

Sygn. akt: KIO/KU 36/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 lipca 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 8 czerwca 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Staszów, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 1 czerwca 2020 r., znak sprawy KU/75/20/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa obiektów małej retencji nizinnej w Nadleśnictwie Staszów – rewitalizacja stawów w Rybnicy ”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Ewa Kisiel

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

uchwały z dnia 6 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO/KU 36/20

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany również jako „kontrolujący”) w wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa obiektów małej retencji nizinnej w Nadleśnictwie Staszów – rewitalizacja stawów w Rybnicy”, stwierdził naruszenie przez zamawiającego:

- I. art. 26 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), dalej zwanej jako „p.z.p.”, w zw. z art. 111 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.), poprzez wyznaczenie przez zamawiającego terminu krótszego niż określony w art. 26 ust. 1 p.z.p. do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p.;
- II. art. 38 ust. 4 p.z.p., poprzez brak modyfikacji treści SIWZ (rozdział 12 punkt 12.2 SIWZ), tj. ujednoczenia treści SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu otwarcia ofert;
- III. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez brak dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o. w Połańcu, pomimo iż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Skład wyrażający opinię stwierdził, że zastrzeżenia zamawiającego w zakresie pkt I stwierdzonych naruszeń zostały przez kontrolującego uwzględnione. W zakresie naruszenia z pkt II nie wnoszono zastrzeżeń, sporne było jedynie naruszenie prawa z pkt III, dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o. w Połańcu, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, co w informacji o wyniku kontroli uprzedniej kontrolujący uzasadnił w sposób następujący.

Zamawiający w rozdziale 11 punkcie 11.5. lit. a) SIWZ wskazał: „W terminie składania ofert określonym w pkt 12.1. siwz wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu ofertę zawierającą: a) formularz oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do siwz) wraz z kosztorysem ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do siwz), sporządzone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (...)”. Ponadto zgodnie z rozdziałem 13 punktem 13.1. SIWZ wykonawca zobowiązany był podać w ofercie.: „(...) cenę brutto przedmiotu zamówienia w zakresie określonym przedmiarem robót, wyszczególnionym w załączniku nr 2 do niniejszej siwz”. Jednocześnie w rozdziale 13 w punktach 13.2., 13.3. SIWZ wskazano:

- „13.2 Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym przedmiarem robót, należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z rozporządzeniem ministra rozwoju regionalnego i budownictwa z dnia 31 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i metod budowlanych (Dz. U. nr 80, poz. 867), przy zachowaniu następujących założeń:
- 13.2.1. zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny oferty, musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarze robót,
 - 13.2.2. do kosztorysowania należy zastosować kalkulację wskazaną w przedmiarze,
 - 13.2.3. przyjęte koszty pracy muszą uwzględniać minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (DZ. U. z 2018 r. poz. 2117),
 - 13.2.5. ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, jak również koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, związanych z odbiorami wykonanych robót, oraz inne wynikające z umowy, której wzór stanowi załącznik nr 4 do niniejszej siwz,
- 13.3. cena łączna brutto wynikająca ze szczegółowego kosztorysu ofertowego winna zostać przeniesiona do oferty (załącznik nr 1 do siwz)”.

Wykonawca Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o. w Połańcu, w terminie składania ofert przedłożył, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, m.in. formularz oferty wraz z kosztorysem ofertowym.

Departament Kontroli Zamówień Publicznych, pismem z dnia 12 maja 2020 r., zwrócił się do zamawiającego o uzupełnienie dokumentacji kontrolowanego postępowania oraz udzielenie wyjaśnień: „(...) czy zamawiający dysponuje kompletnym, przedłożonym przez wykonawcę Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o., stanowiącym załącznik do oferty ww. wykonawcy, kosztorysem ofertowym [w przedłożonym przez zamawiającego ww. dokumencie, m.in. stronach nr: 8-11 i in., brak jest możliwości weryfikacji części informacji zawartych w kosztorysie ofertowym (skany niekompletne, dotyczy w szczególności dolnych części stron ww. dokumentu)]. W razie odpowiedzi twierdzącej, proszę o uzupełnienie dokumentacji przedmiotowego postępowania o ww. kompletny dokument. W razie odpowiedzi przeczącej, proszę o szczegółowe wyjaśnienie na jakiej podstawie zamawiający dokonał oceny kosztorysu ofertowego ww. wykonawcy w zakresie wymogów określonych przez zamawiającego w siwz, w szczególności w jaki sposób dokonał oceny prawidłowości wskazanej przez ww. wykonawcę ceny oferty”.

