

WYROK

z dnia 29 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BESKID-BRUK P.K., ul. Mazańcowicka 98a, 43-502 Czechowice-Dziedzice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Bielski, ul. Piastowska 40, 43-300 Bielsko-Biała, przy udziale wykonawcy: Berger Bau Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BESKID-BRUK P.K. z siedzibą w Czechowicach

-Dziedzicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty tego

wykonawcy, w tym dokonanie poprawy opisu pozycji 57d.5 kosztorysu

ofertowego dla ronda - branża drogowa, złożonego przez ww. wykonawcę w ofercie, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie ze zmianą treści SIWZ z dnia 15 maja 2020 r.,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Powiat Bielski, ul. Piastowska 40, 43-300 Bielsko-Biała, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BESKID-BRUK P.K., ul. Mazańcowicka 98a, 43-502 Czechowice-Dziedzice tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Powiat Bielski, ul. Piastowska 40, 43-300 Bielsko-Biała na rzecz wykonawcy P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BESKID-BRUK P.K., ul. Mazańcowicka 98a, 43-502 Czechowice-Dziedzice stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1527/20

Uzasadnienie

Zamawiający, Powiat Bielski w Bielsku-Białej, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Przebudowa drogi powiatowej nr 4453 S ul. Prusa w Czechowicach-Dziedzicach wraz z rozbudową skrzyżowania z drogą gminną nr 350012 S (ul. Barlickiego) na rondo”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 4 maja 2020 r. pod nr 536377-N-2020.

Wykonawca P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. BESKID-BRUK P.K. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach (dalej zwany „F.H.U. BESKID-BRUK”) w dniu 29 czerwca 2020 r. otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Wykonawca F.H.U. BESKID-BRUK wniósł odwołanie wobec:

- a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego,
- b) czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- c) zaniechania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp oczywistej omyłki pisarskiej,

względnie:

- d) zaniechania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
- e) zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego;
- b) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie

Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania; względnie:

- c) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie

Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;

- d) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- e) unieważnienia czynność odrzucenia oferty Odwołującego;
- f) powtórzenia czynność badania i oceny oferty Odwołującego;
- g) poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej w sposób wskazany

w treści odwołania;

względnie:

h) poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w treści odwołania;

i) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W świetle przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, i w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z informacją z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający stwierdził, że: „Zamawiający, po dokonaniu analizy całej dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności treści oferty Wykonawcy oraz jego wyjaśnień z dnia 19.06.2020 r., uznaje, że omyłki występującej w kosztorysie ofertowym dotyczącym ronda branża drogowa nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Zamawiający, z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zd. 2, nie ma również możliwości poprawienia omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to do negocjacji z Wykonawcą. W konsekwencji, pomiędzy treścią poz. 57d.5 w złożonym kosztorysie ofertowym a treścią SIWZ ustaloną Zmianą SIWZ zachodzi sprzeczność, co powoduje konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie w ogóle nie sposób mówić o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że możliwe do przyjęcia jest twierdzenie, iż pominięcie słowa „bezfazowa” w poz. 57d.5 jest oczywistą omyłką pisarską. Wbrew wywiadowi Zamawiającego, popełniona przez Odwołującego omyłka jest widoczna na pierwszy rzut oka, a jej dostrzeżenie nie wymaga jakiegokolwiek specjalistycznej wiedzy. Nie było konieczne przeprowadzenie szczegółowej analizy porównawczej kosztorysu dla ronda — branża drogowa, złożonego wraz z ofertą przez Odwołującego, ze zmianami wymaganymi do ujęcia Zmianą SIWZ w pkt 4 i 5. Dostrzeżenie popełnionej omyłki wymagało jedynie stwierdzenia, że w pkt. 4 Zmiany SIWZ Zamawiający wymagał, aby do wyceny robót w poz.

57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa została przyjęta kostka bezfazowa czerwona, natomiast Odwołujący w tej właśnie pozycji kosztorysu słowo „bezfazowa” pominął. Dla stwierdzenia braku jednego słowa w jednej pozycji kosztorysowej nie trzeba przeprowadzać jakiegokolwiek analizy porównawczej, a już zwłaszcza szczegółowej. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 319/09, który wskazuje, że oczywista omyłka pisarska może polegać również na pominięciu określonego zapisu.

Nieporozumieniem jest też stanowisko Zamawiającego, że: „Z kosztorysu złożonego wraz z ofertą wynika, że zaoferował i wycenił kostkę brukową, a po poprawieniu omyłki poprzez dodanie słowa „bezfazowa” należałoby uznać, że zaoferował i wycenił jednak inny przedmiot zamówienia niż wymagany przez Zamawiającego”. W rzeczywistości w razie dodania słowa „bezfazowa” nie byłoby żadnych wątpliwości, że Odwołujący zaoferował i wycenił dokładnie taki przedmiot zamówienia jak wymagany przez Zamawiającego. To właśnie brak słowa „bezfazowa” spowodował, że Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Poprawienie omyłki popełnionej w tym zakresie przez Odwołującego spowodowałoby, że podstawa odrzucenia oferty Odwołującego przestałaby istnieć.

Odwołujący nie zgodził się także z twierdzeniem Zamawiającego, że: „uwzględnienie wniosku Wykonawcy odnośnie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w poz. 57d.5

prowadziłoby do zmiany treści oświadczenia woli Wykonawcy". Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych 19 czerwca 2020 r. wskazał, że w swojej ofercie uwzględnił wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie i w sposób opisany w Zmianie Treści SIWZ z 15 maja 2020 r. W szczególności zmiany zostały uwzględnione w odniesieniu do pkt. 4 Zmiany SIWZ i dla pozycji nr 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa do wyceny została przyjęta wymagana przez Zamawiającego kostka, a mianowicie: kostka bezfazowa czerwona. Wycena wykonania nawierzchni z betonowej kostki brukowej bezfazowej czerwonej o gr. 8 cm (nowa kostka) na podsypce grysowej 2-6 gr. warstwy 3 cm (zjazdu publiczne) została uwzględniona przez Odwołującego w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa, mimo, że opis ww. pozycji, z powodu oczywistej omyłki pisarskiej, nie zawiera wyrazu: „befazowa”.

Na potwierdzenie, że Odwołujący w ww. pozycji kosztorysu dla ronda - branża drogowa zaoferował Zamawiającemu wymaganą kostkę bezfazową czerwoną, Odwołujący w załączeniu do wyjaśnień z 19 czerwca 2020 r. przedstawił ofertę na zaoferowaną kostkę brukową, pozyskaną przez Odwołującego na potrzeby przedmiotowego zamówienia w dniu 18 maja 2020 r. od firmy Polbruk S.A. Odwołujący wskazał, że sporządzając kosztorys ofertowy

dla ronda - branża drogowa oparł się na ww. ofercie.

Poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego nie prowadziłoby do zmiany treści oświadczenia woli Odwołującego, gdyż treść ta od samego początku obejmowała kostkę bezfazową czerwoną. Z braku słowa „befazowa” w pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa w żaden sposób nie wynika, że Odwołujący nie zaoferował takiej kostki, względnie że zaoferował inną kostkę, np. fazowaną.

