

Ścinawka Średnia, 27 września 2012 r.

Szanowna Pani Prezes

**Krajowej Izby odwoławczej
Klaudia Szczytowska - Maziarz
Ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa**

Do wiadomości:

Gmina Ząbkowice Śląskie
57-200 Ząbkowice Śląskie
ul. 1 Maja 15
faks + 48 74 815 54 45

Urząd Miejski w Ząbkowicach Śl.
Biuro Obsługi Interesantów
WPLYNEŁO DOKUMENT
27.09.2012
Nr. 17/143 Ilość zał. 2
podpis. *ok*

Ldz. 07/09/2012

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Przebudowa ulicy Kościuszki w Ząbkowicach Śląskich”

ODWOŁANIE

od niezgodnej z ustawą czynności podjętej przez zamawiającego oraz zaniechania dokonania czynności do której zamawiający był zobowiązany

Zamawiający:

Gmina Ząbkowice Śląskie
57-200 Ząbkowice Śląskie
ul. 1 Maja 15
faks + 48 74 815 54 45

adres strony internetowej na której umieszczona została SIWZ:

www.zabkowiceslaskie.pl

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie UZP.

Numer ogłoszenia: **185815 - 2012**; data zamieszczenia: **28.08.2012**

*ZW*¹

Na podstawie art. 180 ust 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) wnosimy niniejsze odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust.. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Nasz interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w fakcie, iż na skutek zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności nakazanej ustawą zostaliśmy pozbawieni możliwości uznania złożonej przez nas oferty za najkorzystniejszą, co determinuje fakt zaistnienia niewątpliwej szkody. Unieważnienie podjętej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie dokonania czynności zaniechanych w trybie art. 87 ost. 2 pkt 3 ustawy pzp umożliwi nam uzyskanie przedmiotowego zamówienia, albowiem oferta nasza jest ważna a także została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu cenowym.

Rozstrzygnięcie dokonane przez Zamawiającego godzi również w szeroko pojęty interes społeczny oraz narusza podstawową zasadę wydatkowania środków publicznych, jaką jest racjonalność nimi gospodarowania.

Żądanie:

Wnosimy o:

- Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez nas oferty
- Nakazanie zamawiającemu dokonania poprawek w złożonej przez nas ofercie w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp,
- Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Terminy w postępowaniu:

- **24 września 2011 r.** – przesłana przez zamawiającego za pośrednictwem faksu datowana na 20 września 2012 r. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu złożonej przez nas oferty – data powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania,
- **27 września 2011 r.** – przesłanie niniejszego odwołania Prezesowi KIO za pomocą poczty kurierskiej oraz złożenie kopii zamawiającemu osobiście w jego siedzibie.



Biorąc pod uwagę fakt, iż wartość przedmiotowego postępowania nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp, odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminów ustawowych.

Uzasadnienie:

W dniu 24 września 2011 r. otrzymaliśmy za pośrednictwem faksu informację o odrzuceniu złożonej przez nas oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako podstawę prawną odrzucenia zamawiający powołał art. 89 ust 1 ust. 2 ustawy pzp, zarzucając niezgodność treści złożonej przez nas oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). W treści uzasadnienia zamawiający wskazał 4 pozycje kosztorysowe o brzmieniu odmiennym od literalnej treści przedmiaru, co spowodowało, iż badając ofertę uznał, iż *de facto* determinującym dla podjęcia decyzji o odrzuceniu złożonej przez nas oferty jest wystąpienie nie „omyłki” która winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp., lecz innego błędu, którego poprawienia ustawa pzp nie przewiduje. Świadczy o powyższym literalne brzmienie uzasadnienia odrzucenia oferty, z którego wynika, iż *„Wykonawca w powyższych pozycjach dokonał błędnej wyceny przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie miał możliwości ich poprawy. Zaistniałe błędy nie są omyłką”*. Na stwierdzeniu takim zamawiający poprzestał, nie wskazując jak potraktować należy różnice brzmienia opisu pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do załączonego przedmiaru. Jeżeli jednak uznać twierdzenie zamawiającego za słuszne, skoro wykonawca nie popełnił „omyłki”, to wniosek jest jeden: działał celowo i jego intencją było złożenie oferty niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, co wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Trudno przyjąć taki tok rozumowania przedsiębiorcy za zrozumiały.