W odpowiedzi na powyższe zamawiający, w piśmie z dnia 18 maja 2020 r., wyjaśnił: „Ad. 7 Zamawiający dysponuje tylko przedłożonym do kontroli uprzedniej kosztorysem

ofertowym wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec sp. z o.o. Wszystkie niezbędne informacje do sprawdzenia prawidłowości sporządzenia kosztorysu ofertowego i wyliczenia ceny zamawiający znalazł w tymże kosztorysie. Zamawiający w pierwszej kolejności sprawdzał, czy przedłożony kosztorys ofertowy dotyczy przedmiotu wyspecyfikowanego w siwz. Sprawdzeniu zgodności z przedmiarem robót podlegało uwzględnienie wszystkich pozycji przedmiarowych w kosztorysie ofertowym, opis pozycji kosztorysowej (czynności), wielkość obmiaru oraz zaproponowane materiały. Zamawiający znalazł w kosztorysie ofertowym wszystkie informacje z tego zakresu i potwierdził ich prawidłowość albo poprawił w ramach innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz. Następnie w celu stwierdzenia czy wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego zostały wycenione i cena oferty prawidłowo wyliczona, zamawiający sprawdzał dla poszczególnych pozycji przedmiaru prawidłowość iloczynu obmiar*cena jednostkowa=wartość pozycji oraz sumę wszystkich pozycji kosztorysu, a następnie poprawność wyliczenia stawki VAT i ceny brutto. Wszystkie powyższe dane znajdują się w załączanym kosztorysie ofertowym wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec sp. z o.o. Dla poszczególnych pozycji kosztorysu zamawiający sprawdzał podanie kosztów jednostkowych nakładów dla wyspecyfikowanych materiałów, robocizny oraz pracy sprzętu a także poprawność wyliczenia poszczególnych kosztów i całej pozycji przedmiaru. Niewidoczne a użyte koszty jednostkowe nakładów zamawiający potwierdził w tabelach zawartych na końcu kosztorysu (zestawienie materiałów, robocizny i pracy sprzętu - str. 49 do 53), a także dodatkowo w analogicznych pozycjach kosztorysowych i poprzez krzyżowe przeliczenia. Niewidoczne a użyte normy nakładów zamawiający potwierdził w analogicznych pozycjach i potwierdził poprzez krzyżowe sprawdzenie wyliczeń. W każdym przypadku zamawiający potwierdził poprawność wyliczenia stawki jednostkowej dla danej pozycji przedmiaru/kosztorysu ofertowego (...).

Dalej kontrolujący zaznaczył, że art. 89 ust. 1 p.z.p. przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Przepisy ustawy p.z.p. nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ust. 1 p.z.p., należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 k.c., zgodnie z którą ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jest więc skorelowany jest z art. 82 ust. 3 p.z.p., na kanwie którego treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Zatem niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy jej zawartość merytoryczna nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Dla

uznania zgodności treści oferty z SIWZ nie wystarczy jedynie złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia, wyrażającego zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ, opisywał zarówno zakres oferowanego świadczenia, szczegóły jego wyceny, a tym samym stanowił istotną część składową oferty. Z dokumentacji przedłożonej przez zamawiającego w celu przeprowadzenia przez Prezesa UZP kontroli uprzedniej postępowania wynika, iż złożony przez wykonawcę Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o. w Połańcu kosztorys ofertowy był niekompletny i nie dawał możliwości weryfikacji części zawartych w nim informacji – w przedłożonym przez zamawiającego dokumencie m.in. na str. 8-11 i in., brak jest możliwości weryfikacji części informacji zawartych w kosztorysie ofertowym (skany niekompletne, dotyczy w szczególności dolnych części stron dokumentu).