Odwołujący nie zgodził się z oceną Zamawiającego, jakoby twierdzenia Odwołującego były wewnętrznie sprzeczne. Skorzystanie z edytowanej wersji kosztorysu udostępnionej przez Zamawiającego w żaden sposób nie wyklucza możliwości popełnienia w nim oczywistej omyłki pisarskiej.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w pkt 3 Zmiany SIWZ wskazał, iż do materiałów przetargowych zamieszczonych na stronie internetowej dodał pliki (wersje edytowalne):

- „Przedmiar robót — droga - edytowalny”
- „Kosztorys ofertowy — rondo br. drogowa — edytowalny”
- „Kosztorys ofertowy — rondo br. teletechniczna - edytowalny”
- „Kosztorys ofertowy — rondo br. elektroenergetyczna - edytowalny”

W wersji edytowalnej kosztorysu ofertowego — rondo br. drogowa Zamawiający nie wprowadził jednak zmian, które nakazał uwzględnić w pkt. 4 Zmiany SIWZ. Takie postępowanie Zamawiającego niewątpliwie przyczyniło się do popełnienia przez wykonawcę wskazanej powyżej oczywistej omyłki pisarskiej. Jest oczywiste, że wobec niewprowadzenia przez Zamawiającego do ww. wersji edytowalnej kosztorysu ofertowego — rondo br. drogowa zmian, które nakazał uwzględnić w pkt. 4 Zmiany SIWZ, zmiany te powinny zostać wprowadzone przez wykonawców. Odwołujący, w przypadku pozycji 57d.5 kosztorysu, wskutek oczywistej omyłki pisarskiej, nie wprowadził zmiany polegającej na dopisaniu słowa „befazowa”.

Odwołujący wyjaśnił, że nie przyjął do oferty ani wprowadzonej Zmianą SIWZ w pkt 4 i 5 treści opisu dla pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa, ani wprowadzonej Zmianą SIWZ w pkt 4 i 5 treści opisu dla pozostałych pięciu zmienionych pozycji kosztorysu dla ronda - branża drogowa. Zamawiający w przypadku pięciu zmienionych pozycji kosztorysu dokonał w ofercie Odwołującego poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, natomiast w przypadku pozycji 57d.5 kosztorysu uznał, że nie ma możliwości jej poprawienia i z tego względu odrzucił ofertę Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby: „Wykonawca wyrażając zgodę ma poprawienie omyłek w pięciu pozycjach kosztorysu dla ronda branża drogowa i równocześnie twierdząc, że w szóstej popełnił oczywistą omyłkę pisarską poprzez nieuwzględnienie jednego słowa, de facto przeczy sam sobie, przyjmując dla różnych pozycji różne sytuacje faktyczne (dla pięciu poprawionych przez Zamawiającego nieuwzględnienie treści Zmiany SIWZ a dla jednej oczywiście omyłkowy brak uwzględnienia jednego słowa)”. Odwołujący wskazał, że w jego stanowisku nie ma żadnej sprzeczności. W przypadku pięciu poprawionych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu ich treść faktycznie nie odpowiadała treści SIWZ i konieczne było ich poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przy czym w żadnej z pięciu poprawionych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu nie wystąpiła sytuacja, że niezgodność z treścią SIWZ sprowadzała się do braku jednego słowa - taka sytuacja wystąpiła tylko i wyłącznie w przypadku pozycji 57d.5 kosztorysu. Zatem w pełni zasadnie

Odwołujący wskazał, że dla różnych pozycji kosztorysu mamy różne sytuacje faktyczne.

Ponadto, nie sposób wymagać od Odwołującego, aby otrzymawszy od Zamawiającego informację o poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pięciu pozycji kosztorysu, których treść faktycznie nie odpowiadała treści SIWZ, reagował brakiem zgody na dokonanie takich poprawek tylko z tego względu, że Zamawiający winien ich dokonać na innej podstawie, tj. jako oczywistych omyłek pisarskich. Z punktu widzenia Odwołującego nie ma żadnej różnicy, czy popełnione przez niego omyłki zostaną poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp czy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, byleby w rezultacie brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Odwołującego, przedstawiona Zamawiającemu oferta Polbruk S.A. dowodzi, że Odwołujący w pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa zaoferował wymaganą przez kostkę bezfazową. Nie ma żadnych wątpliwości, że oferta ta jest dedykowana dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, co wynika z jej treści. Wszystkie materiały wycenione w ww. ofercie Polbruk S.A. są materiałami niezbędnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia, które należało wycenić w kosztorysach ofertowych. Zamawiający nie wyjaśnił nawet, które konkretnie pozycje oferty Polbruk S.A. zawierają wycenę innych materiałów, niż wymagane przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Polbruk S.A., opisując w ofercie zaoferowany Odwołującemu towar, posłużył się nieco innym nazewnictwem niż użyte przez Zamawiającego w przedmiarach robót. Każdy z producentów wyrobów betonowych posługuje się bowiem innymi określeniami na ich opisanie i nie sposób oczekiwać, aby w ofercie składanej Odwołującemu producent dostosował się do nazewnictwa stosowanego przez Zamawiającego. Wszelkie ewentualne różnice w ilości materiałów wynikają z tego, że Odwołujący dysponuje zapasami magazynowymi części potrzebnych materiałów, a ponadto często ilości podawane przez zamawiających w przedmiarach robót w praktyce okazują się zaniżone, dlatego Odwołujący chciał upewnić się, że będzie mógł zamówić u producenta większą ilość materiałów w przypadku takiej potrzeby oraz za jaką cenę.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, i w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jedyną i wyłączną podstawą odrzucenia oferty była niezgodność treści poz. 57d.5 w złożonym kosztorysie ofertowym z treścią SIWZ. Niezgodność ta polega na braku użycia w poz. 57d.5 kosztorysu ofertowego słowa: „bezfazowa”, czyli na braku wskazania, że zaoferowana w tej pozycji kosztorysu kostka brukowa czerwona o gr. 8 cm (nowa kostka) na podsypce grysowej 2-6 gr. warstwy 3cm jest kostką bezfazową.

W ocenie Odwołującego, brak powyższej informacji w żadnym wypadku nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący podkreślił, że w SIWZ Zamawiający odnośnie kosztorysów ofertowych ograniczył się do wskazania, iż oferta przetargowa winna zawierać: „b) kosztorysy ofertowe (sporządzone w oparciu o przedmiary robót) - ceny jednostkowe i wartości pieniężne należy podawać z dokładnością do 2 miejsc po przecinku” (pkt 5 ppkt 5.1. lit. b SIWZ), a ponadto, że „2. W cenie jednostkowej danej pozycji kosztorysowej należy także ująć wszystkie czynności, wymagania oraz badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w STWiORB i dokumentacji projektowej” (pkt 11 ppkt 2 SIWZ).

Powyższe wymagania w przypadku kosztorysów złożonych przez Odwołującego są spełnione.

Odwołujący w wyjaśnieniach z 19 czerwca 2020 r. wskazał, że w ofercie uwzględnił wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie i w sposób opisany w dokumencie: Zmiana Treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z 15 maja 2020 r. W szczególności zmiany zostały uwzględnione w odniesieniu do pkt. 4 Zmiany SIWZ i dla pozycji nr 57d.5

kosztorysu dla ronda - branża drogowa - do wyceny została przyjęta wymagana przez Zamawiającego kostka bezfazowa czerwona.

