postępowania przedmiar robót stanowi dokument pomocniczy w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych, zaś składany przez wykonawcę kosztorys jest dokumentem mającym służyć przede wszystkim obliczeniu ceny.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że roboty budowlane, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, Zamawiający opisał za pomocą dokumentacji projektowej oraz przedmiarów i specyfikacji technicznych, załączonych do SIWZ. Stwierdzić należy, że przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i STWiORB i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać przede wszystkim charakter dokumentu pomocniczego, którego znaczenie sprowadza się do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, które składają się na zamówienie. Zamawiający zastrzegł przy tym relatywnie duży stopień swobody w prezentacji robót, materiałów, urządzeń w kosztorysie, wskazując że należy go sporządzić metodą uproszczoną, przy czym ujęcie lub pominięcie pewnych pozycji w kosztorysie nie jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania robót w sposób wymagany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączoną do niej dokumentacją. Wykonawca zobowiązany będzie bowiem do wykonania robót zgodnie z treścią dokumentacji.

Skoro zatem przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ten bowiem wynika z dokumentacji projektowej, to nieujęcie w kosztorysie pewnych elementów – zagregowanie ich w innych pozycjach, nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przy tak ukształtowanym przez Zamawiającego postępowaniu, wykonawcy są obowiązani wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, oraz STWiORB. Powyższe wynika z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także z istoty umowy o roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. art. 647 Kc, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót,

w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Natomiast przepis art. 648 Kc stanowi, że umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem, zaś wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy, przy czym, na mocy art. 649 Kc, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca w analizowanym postępowaniu obowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, a nie załączonym do oferty kosztorysem (wykonanym na podstawie przedmiaru robót). Nie bez znaczenia jest, że Przystępujący nie tylko nie zaprzeczał intencji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją stanowiącą załącznik do specyfikacji, ale przeciwnie: potwierdził taki zamiar wyrażając zgodę na dokonane przez Zamawiającego poprawy niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kosztorys jest dokumentem co do zasady natury kalkulacyjnej, służącym określeniu kosztów realizacji zadania, a nie opisowi elementów rzeczowo – ilościowych oraz jakościowych wymaganych do wykonania robót budowlanych. W tym zakresie kosztorys złożony przez wykonawcę nie może zastępować zasadniczych dokumentów, w tym przede wszystkim dokumentacji projektowej.

O sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, co nie musi być automatycznie utożsamione z „przemilczeniem” lub pominięciem w kosztorysie pewnych pozycji, lub zaniechaniem ich wyceny.

Przeprowadzone postępowanie wykazało, że Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją. Istotnie, załączony do oferty kosztorys nie ujmował wprost wyceny spornych elementów, niemniej zostało wykazane, że ich wykonanie jest objęte oświadczeniem o zamiarze wykonania, przy czym że zostały one ujęte w innych pozycjach kosztorysu

Powyższe okoliczności przemawiały zatem o uznaniu zarzutów odwołania, wskazujących na postawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, za nieuzasadnione.

Odwołujący postawił także zarzut nieuprawnionego dokonania poprawienia kosztorysu złożonego przez FIRESTA Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie;

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”*

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty,

o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zmiany jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały 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, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. Powyższa sytuacja jednak nie występuje na gruncie analizowanej sprawy – skutek dokonanej poprawy nie może być kwalifikowany jako wywołujący istotną zmianę treści oferty.

Wbrew odmiennemu twierdzeniu Odwołującego, na gruncie wskazanego przepisu nie chodzi o oczywiste niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ale o to, by dokonywana przez zamawiającego poprawa nie powodowała istotnych zmian w treści złożonej oferty. Niemniej, warunkiem takiej poprawy jest dokonanie przez zamawiającego ustalenia, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący nie wykazał na gruncie analizowanej sprawy, by dostrzeżone przez Zamawiającego niedoskonałości w treści kosztorysu FIRESTA Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie stanowiły przejaw świadomego działania,

wyraz zamiaru złożenia oświadczenia woli o treści innej, aniżeli odpowiadająca specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Należy bowiem mieć na uwadze, że postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się, co do zasady, przez przystąpienie przez wykonawcę do jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu. Zasadą jest bowiem, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i składając w nim swoją ofertę chce uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom i oczekiwaniom stawianym przez zamawiającego, w tym przede wszystkim w zakresie oferowanego przedmiotu, tak by odpowiadał on treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślenia wymaga bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania. W tym miejscu należy powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „*formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (…)*". Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Konsekwentnie, celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy, polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki czy przeoczenia. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli (oferty) nieodpowiadającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wyrazi zgody na

poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, należy przyjąć, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, służącym do wyłonienia wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli (oferty). W myśl art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z brzmieniem art. 65 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera instrumenty, mające służyć ustaleniu treści oświadczenia woli, w tym ocenie, czy oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W pierwszym rzędzie przepis art. 87 ust. 1 przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy).