Brak w ofercie żądanego kosztorysu ofertowego lub jego części nie jest jedynie brakiem formalnym, lecz merytorycznym brakiem oferty podlegającym dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Nie jest bowiem oczywiste jakie elementy zawierał rzeczony dokument, więc brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca wypełnił wymogi określone w SIWZ. Jednocześnie wskazać należy, iż brak w kosztorysie ofertowym części informacji uniemożliwił zamawiającemu badanie oferty pod kątem ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty.

W związku z powyższym, w ocenie kontrolującego, brak dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o. w Połańcu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., pomimo iż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, stanowił naruszenie przedmiotowej normy. Natomiast z uwagi, że oferta tego wykonawcy nie stanowiła oferty najkorzystniejszej, stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Pismem z dnia 8 czerwca 2020 r., znajdującym się w aktach sprawy, zamawiający działając na podstawie art. 171a p.z.p. wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli uprzedniej, w zakresie punktu I i III wyniku kontroli Prezesa UZP.

Natomiast pismem z dnia 23 czerwca 2020 r. kontrolujący poinformował zamawiającego, że uwzględni jego zastrzeżenia dotyczące pkt I i nie uwzględni zastrzeżeń w zakresie pkt III oraz podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, co zaś zgodnie z art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 p.z.p. spowodowało przekazanie zastrzeżeń zamawiającego w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją kontroli, w tym w szczególności z dokumentacją przetargu, stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz z zastrzeżeniami zamawiającego w przedmiocie naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli uprzedniej, ustaliła i zważyła, co następuje.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Budowa obiektów małej retencji nizinnej w Nadleśnictwie Staszów – rewitalizacja stawów w Rybnicy”, które zostało wszczęte 5 lutego 2020 r., o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 025-055551 (dalej zwane jako „postępowanie”), stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez brak dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Transportu Energetyki Połaniec Sp. z o.o. w Połańcu (dalej zwanego jako „ZTE”), pomimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej, wniesione przez zamawiającego, nie mają uzasadnionych podstaw i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba zaznacza, że stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była jedynie ocena prawna czynności badania i oceny oferty wykonawcy ZTE, dokonana przez jednostkę zamawiającą, która w ocenie kontrolującego naruszyła przepisy p.z.p., ponieważ zaniechano odrzucenia oferty wykonawcy ZTE, kiedy nie odpowiada ona treści SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.), z czym zamawiający się nie zgodził. Rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli, skład wyrażający opinię w pełni podzielił stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zawarte w informacji o wyniku kontroli uprzedniej oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, wskazane tam argumenty są bowiem wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego.

Odnosząc się szczegółowo do zastrzeżeń zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje co następuje. Nie było spornym, że żądane wraz z ofertą kosztorysy stanowiły jej merytoryczną treść (*vide* rozdział 13 pkt 13.2 – 13.3 SIWZ). Zamawiający nie wymagał kosztorysów jako dokumentów pomocniczych, a stanowiły one merytoryczną warstwę zobowiązania wykonawcy opisującą spełnienie wymagań przedmiotu zamówienia. Strony różniły się w zakresie oceny wad kosztorysu szczegółowego wykonawcy ZTE (element kosztorysu ofertowego z 19.02.2020 r., który zawiera kosztorys szczegółowy, tabelę elementów scalonych, zestawienie materiałów, zestawienie robocizny, zestawienie sprzętu i strukturę narzutów.).