W SIWZ próżno szukać wskazania, że w kosztorysach ofertowych wykonawcy mają zawrzeć informację o typie zaoferowanej kostki brukowej (fazowa, bezfazowa czy z moikrofazą). Zamawiający nie wskazał także w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego postanowienia SIWZ, z którego takie wymaganie miałoby wynikać. Opis zamieszczony przez Odwołującego w 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa („Wykonanie nawierzchni z

bet. kostki brukowej czerwonej o gr. 8cm (nowa kostka) na podsypce grysowej 2-6 gr. warstwy 3cm (zjazdy publiczne)”) w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z wymaganiem, aby ww.

kostka brukowa była kostką bezfazową. Odwołujący podkreślił, że powyższe wymaganie nie wynika też ze Zmiany SIWZ w pkt 4. Zgodnie z wymaganiem tego punktu, Odwołujący uwzględnił wskazaną przez Zamawiającego zmianę w poz. 57d.5 przy wycenie robót dla ronda — branża drogowa, na co wskazał też Zamawiającemu w wyjaśnieniach treści oferty z 19

czerwca 2020 r.

W ocenie Odwołującego, wobec braku jakichkolwiek wymagań SIWZ odnośnie sposobu czy poziomu szczegółowości opisu poszczególnych pozycji w kosztorysach ofertowych, Odwołujący miał pełne prawo przyjąć, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w sporządzeniu tych opisów, a jej granicą był jedynie brak sprzeczności z przedmiarami. Jeżeli Zamawiający oczekiwał podania w kosztorysach ofertowych jakiś konkretnych parametrów czy właściwości oferowanych materiałów budowlanych, to powinien to jasno i wyraźnie wskazać w SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że kostka brukowa opisana w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa może być kostką bezfazową, fazowaną oraz z mikrofazą. Różnica między ww. typami sprowadza się do niewielkiej różnicy w kształtach, wszystkie pozostałe parametry kostki brukowej są takie same, niezależnie od jej typu (kształtu). Przed Zmianą SIWZ wprowadzoną w pkt 4 Zamawiający nie dookreślił w przedmiarze robót dla ronda - branża drogowa, który konkretnie z ww. typów kostki brukowej ma zostać mu zaoferowany. Z żadnego punktu SIWZ nie wynikało, że wykonawcy mają obowiązek wskazać w kosztorysie ofertowym, który konkretnie typ kostki brukowej zaoferowali w pkt. 57d.5 kosztorysu. Brak takiego nakazu był oczywistą konsekwencją braku jakiegokolwiek wymagania co do typu kostki brukowej.

W pkt 4 Zmiany SIWZ Zamawiający doprecyzował, że wymagana w pozycji 57d.5 przedmiaru kostka brukowa ma być kostką bezfazową. Jednak nakazu wskazania w kosztorysie ofertowym typu oferowanej kostki brukowej Zamawiający nadal nie wprowadził. W tych okolicznościach fakt, że nie wskazano w ofercie Odwołującego wyraźnie typu oferowanej kostki brukowej nie stanowi niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt III Ca 70/15, na potwierdzenie, że wątpliwości powstałe na tle SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Powołując się na wyrok KIO 473/14 z dnia 28.03.2014 r. Odwołujący wskazał, że za niedopuszczalne uznać należy odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, że wykonawca nie dostosował się do niezawartych w SIWZ oczekiwań czy wyobrażeń Zamawiającego dotyczących zawartości oferty. Nawet jeżeli przyjąć, iż w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa miał on obowiązek potwierdzić wprost, iż oferowana Zamawiającemu kostka brukowa jest kostką bezfazową, i że brak takiego potwierdzenia stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, to powyższa niezgodność może zostać usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako inna omyłka polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, którą Zamawiający mógł i powinien poprawić. Wystąpienie powyższej omyłki nie uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Poprawa omyłki popełnionej przez Odwołującego w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa w żaden sposób nie doprowadzi do znieszczenia jego woli w zakresie istotnej części jego oferty, wręcz przeciwnie, będzie stanowił wyłączenie korektę błędnego przejawu owej woli. Uzupełnienie pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa o słowo „bezfazowa” nie będzie stanowił zmiany typu oferowanej kostki brukowej, gdyż ten nie został wskazany w ofercie Odwołującego - będzie to wyłącznie doprecyzowanie oferty w tym zakresie. Powyższa zmiana nie tylko, że nie ma charakteru istotnego, to należy ją oceniać jako minimalną. Zamawiający nie musi sięgać do innych pozycji kosztorysu, nie musi zmieniać ceny jednostkowej, nie musi dokonywać jakichkolwiek przeliczeń, gdyż Odwołujący w pkt. 57d.5 kosztorysu wycenił właśnie kostkę bezfazową, a jedynie nie wskazał tego wprost w swojej ofercie. Ponadto, różnica między typami kostek brukowych (bezfazowa, fazowana, z mikrofazą) nie ma większego znaczenia ani dla wykonawców, ani dla producentów. Zwłaszcza z punktu widzenia producentów kostek brukowych, betonowa kostka brukowa o wymiarach 10 x 20 x 8 cm fazowana, bezfazowa oraz z mikrofazą to praktycznie ten sam produkt, sprzedawany w tej samej cenie, ujmowany w tej samej pozycji w cennikach i katalogach oraz pakowany i dostarczany w ten sam sposób. Odwołujący przywołał orzeczenia: wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 543/15; KIO 544/15; KIO 553/15.

Zdaniem Odwołującego, typ (kształt) kostki brukowej (bezfazowa, fazowana, z mikrofazą) nie ma też większego znaczenia dla Zamawiającego, co wynika z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ z 15 maja 2020 r. w odpowiedzi na pytania nr 2

i 3, w których Zamawiający dopuścił możliwość zmiany kształtu kostki brukowej.

Nie jest też przeszkodą do poprawienia omyłki w ofercie to, że o typie kostki brukowej oferowanej przez Odwołującego Zamawiający dowiedział się z wyjaśnień treści oferty udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W świetle utrwalonego orzecznictwa KIO w okolicznościach niniejszej sprawy zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie dokonanie poprawienia omyłki w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest w pełni dopuszczalne.

Z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika zamiar zaoferowania kostek

brukowych zgodnych z wymaganiami SIWZ - w pkt 1 Formularza Ofertowego Odwołujący jasno i wyraźnie oświadczył: „Oferujemy wykonanie wyżej wymienionego przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia” oraz że: „Cena zawiera wszystkie koszty i nakłady niezbędne do zrealizowania przedmiotu

zamówienia, w tym łączną wartość kosztorysów ofertowych oraz rezerwę stanowiącą 3% wynagrodzenia kosztorysowego, płatną w przypadkach określonych w umowie”. Powyższe stanowisko Odwołującego ma pełne oparcie w orzecznictwie KIO (wyrok z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 140/13). Odwołujący podkreślił, że w jego ofercie wskutek popełnienia omyłki zaistniała wewnętrzna sprzeczność. Z jednej strony Odwołujący w sposób ogólny potwierdził w Formularzu Ofertowym, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie objętym SIWZ i że cena oferty zawiera wszystkie niezbędne w tym celu koszty i nakłady, z drugiej strony omyłkowo w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa nie wskazał, że oferowany typ kostki brukowej to „bezfazowa”. Usunięcie tej wewnętrznej sprzeczności nie będzie zatem stanowić niedopuszczalnych negocjacji, ale wyłącznie korektę błędnego przejawu woli Odwołującego.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zamawiający całkowicie bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada treści SIWZ, a zatem jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego.

Wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł w odpowiedzi na odwołanie o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego, zarzuty są bezzasadne, gdyż nie doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że istotą „oczywistości” omyłki, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jest m.in. to, że ma ona być widoczna na pierwszy rzut oka i zakwalifikowana jako taka, w sposób obiektywny, przez każdą osobę, nieposiadającą wiedzy specjalistycznej, która czyta dany tekst (tak m. in.: KO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2016, sygn. akt: KIO 431/16).

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że każda osoba, nawet taka która nie zna się na sporządzaniu kosztorysów, czy nie zna specyfiki prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, analizując 1523 pozycje, bez porównywania ich treści z treścią zmian w SIWZ, które mieli uwzględnić wykonawcy sporządzając kosztorys, byłaby w stanie zauważyć brak jednego, aczkolwiek istotnie wpływającego na treść oferty, słowa.

Odwołujący próbuje na obecnym etapie wykreować istnienie prawidłowej treści oferty, której de facto od momentu jej złożenia nie było. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie uwzględnił zmiany SIWZ w ofercie i wycenił inny niż wymagany przedmiot zamówienia.

Odwołujący stara się niejako przerzucić odpowiedzialność za brak ujęcia w swojej ofercie Zmiany SIWZ na Zamawiającego, poprzez brak udostępnienia edytowalnej wersji kosztorysu dla branży drogowej w zakresie ronda, uwzględniającej Zmianę SIWZ. Zamawiający wskazał, że nie był zobowiązany do publikacji ujednoliconej, zawierającej Zmianę SIWZ treści kosztorysów, gdyż taki wymóg nie wynika z przepisów Pzp, a ponadto Projekt Wykonawczy dotyczący budowy ronda był realizowany na zlecenie Urzędu Miasta

Czechowice-Dziedzice. Na etapie postępowania o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę projekt został udostępniony Powiatowi Bielskiemu, dlatego wszystkie elementy projektu zostały odpowiednio dostosowane poprzez wpisanie inwestora. W związku z tym Zamawiający, którego nie wiązał z projektantem żaden stosunek umowny, nie miał możliwości wymagania od niego naniesienia zmian, które zostały wprowadzone w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do projektu drogi, w związku z tym, że projektant realizował projekt na zlecenie Zamawiającego miał on gwarancję, że w razie potrzeby niezbędne zmiany, w tym wynikające z treści SIWZ, zostaną wprowadzone. Dodatkowo, Zamawiający podkreślił, że w odniesieniu do przedmiarów dla projektu wykonawczego dotyczącego drogi dysponował ich wersjami edytowalnymi. W przypadku analogicznych dokumentów dotyczących ronda Zamawiający uzyskał dostęp do ich edytowalnych wersji dopiero na etapie prowadzenia postępowania. Jednakże wprowadzenie zmian do dokumentów przez Zamawiającego nie było możliwe, gdyż udostępnione Zamawiającemu wersje były niemożliwe do odczytu dla osób nieposiadających odpowiednich programów do kosztorysowania. Zamawiający nie został upoważniony do dokonywania zmian w tych dokumentach ani przez Gminę Czechowice — Dziedzice, ani tym bardziej przez projektanta. Dokonanie takich zmian bez uprawnionego podmiotu dysponującego autorskimi prawami majątkowymi do przedmiotowych dokumentów naraziłoby Zamawiającego na potencjalne roszczenia.

Odwołujący przyznał w treści odwołania, że treść Zmiany SIWZ w zakresie pkt 4 i 5 nie została uwzględniona w ogóle przez Odwołującego. Dlatego też Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że nie sposób przyjąć, iż Odwołujący, przy całkowitym nieuwzględnieniu Zmiany SIWZ, omyłkowo tylko w jednej pozycji nie uwzględnił słowa „bezfazowa”, jednak wycenił prawidłową kostkę, wymaganą przez Zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, iż „dla różnych pozycji kosztorysu mamy różne sytuacje faktyczne”. Zdaniem Zamawiającego, sytuacja jest taka sama dla całego kosztorysu, w którym Odwołujący nie wprowadził wymaganych Zmianą SIWZ opisów w pozycjach opisanych w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Ponadto, brak, który według Odwołującego nosi przymiot oczywistej omyłki pisarskiej, nie może równocześnie być inną omyłką w rozumieniu przywołanego wyżej przepisu Pzp. Jeżeli pewien brak na pierwszy rzut oka jest oczywistą omyłką pisarską, której wystąpienie w sposób obiektywny może stwierdzić nawet laik nieposiadający wiedzy specjalistycznej, nie może być traktowany zamiennie jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią SIWZ, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Kategorie omyłek wymienione w art. 87 ust 2 są rozłączne i nie ma możliwości, aby w tym przypadku zakwalifikować niezgodny z treścią SIWZ opis oferowanego przedmiotu zamówienia zamiennie albo jako jedną omyłkę, albo jako drugą.

Zamawiający wskazał również, że zgodnie z art. 190 ust 1 Pzp, ciężar dowodu dla stwierdzenia faktów, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne spoczywa na Odwołującym. Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń. W szczególności nie stanowi takiego dowodu oferta Polbruk S.A. załączona do wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2020 r. Dokument ten zawiera różne nazwy towarowe, brak w nim również informacji o kształcie i wymiarach oferowanej kostki, a opis materiałów nie wskazuje jednoznacznie na kostkę brukową przyjętą w kosztorysie ofertowym Odwołującego. Zawarte w ofercie Polbruk S.A. ilości kostek brukowych są niższe aniżeli ilości ujęte w kosztorysie ofertowym, co uniemożliwia Zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że została ona sporządzona na potrzeby przedmiotowego postępowania. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że pozostałe ilości oferowanych materiałów posiada w swoich magazynach. Na moment złożenia odwołania są to tylko gołosłowne twierdzenia.

Odwołujący nie przedłożył zapytania ofertowego, a użycie innego niż przyjęte w przedmiarach nazewnictwa było spowodowane albo faktem, iż wycena została przygotowana na potrzeby innego postępowania, albo Polbruk S.A. wycenił inne niż wymagane w przedmiarach materiały, a tym samym ich przyjęcie w ofercie spowodowało sprzeczność oferty z treścią SIWZ w zakresie będącym osią sporu.