Przede wszystkim podnieść należy, iż wbrew stanowisku zamawiającego, dla oceny wystąpienia podstawy do odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp ważne jest nie tyle wystąpienie samej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ale rodzaj owej „niezgodności”. Jak stwierdziła KIO w jedynym przytoczonym przez zamawiającego orzeczeniu o sygnaturze 148/2011:

„odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt



KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do **merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia**". Zaznaczyć należy przy okazji, iż powołane przez zamawiającego orzeczenie zapadło w skrajnie odmiennym stanie faktycznym, gdzie zarzut dotyczył zaniechania zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 w sytuacji, gdy złożony kosztorys ofertowy zdecydowanie różnił się od opisu przedmiaru robót w blisko 100 pozycjach a ich „poprawienie” skutkowało koniecznością zmiany zaoferowanej ceny. Ponadto odwołujący na rozprawie przyznał, iż jego intencją było złożenie oferty niezgodnej z opisem przedmiaru robót, o czym zamawiający zdaje się zapominać:

*„W zakresie opisu pozycji kosztorysu ofertowego, które nie są zgodne z żądaniami Zamawiającego **Odwołujący uzasadnił w trakcie rozprawy, iż zaoferowane przez niego ceny dla poszczególnych pozycji odpowiadają cenom faktycznie żądanych przedmiotów zamówienia, to nie opis jest najistotniejszy, lecz właściwa cena dla poszczególnych pozycji kosztorysu. Izba nie może zgodzić się z interpretacją jaką przyjął Odwołujący. Uwzględniając wyżej zamieszczone wywody, należy jednoznacznie podnieść, że proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do znaczącej ingerencji Zamawiającego w treść złożonej oferty, a omyłka w treści oferty nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy**”.* (KIO 148/11).

W naszej ocenie, arbitralne przyjęcie przez zamawiającego braku możliwości poprawienia treści kosztorysu ofertowego w zakresie w jakim należało tego dokonać złożonej przez nas ofercie nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym i stanowi zaprzeczenie jednej z podstawowych przesłanek, jakie stały u podstaw wprowadzenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp do polskiego porządku prawnego. W uzasadnieniu do Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany w powołanym zakresie czytamy co następuje: **„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”.

Ze względu na stosunkowo nieostre sformułowanie brzmienia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy pzp, wykładnię co do jego zastosowania określiło stanowisko doktryny i judykatury. Biorąc pod uwagę ilość zapadłych w analogicznych stanach faktycznych rozstrzygnięć, skupimy się na orzeczeniach „najnowszych” z lat 2010-2012 lub najczęściej cytowanych.

Analiza orzecznictwa i lektura licznych publikacji w tym przedmiocie prowadzi do jednoznacznego wniosku, zgodnie z którym podstawowym elementem na jaki kłaść należy nacisk podejmując decyzję o poprawieniu treści omyłki w sposób wskazany w dyspozycji powołanego przepisu jest **istotność dokonanej zmiany w stosunku do pierwotnej treści oferty.** Dokonanie poprawek w trybie tego artykułu nie może prowadzić tylko do zmiany treści oferty co do jej istoty – a więc zmiany zakresu świadczenia jakie świadomie zaoferował wykonawca. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nakazuje dokonanie poprawek, które oferty „nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie” – por. Wyrok KIO 1528/10. Ustawodawca wprost nakazuje poprawienie omyłek wykonawcy, o ile to właśnie dokonana przez zamawiającego czynność nie spowoduje „istotnych zmian w treści oferty”, przy czym ową „istotność” oceniać należy w kontekście całej oferty, a nie jej wycinka – tak też Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) w Wyroku z 22 grudnia 2010 r., Sygn. 2647/10 „Poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Tym samym kwalifikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”.

Samo pojęcie „istotnej zmiany” nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. Jak wskazała KIO w orzeczeniu z 30 lipca 2010 r., Sygn. 1528/10 „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". Ponadto zgodnie z intencją ustawodawcy **możliwość poprawiania treści oferty bez zmiany jej istotnych elementów rozumieć należy możliwie najszerzej** – tak też Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2011 r., Sygn. 67/11 „W ocenie Izby, zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej (por. wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/09)". Nakaz dokonania nakazanych ustawą czynności nałożony na zamawiającego w powołanym zakresie ma również charakter bezwzględny: „**Lege non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahe pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych w siwz wymogów**. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie – KIO/689/11. .