Kontrolujący podnosił, że szczegółowy kosztorys jest niekompletny – nie zawiera wszystkich pozycji, zatem nie daje możliwości weryfikacji zawartych w nim informacji i co istotne kosztorys jest w formie skanu, który z powodu wadliwego zeskanowania ma ucięte dolne części stron, brakuje fragmentów dokumentu, co stanowi wadę wypełniającą hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Natomiast zamawiający twierdził, że wada kosztorysu nie powoduje merytorycznej niezgodności oferty i na podstawie posiadanych informacji jest w stanie uzyskać brakujące dane z pozostałej części kosztorysu, czyli na podstawie prawidłowo przedstawionych części kosztorysu potrafi ustalić co znajduje się w uciętych fragmentach, co poparto zestawieniem w formie tabeli. Ponadto zamawiający zaznaczył, że sposób poprawienia wady jest bardziej skomplikowany niż w przypadku oczywistych omyłek rachunkowych, ponieważ wymaga uzyskania informacji z innych miejsc oferty i dokonania przeliczeń, tym niemniej nie jest to powód do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ponieważ w jego ocenie zamawiający nie ma obowiązku poprawiania omyłek, które nie powodują niezgodności z SIWZ, czyli są bez znaczenia dla oceny oferty i wyniku przetargu – działanie takie byłoby tylko formalnym dopisaniem niewidocznych elementów, a nie na poprawieniem np. błędnie podanych informacji, wymagających korekty w celu doprowadzenia oferty do zgodności z SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że z materiału kontroli wynika, iż wada kosztorysu szczegółowego wykonawcy ZTE jest istotna, na 46 stron kosztorysu niemalże 40 z nich jest pouncinanych, w tym część nie posiada znacznego fragmentu danej strony. W sytuacji, kiedy kosztorys ofertowy stanowi merytoryczną treść oferty – czyli zawiera w sobie określenie przedmiotu oferty z odniesieniem do zaoferowanych cen jednostkowych – opisuje on zarówno zakres oferowanego świadczenia, jak i szczegóły jego wyceny. Stanowi to istotną część składową oferty, a zarazem oświadczenie woli wykonawcy co zawarł i wycenił w złożonej ofercie. W rozpoznawanym stanie faktycznym zamawiający nie posiada takiej wiedzy. Brak znaczącej części kosztorysu powoduje, że zamawiający może jedynie spekulować co powinien wykonawca zawrzeć w ofercie, a nie co w niej faktycznie zawarł.

Zamawiający winien otrzymać prawidłowo sporządzone oferty, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a takiej oferty wykonawca ZTE nie złożył, zatem należało zweryfikować czy istnieje możliwość poprawienia oferty zgodnie z ustawą p.z.p. Na zamawiającym bowiem ciąży ustawowe obowiązki dokonania poprawienia wad i nieścisłości złożonych ofert, i w tym postępowaniu – w toku badania i oceny ofert – jednostka zamawiająca powinna ocenić, czy zaistniały błąd w ofercie kwalifikuje się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zamawiający ma rację, błędy w ofercie wykonawcy ZTE nie stanowią ani omyłek rachunkowych, ani omyłek pisarskich. Nie stanowią też tzw. innych omyłek, jednak nie z tego powodu, że nie powodują niezgodności z treścią z SIWZ, a dlatego, że tej wady nie da się konwalidować w sposób zgodny z prawem. Kosztorys zawiera błędy i co do zasady takie wady

kosztorysu należy ocenić przez pryzmat możliwości wystąpienia innej omyłki. Zresztą wady kosztorysów, przy wynagrodzeniu kosztorysowym, stanowią jedne z najczęściej poprawianych w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. W ocenie Izby w ustalonym stanie rzeczy niewątpliwie mamy do czynienia z inną wadą oferty, niż uregulowane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 p.z.p., tym niemniej wady tej nie można poprawić z powodu jej skali i charakteru.

Warunkiem poprawienia omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty, czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 10.05.2017 r. sygn. akt X Ga 1071/16). Zatem o możliwości poprawienia innej omyłki, decyduje skala wad oferty, liczona rezultatem po jej ewentualnym poprawieniu. Innymi słowy, o możliwości poprawienia omyłki rozstrzyga odpowiedź na pytanie czy po poprawieniu wad oferty jej treść zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. Poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla ustawy p.z.p. trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli – nie może natomiast posłużyć jako instrument zmiany takiego oświadczenia.