Zamawiający podniósł, że opis oferowanego przedmiotu zamówienia musi być dokonany przez wykonawcę w sposób prawidłowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny oferty i ustalić, co zaoferował mu wykonawca. Skoro sam Odwołujący wskazuje na trzy dostępne rodzaje kostek, to tym bardziej wskazuje na brak oczywistości omyłki. Dokonanie przez Zamawiającego Zmiany SIWZ wymuszało na wykonawcach dodanie do opisu w poz. 57.d5 słowa „bezfazowa”. Brak określenia rodzaju kostki nie dawał Zamawiającemu możliwości stwierdzenia, co zaoferował wykonawca (por. wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1108/140>

Zamawiający nie zgodził się z przyjętym przez Odwołującego założeniem, że wobec braku jakichkolwiek wymagań SIWZ odnośnie sposobu, czy poziomu szczegółowości opisu

poszczególnych pozycji w kosztorysach ofertowych, Odwołujący miał prawo przyjąć, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w sporządzeniu tych opisów, a jej granicą był jedynie brak sprzeczności z przedmiarami. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 62612013, zadawanie pytań do treści SIWZ jest nie tylko uprawnieniem, ale i obowiązkiem wykonawcy, który należy postrzegać w kontekście obowiązku dochowania należytej staranności wykonywaniu zamówienia. Swoboda w wypełnieniu kosztorysów doprowadziłaby do tego, że każdy z wykonawców mógłby przyjąć w opisach kosztorysowych inne nazewnictwo, czy też inne parametry oferowanych materiałów, co w efekcie prowadziłoby do nieporównywalności ofert. Nigdzie w treści SIWZ ani jej zmian, Zamawiający nie dopuścił takiej swobody, którą przyjął Odwołujący, co doprowadziło do powstania nieusuwalnego błędu, skutkującego odrzuceniem jego oferty, jako sprzecznej z treścią SIWZ. W przypadku przedmiotowej pozycji dla ronda nie było odpowiadającej pozycji w kosztorysie dla drogi. Poprawienie przedmiotowego braku w poz. 57d.5 bez poprawienia ceny, spowodowałoby przyjęcie wyceny innego materiału (tj. kostki z fazą, czy też mikrofazą — niebyło to oczywiste z uwagi na brak opisu) dla kostki bezzfazowej, co spowodowałoby, że to Zamawiający de facto kształtuje treść oferty Odwołującego, domyślając się jedynie, czy i za jaką cenę została zaoferowana jakaś kostka brukowa. Takie postępowanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie przepisów Pzp, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że doprecyzowanie oferty w ocenie Zamawiającego nie może mieć miejsca na etapie badania i oceny, gdyż stanowiłoby to zmianę jej treści. Konieczność doprecyzowania oferty wskazuje dobitnie na fakt, iż w ofercie Odwołującego nie został zaoferowany wymagany przez Zamawiającego materiał, a tym samym podlega ona odrzuceniu.

Zamawiający podkreślił, że w zależności od producenta koszt wykonania kostki brukowej bezzfazowej od fazowanej może różnić się cenowo. Ponadto, różnica pomiędzy tymi wyrobami jest widoczna również wizualnie, nawierzchnia brukowa z kostki bezzfazowej jest prawie gładka, co może się wiązać się z większą prędkością podczas zabudowy w stosunku do nawierzchni z kostki fazowanej oraz może być to: powodem zwiększenia kosztu robocizny przez wykonawcę w pozycji kosztorysowej odnoszącej się do danego rodzaju kostki.

Ponadto, rodzaj kostki wpływa również na koszty utrzymania czystości w gminie, Kostka bezzfazowa jest tańsza w utrzymaniu czystości. Zamawiający nie wskazywałby rodzaju kostki, z której ma być wykonana dana nawierzchnia gdyby nie miało to znaczenia. Na marginesie Zamawiający wskazał, że w innych pozycjach kosztorysowych (poza poprawionymi przez Zamawiającego) Odwołujący nie miał problemu z przyjęciem prawidłowych rodzajów kostek i ich dokładnym wskazaniem. Zamawiający przedłożył w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie przykładową ofertę producenta kostki brukowej, który rozróżnia poszczególne rodzaje tego wyrobu..

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca, Berger Bau Polska Sp. z o.o., skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące przebudowę drogi powiatowej nr 4453 S ul. Prusa w Czechowicach-Dziedzicach wraz z rozbudową skrzyżowania z drogą gminną nr 350012 S (ul. Barlickiego) na rondo.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego na oferowane roboty, który miał w postępowaniu istotne znaczenie dla Zamawiającego z uwagi na przyjęcie kosztorysowego (obmiarowego) charakteru wynagrodzenia wykonawcy. W SIWZ Zamawiający wskazał, że oferta przetargowa winna zawierać:

- „b) kosztorysy ofertowe (sporządzone w oparciu o przedmiary robót) - ceny jednostkowe i wartości pieniężne należy podawać z dokładnością do 2 miejsc po przecinku”

(pkt 5 ppkt 5.1. lit. b SIWZ),

- „2. W cenie jednostkowej danej pozycji kosztorysowej należy także ująć wszystkie czynności, wymagania oraz badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w STWiORB i dokumentacji projektowej” (pkt 11 ppkt 2 SIWZ).

W dniu 15 maja 2020 r. Zamawiający wprowadził zmiany do treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym w kosztorysie ofertowym dla ronda - branża drogowa w celu ujednolicenia nawierzchni z kostki brukowej na chodnikach i zjazdach ronda i jezdni, w odniesieniu do pozycji 56d.5, 57d.5, 62d.5, 59, 60 (pkt 4 Zmiany SIWZ) oraz poz. 55d.5 (pkt 5 Zmiany SIWZ). W odniesieniu do poz. 57d.5 Zamawiający wymagał uwzględnienia w kosztorysie ofertowym kostki bezfazowej czerwonej.

W związku z powyższą zmianą treści kosztorysu Zamawiający nie opublikował zaktualizowanego przedmiaru i kosztorysu ofertowego. Zamawiający wskazał w treści informacji z dnia 15 maja 2020 r. wprowadzającej ww. zmiany treści SIWZ, że wykonawcy są zobowiązani uwzględnić wprowadzone zmiany w swoich ofertach.

Odwołujący złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, sporządzony w oparciu o edytowalną wersję kosztorysu udostępnioną przez Zamawiającego w ramach dokumentacji

15

przetargowej, w tym kosztorys dla ronda - branża drogowa, w którym w pozycjach 55d.5, 56d.5, 57d.5, 62d.5, 59, 60 nie wprowadził opisu pozycji odzwierciedlającego zmiany SIWZ z dnia 15 maja 2020 r. W szczególności Odwołujący wskazał w poz. 57d.5 kosztorysu, że oferuje nową kostkę brukową czerwoną o grubości 8 cm (nowa kostka) na podsypce grysowej 2-6 gr. warstwy 3 cm (zjazdy publiczne). Odwołujący nie wskazał w opisie tej pozycji, że oferowana kostka jest typu: bezfazowa.

W pkt 1 Formularza Ofertowego Odwołujący oświadczył: „Oferujemy wykonanie wyżej

wymienionego przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia” oraz: „Cena zawiera wszystkie koszty i nakłady niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia, w tym łączną wartość kosztorysów ofertowych oraz rezerwę stanowiącą 3% wynagrodzenia kosztorysowego, płatną w przypadkach określonych w umowie”.