Stanowisko judykatury w zakresie ciążącego na zamawiającym obowiązku dokonywania poprawek w treści oferty jest tak daleko idące, iż nakazuje nawet „poprawianie” kosztorysu zawierającego braki w postaci pominięcia pozycji przedmiarowych, co świadczy w naszej ocenie, iż zaniechanie przez zamawiającego dokonania w tym zakresie nakazanych ustawą poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 stanowi obrazę powołanych przepisów. Jak stwierdziła KIO w orzeczeniu z 14 kwietnia 2011 r., Sygn. 698/11: „**Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony w celu umożliwienia poprawienia błędów, jakie mogą pojawić się podczas sporządzenia kosztorysu ofertowego**. Dlatego też należy uznać, że odmienny opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jak również **niedokonanie wyceny jednej pozycji kosztorysu ofertowego zobowiązywało zamawiającego do poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych**. **Nieidentyczny opis pozycji kosztorysowych w porównaniu z przedmiarem robót czy brak wyceny przedmiotowej pozycji uznać należy za „inną omyłkę”, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty**". Analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku z 5 maja 2010 r., Sygn. 662/10 w którym podniosła iż: „**Przewidzenie wynagrodzenia kosztorysowego nie przesądza z góry, iż każde pominięcie pozycji kosztorysowej oznacza niezgodność treści oferty niepodlegającą**



poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, a tym samym w konsekwencji skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty”.

W świetle powyższego, nie może również budzić wątpliwości, iż dokonywanie nakazanych ustawą poprawek w treści oferty jest niezależne od przyjętego przez strony rodzaju wynagrodzenia. Jak jednoznacznie stwierdziła Izba w Wyroku z 18 maja 2010 r., Sygn. 779/10: **„Dla możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. charakter wynagrodzenia jest pozbawiony jakiegokolwiek doniosłości”.**

Jak więc podnosimy, bez względu na rodzaj omyłki, decydujące znaczenie dla dokonania jej poprawienia ma wyłącznie element „istotności” w stosunku do pierwotnej treści oferty. Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie również w całym szeregu publikacji, jak chociażby "Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r." pod redakcją Prezesa UZP, Jacka Sadowego – w której to stwierdzono: *"dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymogami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień"*. Stanowisko judykatury wskazuje na jeszcze szerszą możliwość ingerencji w treść oferty poprzez dokonanie nakazanych ustawą poprawek **nawet w zakresie stanowiącym essentialia negoti przyszłej umowy** (por. Wyroki KIO Sygn. 702/10; 779/10; 1227/10; 2401/10). W tym stanie rzeczy, dokonanie przez zamawiającego poprawienia złożonej przez nas oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 wydaje się ze wszech miar zasadne.

W świetle powyższego nie może w naszej ocenie budzić wątpliwości, iż na zamawiającym ciążył bezwzględny obowiązek dokonania czynności poprawienia złożonej przez nas oferty zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Obowiązek taki wynika wprost z ustawy, a ugruntowana linia orzecznicza i stanowisko doktryny są w tym zakresie jednoznaczne. Jeżeli przyjąć, iż intencją wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest złożenie oferty zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego, co w naszej ocenie nie budzi wątpliwości, nie można przecież uznać za uprawnione uznanie nieznaczących rozbieżności w opisie czterech pozycji kosztorysu ofertowego nie za możliwe do poprawienia „omyłki” lecz jakieś inne nie zdefiniowane bliżej „błędy”.

Stosownym podsumowaniem wydaje się przytoczenie treści uzasadnienia orzeczenia KIO powołanego przez zamawiającego jako uzasadniającego dokonaną czynność odrzucenia złożonej przez nas oferty:

„Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia



postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych”.

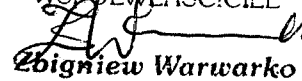
W tym stanie rzeczy wnosimy jak w petitum.

Z wyrazami szacunku

ZAKŁAD INŻYNIERII SANITARNEJ
“WINSAN”
L. Walkiewicz, Z. Warwarko
SPÓŁKA JAWNA
57-410 Ścinawka Średnia, ul. 3-go Maja 8B
tel./fax 074/871-54-15/510
NIP 885-00-00-539 REGON 890014871

WSPÓŁWŁAŚCICIEL

~~Lech Walkiewicz~~

WSPÓŁWŁAŚCICIEL

Zbigniew Warwarko

W załączeniu:

- dowód uiszczenia wpisu
- dowód przesłania zamawiającemu kopii odwołania
- odpis z KRS