Ponadto, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 01.03.2010 r. sygn. akt XIX Ga 18/10 „*Lege non distinguente* art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje o jakie może chodzić tutaj omyłki, a więc mogą wchodzić tutaj w grę wszelkie niezamierzone błahy pomyłki, niedopatrzania, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych przez SIWZ wymogów”. Podobnie zatem jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że próba poprawy oferty wykonawcy ZTE prowadziłaby do nieuprawnionych negocjacji treści oferty, po terminie na jej złożenie. Oferta nie zawiera bowiem przeinaczeń, błędów czy niejasnych elementów – oferta nie zawiera wskazania części zakresu zamówienia, a takiej wady nie da się poprawić. Nie da się bowiem na tym etapie ustalić, czy treść kosztorysu szczegółowego jest zgodna z merytorycznymi wymaganiami dokumentacji postępowania. Ingerencja zamawiającego w ofertę stanowiłaby złożenie ponad ofertę i obok niej, zupełnie nowego oświadczenia woli, po terminie składania ofert. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wskazał jak w jego opinii należałoby poprawić błędy w kosztorysie w zakresie 37 stron, co dodatkowo powoduje, że po pierwsze – zamawiający nie chciał poprawić błędów odkodowując treść oświadczenia wykonawcy, a dokonując dostosowania nieistniejących treści

kosztorysu wykonawcy do wymagań zamawiającego, a po drugie – ilość hipotetycznych, niczym nieopartych założeń zamawiającego jest nadmiarowa. Zamawiający nie ma zatem możliwości samodzielnego ustalenia, w oparciu o ofertę wykonawcy, jak zaistniałą wadę poprawić. Czym innym jest bowiem poprawienie oferty w ramach nawet kilku pozycji, wyliczenie ceny jednostkowej i wartości pozycji, na podstawie danych zawartych w kosztorysie, a czym innym uzupełnienie zakresu rzeczowego kosztorysu i arytmetyczne, hipotetyczne dopasowywanie do przyjętych przez zamawiającego własnych założeń, na podstawie nie oferty, a dokumentacji przetargu.

Twierdzenia zamawiającego w jaki sposób widzi on możliwość uzupełnienia kosztorysu wykonawcy ZTE, są sprzeczne z istotą art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. i godzą w jego utrwalone i szeroko poparte orzecznictwem brzmienie. Próba konwalidowania oferty byłaby w rezultacie przedstawieniem przez zamawiającego, za wykonawcę, drugiej oferty. W ocenie Izby zatem byłaby to czynności nieuprawniona – złożenie materialnie nowej oferty, nie zaś poprawienie dotychczasowej.

Zarzucane zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. obejmuje nie tylko sytuację, kiedy jednoznacznie można wskazać w treści oferty, w jej zakresie merytorycznym, co jest niezgodne z treścią SIWZ. Hipoteza przepisu zostanie także wypełniona, kiedy wykonawca złoży ofertę, w której wbrew brzmieniu dokumentacji przetargu, nieprawidłowo wyraził, opisał, czy potwierdził zakres swojego zobowiązania, bez podania wszystkich istotnych informacji z nim związanych – czyli ofertę, z treści której nie wynika zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami z dokumentacji postępowania, kiedy z powodu wady oferty zamawiający nie będzie w stanie ustalić *de facto* co zostało w niej zawarte. Po otwarciu ofert nie jest możliwe wskazywanie jaki przedmiot zamówienia został w ofercie zawarty. Braki w ofertach można próbować naprawiać w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, a także na kwiecie art. 87 ust. 2 p.z.p. Jeżeli jednak przy prawidłowym wykorzystaniu tych instrumentów zamawiający nie jest w stanie potwierdzić, że oświadczenie woli wykonawcy, w postaci treści oferty zawierającej zaoferowane świadczenie, jest zgodne z wymaganym w dokumentacji przetargu, to ofertę taką należy odrzucić.

W konsekwencji powyższego skład wyrażający opinię stwierdził, że treść oferty wykonawcy ZTE jest bezsprzecznie niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ w warstwie merytorycznej nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w dokumentacji postępowania i nie ma możliwości poprawy tej treści jako omyłki. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zatem zastrzeżenia zamawiającego nie zostały przez Izbę uwzględnione. Izba zaznacza także, że wobec wyboru innej oferty jako najkorzystniejszej, stwierdzone naruszenie prawa nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....