W dniu 16 czerwca 2020 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu omyłek w treści jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp oraz wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający dokonał poprawy omyłek w pięciu pozycjach kosztorysowych kosztorysu dot. ronda - branża drogowa: 55d.5, 56d.5, 59d.5, 60d.5, 62d.5. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 15 maja 2020 r. dokonał zmian treści SIWZ m.in. w kosztorysach ofertowych dotyczących branży drogowej w zakresie przyjęcia innych rozwiązań technologicznych i materiałowych w projektach dotyczących drogi oraz ronda, wynikających z konieczności ujednolicenia nawierzchni wskazanych w obydwu kosztorysach. W części dotyczącej ronda Zamawiający wskazał na pkt 4 i 5 Zmiany SIWZ z dnia 15 maja 2020 r. Zamawiający wyjaśnił, że uwzględnienie w składanej ofercie Zmiany SIWZ jest warunkiem niezbędnym do prawidłowej wyceny robót budowlanych, natomiast w złożonym przez Odwołującego wraz z ofertą kosztorysie ofertowym dotyczącym ronda - branża drogowa nie zostały wprowadzone zmiany, o których mowa w pkt 4 i 5 Zmiany SIWZ, w szczególności dotyczące materiałów nawierzchni z kostki brukowej, podbudowy zatoki autobusowej oraz nawierzchni warstwy ścieralnej. Zamawiający we wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego dokonał poprawy zarówno opisu poszczególnych pozycji jak i dokonał przeliczenia ich wartości, a w konsekwencji przeliczenia ceny oferty.

W wezwaniu do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy Odwołujący uwzględnił wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie i w sposób opisany w pkt 4 Zmiany SIWZ z dnia 15 maja 2020 r. dla pozycji 57d5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa (tj. wymagana zmiana kostki na „bezfazową czerwoną”), a jeżeli tak, wskazania, w której pozycji kosztorysowej (jednoznacznie odpowiadającej treści wprowadzonej zmiany).

Odwołujący, pismem z dnia 19 czerwca 2020 r. wyraził zgodę na dokonaną przez

Zamawiającego poprawy omyłek w treści oferty. W zakresie wymaganych wyjaśnień poinformował, że w złożonej ofercie uwzględnił wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie i w sposób opisany w dokumencie: Zmiana Treści SIWZ z dnia 15 maja 2020 r., w tym w odniesieniu do pkt 4 Zmiany SIWZ i dla pozycji 57d5 kosztorysu dla ronda-branża drogowa do

wyceny została przyjęta wymagana przez Zamawiającego kostka a mianowicie: kostka bezfazowa czerwona, mimo, że opis tej pozycji z powodu oczywistej omyłki pisarskiej nie zawiera wprost wyrazu „bezfazowa”. Odwołujący przedstawił w załączeniu do wyjaśnień ofertę na zaoferowaną kostkę brukową pozyskaną na potrzeby przedmiotowego zamówienia w dniu

18 maja 2020 r. od Polbruk S.A., na której oprat się sporządzając kosztorys ofertowy dla ronda - branża drogowa. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o poprawienie opisanej omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej, która powinna polegać na dodaniu w poz. 57d.5 kosztorysu ofertowego dla ronda - branża drogowa wyrazu „bezfazowej”. Odwołujący wskazał, że w wersji edytowalnej kosztorysu ofertowego - rondo br. drogowa Zamawiający nie wprowadził zmian, które nakazał uwzględnić w pkt 4 Zmiany SIWZ, co przyczyniło się do popełnienia przez wykonawcę wskazanej oczywistej omyłki pisarskiej.

Pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Odwołującego w odniesieniu do pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa są wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony twierdzi on, że popełnił oczywistą omyłkę pisarską, a z drugiej strony, że wykorzystał edytowalną wersję kosztorysu udostępnioną przez Zamawiającego bez wprowadzonych zmian wynikających ze Zmiany SIWZ z dnia 15 maja 2020 r. Zdaniem Zamawiającego, nie sposób przyjąć, że wykonawca popełnił oczywistą omyłkę pisarską w tej jednej pozycji, przyjmując jednocześnie do oferty treść opisu nie tylko dla tej pozycji, ale również dla pozostałych pięciu wprowadzonych przez Zamawiającego Zmianą SIWZ w pkt 4 i 5. Zdaniem Zamawiającego, omyłka wykonawcy jest ewidentna, ale nie jest ona oczywistą omyłką pisarską, gdyż polega na pominięciu zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w pkt 4 i 5 Zmiany SIWZ. W pięciu pozycjach, których dotyczyła Zmiana SIWZ Zamawiający zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ w kosztorysie znajdowały się pozycje analogiczne. Nie było natomiast takiej możliwości w odniesieniu do pozycji 57d.5. Zamawiający stwierdził, że z załączonej do wyjaśnień z dnia

19 czerwca 2020 r. oferty firmy Polbruk S.A. nie wynika, że jest to oferta dedykowana do przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że po dokonaniu analizy całej dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności treści oferty Odwołującego oraz jego wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2020 r. uznał, że omyłki występującej w kosztorysie ofertowym dla ronda - branża drogowa w poz. 57d.5 nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Zamawiający wskazał również, że nie ma możliwości poprawienia ww. omyłki w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż prowadziłoby to do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, o których mowa w art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

I. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej.

Zgodnie z ww. informacją z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający stwierdził, że treść złożonej przez Odwołującego oferty i wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2020 r. wskazuje, że omyłki występującej w kosztorysie ofertowym dotyczącym ronda - branża drogowa w poz. 57d.5 nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską.

Izba podzieliła powyższe stanowisko Zamawiającego. W ocenie Izby, treść oferty, w tym w szczególności treść kosztorysu ofertowego dla ronda - branża drogowa wskazuje, że omyłka w opisie poz. 57d.5 ww. kosztorysu powstała dokładnie w ten sam sposób, jak pozostałe omyłki w tym kosztorysie (które Zamawiający poprawił w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), tj. w rezultacie braku wprowadzenia przez Odwołującego do treści kosztorysu ofertowego zmian wynikających ze Zmiany SIWZ z dnia 15 maja 2020 r. w tym zakresie (pkt 4 i 5 Zmiany). Wszystkie powyższe pozycje zostały zmienione przez Zamawiającego tym samym aktem i w całości nie zostały one wprowadzone przez Odwołującego do złożonego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Odwołujący przyznał w odwołaniu, że nie przyjął do oferty wprowadzonej Zmianą SIWZ w pkt 4 i 5 treści opisu dla pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa, ani wprowadzonej Zmianą SIWZ w pkt 4 i 5 treści opisu dla pozostałych pięciu zmienionych pozycji kosztorysu dla ronda - branża drogowa, które Zamawiający poprawił jako inne omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego należy zauważyć, że istotą powyższej omyłki nie jest samo pominięcie słowa „bezfazowa” w opisie pozycji 57d.5, lecz de facto niewprowadzenie zmiany, polegającej na dodaniu w opisie kostki brukowej słowa „bezfazowa” doprecyzowującej typ wymaganej kostki. Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego,

że z sześciu zmienionych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu, tylko w tej jednej pozycji Odwołujący pominął w wyniku błędu pisarskiego ww. jedno słowo, podczas gdy w pozostałym zakresie pozycji, wynikającym ze Zmiany SIWZ z dnia 15 maja 2020 r., nie wprowadził wymaganych zmian. Zdaniem Izby, należy w tym przypadku przyjąć w sposób niebudzący wątpliwości, że mechanizm popełnienia omyłek w sześciu pozycjach ww. kosztorysu ofertowego był taki sam i wynikał z tego samego działania Odwołującego w odniesieniu do wszystkich pozycji, tj. sporządzenia kosztorysu ofertowego w oparciu o wersję formularza udostępnioną przez Zamawiającego nieuwzględniającą wprowadzonych zmian.