Na gruncie analizowanej sprawy Zamawiający dokonał poprawienia kilku pozycji kosztorysu, polegających na wpisaniu w poszczególne pozycje przedmiaru, w miejsca, gdzie Przystępujący nie podał cen jednostkowych, kwot 0,00 zł (kosztorys ofertowy nr 17 – Branża konserwatorska, pozycja 1.9 *Koszty transportu i sprzętu do prac przy przenoszeniu obiektu;* kosztorysie nr 19 – Branża konserwatorska w poz. 1.29 *Spoinowanie kominów na poddaszu i nad dachem,* kosztorysie nr 20 – Roboty drogowe DK nr 87 w poz. 59 *Balustrada),* a także korekty ilości jednostek w kosztorysie nr 20 – Roboty drogowe DK nr 87 w poz. 10 *Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humus)* z 170,00 na 3,00.

Na dokonanie powyższej poprawy, wykonawca FIRESTA Fišer, rekonstrukce, stavby a.s. S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Cieszynie wyraził zgodę. Powyższe oznacza, że

dokonana poprawa oddaje intencje wykonawcy. Nie sposób powyższego traktować jako prowadzenie negocjacji co do treści oferty.

Dostrzeżenia wymaga bowiem, iż poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych oraz niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi obowiązek zamawiającego, który aktualizuje się, ilekroć zajdą okoliczności opisane w dyspozycji powołanego przepisu. Obowiązek ten nie doznaje ograniczenia w wyniku działań wykonawcy. Istotnym jest, nie czy miało miejsce wyjaśnienie wykonawcy odnoszące się do kierunku i sposobu poprawy, ale czy w wyniku tego wyjaśnienia ma miejsce negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. Z treści powołanego przepisu wprost wynika zatem zmiana oferty w wyniku dokonania jej poprawy przez zamawiającego, a zatem każdorazowo przy zastosowaniu tej regulacji ma miejsce zmiana uprzednio złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Przepis wymaga jedynie, by ta poprawa, ingerując każdorazowo w oświadczenie woli wykonawcy składające się na ofertę, nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Nie chodzi zatem tutaj o oczywisty sposób poprawy. Chodzi o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy). Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Następstwem poprawy nie może być negocjowanie treści oferty, w tym jej istotna zmiana. Na gruncie analizowanej sprawy, wobec ustalenia, że niewycenione pozycje zostały skumulowane w innych nie sposób przyjąć innego sposobu poprawy, w tym innej wyceny tych pozycji. Nie sposób także przyjąć za właściwy sposobu poprawy w kosztorysie nr 20 – Roboty drogowe DK nr 87 w poz. 59 *Balustrada*, postulowanego przez Odwołującego a polegającego na wycenie balustrad według wartości podawanych w innych kosztorysach. Jak wyjaśnił bowiem Przystępujący, mowa tam o innych balustradach, wykonanych z aluminium, podczas gdy kosztorys nr 20 – Roboty drogowe DK nr 87 w poz.

59 dotyczy balustrad wykonanych ze stali. Ponadto, jak podał Przystępujący, balustrady zostały ujęte w ramach kosztorysu nr 22 w pozycji 39. Po pierwsze, taka poprawa nie wpłynęłaby na pozycję Przystępującego, po drugie zaś, jeśli jest tak, że balustrady wyceniono w ramach innej pozycji innego kosztorysu, to skutkowałoby to dwukrotną wyceną tych samych elementów. Powyższe stanowiłoby zatem zarówno niedopuszczalną jak i niewłaściwą, nieodpowiadającą oświadczeniu woli wykonawcy poprawę treści oferty.

Nie potwierdziła się w związku z tym argumentacja wskazująca na nieprawidłowe poprawienie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Skład orzekający