Zauważyć należy, że pominięcie słowa „bezfazowa” w poz. 57d.5 można byłoby uznać za oczywistą omyłkę pisarską w przypadku, gdyby okoliczności sprawy potwierdzały, że wykonawca jedynie ze względów technicznych nieopatrznie pominął to słowo. Tymczasem całokształt okoliczności w tej sprawie wskazuje, że brak słowa „bezfazowa” w opisie pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa jest wynikiem pominięcia w całości zmiany treści SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 15 maja 2020 r. O charakterze omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej nie przesądza też fakt, czy brak (pominięcie) w opisie pozycji dotyczy tylko jednego słowa, czy też większej ilości słów.

Podkreślić w tym miejscu również należy, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że pominięcie słowa „bezfazowa” w opisie poz. 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa było wynikiem omyłki pisarskiej, która polegałaby wyłącznie na pominięciu wyrazu z przyczyn jedynie technicznych. W ocenie Izby, argumentacja Odwołującego w tym zakresie wskazywała raczej na możliwy, jego zdaniem, sposób poprawy tej omyłki, biorąc pod uwagę jej zewnętrzny wyraz, polegający na braku w opisie pozycji jednego słowa, w oderwaniu jednak od całościowej oceny stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Podkreślić należy, że zmiana treści tej pozycji przez Zamawiającego polegała na dodaniu w opisie kostki słowa „bezfazowej”, zatem w okolicznościach zastosowania przez Odwołującego niezmienionego kosztorysu ofertowego, brak słowa „bezfazowej” w opisie tej pozycji oznacza w rzeczywistości brak wprowadzenia w całości zmiany dokonanej przez Zamawiającego w dniu 15 maja 2020 r. W ocenie Izby, omyłka polegająca na braku wprowadzenia przez Odwołującego w opisie pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa słowa „bezfazowa” nie różni się swoim charakterem od omyłek, które Zamawiający poprawił w tym samym kosztorysie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający nie jest związany proponowaną przez wykonawcę interpretacją danego stanu faktycznego w kontekście możliwości zakwalifikowania danych okoliczności jako określonego rodzaju omyłki, na podstawie przepisów ustawy Pzp. Niewątpliwie to na Zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym wypełnianie stosownych procedur, niezależnie od oceny dokonywanej przez wykonawców. W tym kontekście zrozumiałe jest stanowisko, zgodnie z którym Odwołujący wskazał, że „Z punktu widzenia Odwołującego nie ma żadnej różnicy, czy popełnione przez niego omyłki zostaną poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp czy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, byleby w rezultacie brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”, co nie zmienia faktu, że to Zamawiający jednak, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miał obowiązek dokonać właściwej oceny prawnej każdej sytuacji występującej w prowadzonym postępowaniu.

II. Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność treści oferty w zakresie poz. 57d.5 w złożonym kosztorysie ofertowym z treścią SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak wskazano w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej

oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami 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." Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Dla stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ konieczne jest w pierwszej kolejności ustalenie wymagania SIWZ, z którym zachodzi sprzeczność w ofercie. W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę, że w wersji edytowalnej kosztorysu ofertowego — rondo br. drogowa, załączonej w formie pliku do zmiany z dnia 15 maja 2020 r., zgodnie z pkt 3, Zamawiający nie wprowadził zmian, których uwzględnienia oczekiwał od wykonawców. Żaden przepis rzeczywiście nie zobowiązuje Zamawiającego do ujednolicenia treści SIWZ w wyniku wprowadzanych zmian, jednak biorąc pod uwagę, że dla prawidłowego rozliczania robót istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu ma kosztorys ofertowy i ceny jednostkowe w nim zawarte, to Zamawiający powinien był dołożyć należytej staranności w powyższym zakresie. Brak ujednolicenia brzmienia kosztorysu mógł mieć bowiem negatywny wpływ na prawidłowość złożonych przez wykonawców, w tym Odwołującego, kosztorysów i przyczynić do popełnienia przez wykonawcę omyłek w zakresie dokonanych zmian SIWZ.

Jak wynika z informacji z 15 maja 2020 r. Zamawiający wymagał jedynie „uwzględnienia” zmian SIWZ w ofercie: w pkt 4. Zmiany SIWZ Zamawiający stwierdził, że: „W celu ujednolicenia nawierzchni z kostki brukowej na chodnikach i zjazdach ronda i jezdni, przyjmując jako docelową na całości zadania kostkę bezfazową - kolory jesieni, która została ujęta i opisana w dokumentacji na przebudowę drogi. W związku z powyższym, przy wycenie robót dla ronda — branża drogowa, w niektórych pozycjach przedmiarowych/ kosztorysowych należy uwzględnić następujące zmiany: (...) - poz. 57 d.5 — (zjazdy publiczne) — zmiana kostki na: bezfazowa czerwona”

Wymóg uwzględnienia zmiany SIWZ w ofercie oznacza jedynie, że wykonawcy powinni przyjąć do sporządzenia oferty, w tym wyceny kosztorysu i kalkulacji ceny oferty, wprowadzone wymagania. Wymóg ten nie jest wprost jednoznaczny z obowiązkiem dokonania przez wykonawcę samodzielnej zmiany opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych. Należało uznać wobec powyższego, że treść SIWZ w powyższym zakresie jest co najmniej niejednoznaczna dlatego w ocenie Izby w świetle treści SIWZ nie ma podstaw do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który takich zmian literalnie nie wprowadził do kosztorysu.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący sam przyznał w wyjaśnieniach z dnia 19 czerwca 2020 r., że wykonawcy powinni wprowadzić stosowne zmiany w kosztorysie ofertowym oraz fakt, że znaczna część wykonawców, w tym Przystępujący, złożyła kosztorys zawierający wprowadzone zmiany, z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, należało przyjąć, że profesjonalni wykonawcy powinni złożyć kosztorys ofertowy zawierający wprowadzone przez Zamawiającego zmiany w jego treści.

W powyższych okolicznościach doprowadzenie treści oferty Odwołującego do zgodności z treścią SIWZ w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie wymaga dodania w pozycji 57d5 słowa „befazowa”. Kwestią do rozstrzygnięcia jest natomiast, czy podana w tej pozycji przez Odwołującego cena jest adekwatna dla danego materiału.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy wykonawca wycenił w danej pozycji kosztorysowej kostkę brukową określonego koloru i o wymaganych przez Zamawiającego wymiarach, nie określając jednak typu tej kostki (fazowana, bezfazowa, czy też z minifazą), to należało uznać, że podana w tej pozycji cena jednostkowa odnosi się do wszystkich ww. typów tej kostki. W okolicznościach tej sprawy brak słowa „befazowa” w opisie pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - branża drogowa nie wyklucza faktu, że Odwołujący zaoferował wymaganą kostkę bezfazową. Opis tej pozycji zawarty w kosztorysie ofertowym wskazuje na kostkę o określonych wymiarach i kolorze, niezależnie od typu kostki, tj. niezależnie od tego, czy jest to kostka fazowana, bezfazowa czy też z mikrofazą. Dokonanie poprawy pozycji 57d.5 nie wymagało zmiany ceny jednostkowej w tej pozycji. Dlatego też Zamawiający nie musiał poszukiwać w treści oferty Odwołującego ceny dla zmienionego opisu pozycji 57d.5 w jakiejś innej pozycji kosztorysu. Typ kostki brukowej, tj. bezfazowa, fazowana, z mikrofazą jest wyróżniany przez producentów ze względu na specyficzną różnicę w kształcie, przy tych samych parametrach pozostałych. Jak wynika ze zgromadzonych w sprawie ofert, typ kostki jak wyżej, jest zazwyczaj wyceniany przez część producentów w tej samej pozycji katalogowej - w takiej samej cenie.

Zauważyć również należy, że w ofercie Odwołującego wskutek popełnienia omyłki zaistniała wewnętrzna sprzeczność. Z jednej strony Odwołujący w sposób ogólny potwierdził

w Formularzu Ofertowym, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie objętym Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i że cena oferty zawiera wszystkie niezbędne w tym celu koszty i nakłady, a z drugiej strony w poz. 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa nie wskazał, że oferuje wymagany typ „bezfazowy” kostki brukowej. Usunięcie tej wewnętrznej sprzeczności należało przeprowadzić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W omawianym przypadku zastosowanie trybu wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, nie powoduje wprowadzenia do oferty nowej treści. Opis zawarty przez Odwołującego w poz. 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa w brzmieniu zgodnym z przedmiotem robót „Wykonanie nawierzchni z bet. kostki brukowej czerwonej o gr. 8cm (nowa kostka) na podsypce grysowej 2-6 gr. warstwy 3cm (zjazdu publiczne)” nie stoi bowiem w sprzeczności z wymaganiami, aby ww. kostka brukowa była kostką bezfazową.

Odwołujący w wyjaśnieniach z 19 czerwca 2020 r. potwierdził jednoznacznie, że w ofercie uwzględnił wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie i w sposób opisany w dokumencie: Zmiana Treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z 15 maja 2020 r., w tym w odniesieniu do pkt. 4 Zmiany SIWZ i dla pozycji nr 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa do wyceny została przyjęta wymagana przez Zamawiającego kostka bezfazowa czerwona o gr. 8 cm (nowa kostka) na podsypce grysowej 2-6 gr. warstwy 3 cm (zjazdu publiczne). Tym samym wykonawca wyeliminował sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie merytorycznym oferty. Poprawie podlegać powinna jedynie treść oferty od strony formalnej - tj. treść opisu pozycji 57d.5. Sam fakt, że nie wskazano w ofercie literalnie typu oferowanej kostki brukowej nie stanowi niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, której nie można wyeliminować w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, gdy Odwołujący uwzględnił w wycenie robót wymagany typ kostki.

Poprawa omyłki popełnionej przez Odwołującego w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa w żaden sposób nie prowadzi do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie treści złożonej oferty. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie naruszają zakazu negocjowania treści oferty. Odwołujący w wyjaśnieniach potwierdził treść oświadczenia złożonego w ofercie, co powinno prowadzić do dodania w opisie poz. 57d.5 kosztorysu słowa „bezfazowa”, gdyż nie stanowi to istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z wytworzeniem nowego i odmiennego oświadczenia woli, lecz z naprawieniem błędnego przejawu woli Odwołującego w zakresie elementu oferty, którego nie sposób uznać za istotny. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że poprawa omyłki w poz. 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa prowadziłaby do zmiany treści oświadczenia woli Odwołującego w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień od Odwołującego, powinien dokonać poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w poz. 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający tej czynności w sposób niezasadny zaniechał. Z oferty Odwołującego nie wynika bowiem, że zaoferowana przez niego kostka brukowa nie jest kostką bezfazową. Uzupełnienie zatem opisu pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa o słowo „bezfazowa” nie stanowi zmiany typu oferowanej kostki brukowej, gdyż Odwołujący w pkt. 57d.5 kosztorysu wycenił kostkę bezfazową, a jedynie nie wskazał tego wprost w ofercie. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego w formularzu ofertowym, uwzględnił on w ofercie wszystkie wymagania wynikające z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a tym samym wymagania wynikające ze zmian treści SIWZ wprowadzonych przez Zamawiającego przed terminem składania ofert, a ponadto potwierdził powyższe także w wyjaśnieniach złożonych w dniu 19 czerwca 2020 r., wskazując jednoznacznie, że w swojej ofercie uwzględnił wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie i w sposób opisany w Zmianie Treści SIWZ z 15 maja 2020 r. Wykonawca wyjaśnił, że w wycenie pozycji nr 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa zostały uwzględnione zmiany SIWZ (pkt. 4) z dnia 15 maja 2020 r., a wycena pozycji 57d.5 kosztorysu dla ronda - brzoza drogowa obejmuje wymaganą przez Zamawiającego kostkę bezfazową czerwoną o gr. 8 cm (nowa kostka) na podsypce grysowej 2-6 gr. warstwy 3 cm (zjazdu publiczne), mimo, że opis ww. pozycji nie zawiera wyrazu „bezfazowa”. Odwołujący uprawdopodobnił ten fakt dodatkowo, składając Zamawiającemu ofertę pozyskaną w dniu 18 maja 2020 r. od firmy Polbruk S.A. na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, co zostało potwierdzone w treści oświadczenia firmy Polbruk S.A. z dnia 7 lipca 2020 r. złożonego przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie znalazła podstaw do uznania, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że przedłożona przez Odwołującego oferta firmy Polbruk S.A. została sporządzona wyłącznie na potrzeby składanych przez Odwołującego wyjaśnień treści oferty. Żadne dowody nie zostały w tym zakresie przez Zamawiającego przedstawione. Podnoszone przez Zamawiającego twierdzenia i wątpliwości podważające znaczenie i wiarygodność ww. oferty Polbruk S.A. w niniejszej sprawie nie zostały udowodnione. Zamawiający nie uprawdopodobnił nawet twierdzenia, że oferta Polbruk S.A. nie została sporządzona na potrzeby przedmiotowego zamówienia oraz że nie stanowiła podstawy do sporządzenia kosztorysu ofertowego przez Odwołującego.

Podsumowując należy wskazać, że przyjmując, iż w pkt. 57d.5 kosztorysu dla ronda -

branża drogowa wykonawca miał obowiązek potwierdzić wprost, że oferowana kostka brukowa jest kostką bezfazową, oraz, że brak takiego potwierdzenia stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (w tym zakresie SIWZ nie jest jednoznaczna, co wskazano w niniejszym uzasadnieniu powyżej), to powyższa niezgodność powinna zostać usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli poprzez poprawienie w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Wystąpienie powyższej omyłki nie uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu na moment wniesienia odwołania i rozpoznania sprawy nie została jeszcze przez Zamawiającego dokonana, co wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: