

Sygn. akt: KIO 1882/21

WYROK
z dnia 13 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2021 r. przez Odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Archiwum Państwowe w Bydgoszczy (ul. Dworcowa 65, 85-009 Bydgoszcz)** przy udziale Wykonawcy **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4227,10 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia siedem złotych dziesięć groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Archiwum Państwowe w Bydgoszczy (ul. Dworcowa 65, 85-009 Bydgoszcz)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa - Archiwum Państwowe w Bydgoszczy (ul. Dworcowa 65, 85-009 Bydgoszcz)** kwotę 4227,10 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia siedem złotych dziesięć groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Archiwum Państwowe w Bydgoszczy (ul. Dworcowa 65, 85-009 Bydgoszcz)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1882/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Archiwum Państwowe w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową Zamawiającego i pozwolenie na budowę dla inwestycji pn. „Budowa nowej siedziby Archiwum Państwowego w Bydgoszczy” przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy na terenie działki nr 37/11 obr.178.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o numerze 2021/S 058-145512 w dniu 24.03.2021 r.

Odwołujący STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia zasady przejrzystości i proporcjonalności;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez jego zastosowanie w stanie faktycznym sprawy, w którym nie zachodzi niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji warunków zamówienia, a sporządzenie przez Wykonawcę załącznika nr 4a - Tabeli elementów rozliczeniowych, zawierającego podział procentowy wynagrodzenia za realizację poszczególnych etapów zamówienia w sposób odmienny, niż wynika to ze wzoru określonego w załączniku nr 4a do SWZ należy kwalifikować jako błąd nieistotny oferty, który nie ma charakteru merytorycznego i nie wpływa na treść tej oferty, a sam zaś sam dokument pn. „Tabela elementów rozliczeniowych” (TER), stanowiący załącznik nr 4A do SWZ nie stanowi elementu istotnego oferty w rozumieniu art. 66 §1 Kodeksu cywilnego.

względnie:

3.art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty odnoszących się do sposobu wypełnienia przez Odwołującego załącznika nr 4a do SWZ - Tabeli elementów rozliczeniowych, poprzez wprowadzenie podziału procentowego wynagrodzenia za realizację poszczególnych etapów zamówienia w sposób odmienny, niż wynika to ze wzoru zawartego w załączniku nr 4a do SWZ.

4.art. 223 ust. 2 pkt. 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SWZ, a niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, tj. załącznika nr 4a pn. „Tabela elementów rozliczeniowych (TER)”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym oferty Odwołującego oraz dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego było sporządzenie przez niego załącznika nr 4a - Tabeli elementów rozliczeniowych, który stanowi treść oferty, niezgodnie z warunkami zamówienia, w tym wymogami SWZ. Odwołujący w załączniku nr 4a wprowadził podział wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z SWZ - Wzorem załącznika nr 4a oraz z narzuconym podziałem procentowym kalkulacji wynagrodzenia za poszczególne Etapy wskazany w TER, w tym niezgodny z zapisami Rozdziału XIV ust. 4a SWZ i wyjaśnieniami treści SWZ na pytanie nr 5 z Pakietu pytań nr 7 z dnia 30.03.2021 r.

W opinii Zamawiającego powyższa niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia „*uniemożliwia uznanie oferty za ważną ze względu na fakt, iż wykonawca wbrew wyraźnej treści SWZ i udzielonych wyjaśnień złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, tj. powołanymi w wyjaśnieniach treści SWZ warunkach finansowania inwestycji z budżetu państwa*”

w rozbiciu na poszczególne lata finansowania, które determinowały konieczność wprowadzenia przez Zamawiającego sztywnego podziału procentowego wynagrodzenia wykonawcy za realizację poszczególnych etapów zgodnie z treścią Załącznika 4a do SWZ. Jednocześnie wskazać należy, iż przedmiotowa niezgodność treści oferty nie podlega poprawie w trybie art. 223 PZP, ze względu na fakt, że poprawki nie są oczywiste i elementy składowe poszczególnych etapów TER, jako pochodne narzuconego podziału procentowego wartości etapów w TER stanowią wewnętrzną kalkulację Wykonawcy, co do której nie zachodzą przesłanki do samodzielnego poprawiania omyłek przez Zamawiającego, bez niezgodnych z art. 223 ust. 1 zd. 2 PZP wyjaśnień które powodowałyby zmianę treści oferty przez Wykonawcę".

Odwolujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, gdyż w jego ocenie sporządzenie przez niego załącznika nr 4a - TER z podziałem wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od sztywnego podziału tego wynagrodzenia, który został przez Zamawiającego narzucony we wzorze załącznika nr 4a do Umowy - TER należy kwalifikować jako uchybienie formalne, a nie merytoryczne, gdyż informacje zawarte w tym załączniku nie stanowią oświadczenia woli Wykonawcy, a zatem nie stanowią treści oferty i nie mają wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z ust. 10 rozdziału XI SWZ - „Opis sposobu przygotowania i złożenia oferty”, oferta powinna zawierać formularz oferty, którego wzór określa Załącznik nr 3 do SWZ oraz Wypełnioną Tabelę elementów rozliczeniowych (TER), stanowiącą Załącznik nr 4a do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XIV SWZ - „Opis sposobu obliczenia ceny” - cena oferty musi być podana w ofercie wg zasad określonych w SWZ.

Zamawiający przyjął w postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe. Zdaniem Odwołującego, przedmiary załączone w dokumentacji technicznej stanowią tylko element pomocniczy do sporządzenia oferty obejmującej cenę ryczałtową.

Wykonawca obliczając cenę oferty musiał uwzględnić wszystkie elementy niezbędne wykonania w ramach przedmiotu zamówienia opisane w SWZ, Dokumentacji Projektowej, Projektowanych Postanowieniach umowy oraz wynikających z obowiązujących przepisów i sztuki.

Zdaniem Odwołującego Załącznik nr 4a do SWZ - TER nie ma charakteru merytorycznego i nie wpływa na ważność oferty.

Załącznik ten został przez Zamawiającego wskazany dopiero w kolejnej części rozdziału XIV SWZ - tj. w ust. 4 tego rozdziału, jako załącznik do oferty, co oznacza, że pełni rolę załącznika do formularza oferty oraz pełni funkcję informacyjną.

Odwolujący wskazał, że w sposób wyraźny zaakceptował warunki płatności określone przez Zamawiającego w pkt 6 oraz 9 złożonej oferty, stanowiącej oświadczenie woli, którego to treść należy rozpatrywać pod względem merytorycznej zgodności oferty z warunkami zamówienia. Z tego względu nieuzasadnione jest postawienie przez Zamawiającego zarzutu, że oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i tym samym podlega odrzuceniu.

Odwolujący podkreślił, że wartości procentowe wynikające z podziału wynagrodzenia zawarte w Załączniku nr 4a do SWZ mają charakter obligatoryjny. Składając ofertę wykonawcy są zobligowani do zastosowania się do podziału wynagrodzenia narzuconego przez Zamawiającego. Zamawiający nie dopuścił ich zmiany i zostały one narzucone z góry.

W pakiecie pytań nr 7 z dnia 30.03.2021 r. zadano Zamawiającemu pytanie nr 5 o treści - „Tabela Elementów Rozliczeniowych (roboty budowlane) zawiera założenia procentowe dla poszczególnych etapów. Czy w przypadku gdy oferta wykonawcy będzie wyższa w poszczególnych etapach od założeń Zamawiającego wynagrodzenia za dany etap zostanie wypłacone w całości w stosunku do ceny Wykonawcy?”.

W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wskazał - „Założenia procentowe dla poszczególnych etapów wskazane w TER stanowią odzwierciedlenie przyznanym Zamawiającemu środków finansowych i harmonogramu wydatkowania tych środków w poszczególnych latach. Tym samym Wykonawca wypełniając TER powinien uwzględnić taki podział procentowy jak wskazano dla poszczególnych etapów”.

Zdaniem Odwołującego, skoro treści Załącznika nr 4a do SWZ - TER Wykonawca nie mógł ukształtować inaczej, jak tylko poprzez podział wynagrodzenia w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, to treść tego dokumentu nie może w ogóle stanowić podstawy do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty. Trudno w tym zakresie mówić o jakimkolwiek elemencie wynikającym z oświadczenia woli Wykonawcy.

Wartości procentowe wskazane w treści formularza TER odpowiadające podziałowi wynagrodzenia mają charakter obligatoryjny i nieprawidłowości w przedłożonym przez Odwołującego Załączniku nr 4a mają charakter omyłek - niezamierzonego działania ze strony Wykonawcy, co nasuwa się automatycznie poprzez analizę samej oferty.

W opinii Odwołującego Zamawiający stwierdzając błąd w przyjmowanych przez Odwołującego procentowych wartościach podziału poszczególnych części wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w formularzu 4a do SWZ - „Tabela elementów rozliczeniowych” winien był zastosować bądź procedurę określoną w art. 223 ust. 1 PZP i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, bądź też samodzielnie dokonać poprawy omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP. Zmiana dotyczyłaby tylko prezentacji ceny całkowitej (która jest ceną ryczałtową), w rozbiciu na narzucone przez Zamawiającego wartości i jednocześnie nie prowadziłaby do zmiany ceny całkowitej, nie spowodowałaby ona istotnej zmiany w treści oferty.

Odwolujący zauważył, że oferta przedstawia cenę ryczałtową, która zgodnie z art. 632 Kodeksu cywilnego, jest stała, co do zasady nie podlega zmianie, a tworzenie podziału jej podziału nie wpływa na charakter ryczałtu. Rozdział XIV SWZ [Opis sposobu obliczenia ceny] nie precyzuje szczególnych zasad dotyczących sposobu obliczenia ceny, a Zamawiający ograniczył się do wskazania w ust. 4a, że „Wykonawca winien dołączyć do oferty wypełnioną Tabelę elementów rozliczeniowych (TER) wypełnioną wg Załącznika nr 4a do SWZ”.

Zamawiający nie przewidział żadnych skutków wobec niezastosowania się przez Wykonawcę do podziału procentowego (etapowania) założonego w Tabeli elementów rozliczeniowych (TER), a także nie wskazał, że rzeczony podział ma zostać dokonany według czynności arytmetycznej, oderwanej od zasad kalkulowania ceny. Przypisywanie Tabeli elementów rozliczeniowych (TER) waloru merytorycznego elementu oferty nie znajduje oparcia w postanowieniach Specyfikacji Warunków Zamówienia, a także przeczy elementarnym zasadom logiki.

Odwolujący przytoczył treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 5 z pakietu pytań nr 7 z dnia 30 marca 2021 r., która została udzielona w dniu 08 kwietnia 2021 r.: „Założenia procentowe dla poszczególnych etapów wskazane w TER stanowią odzwierciedlenie przyznanym Zamawiającemu środków finansowych i harmonogramu wydatkowania tych środków w poszczególnych latach.”

§ 8 ust. 11 wzoru umowy na dzień udzielenia wyżej wymienionej odpowiedzi (08 kwietnia 2021 r.) brzmiało w następujący sposób: „Z uwagi na fakt, iż środki na inwestycję pochodzą ze źródeł Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego,

Generalny Wykonawca oświadcza, iż akceptuje rozliczanie w określonych transzach (częściach). Z uwagi jednak na niemożność przewidzenia skuteczności przekazywania transzy, Generalny Wykonawca odstępuje od możliwości występowania z jakimikolwiek roszczeniami z tego tytułu do momentu uzyskania przez Zamawiającego transzy pozwalającej uregulowanie wymagalnych roszczeń. W przypadku opóźnienia w płatności większego niż 9 miesięcy, Generalnemu Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy".

Jak wskazał Odwołujący, oświadczenie Zamawiającego stanowi deklarację, że założenia procentowe przyjęte w Tabeli elementów rozliczeniowych (TER) są odzwierciedleniem przyznanych mu środków finansowych oraz harmonogramu wydatkowania tych środków w poszczególnych latach, a także treść postanowienia § 8 ust. 11 wzoru umowy, która stanowi zabieg asekuracyjny, stojący w sprzeczności z wyżej przytoczonym oświadczeniem, należy uznać za chybione powoływanie się przez Zamawiającego na wiążący, merytoryczny charakter założeń procentowych dla poszczególnych etapów wskazanych w Tabeli elementów rozliczeniowych (TER), gdyż jak sam Zamawiający stwierdził niemożliwe jest przewidzenie skuteczności przekazywania poszczególnych transz. Powyższego nie zmienia okoliczność, że Zamawiający w dniu 09 kwietnia 2021 r. dokonał modyfikacji treści postanowienia § 8 ust. 11 wzoru umowy, która sprowadzała się do umożliwienia wykonawcy zgłaszania roszczeń z tytułu braku płatności oraz umożliwienia szybszego odstąpienia od umowy w przypadku braku płatności.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że rozumienie terminu „oferta” należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką Wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. Zważywszy, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, treścią oferty jest też przedmiot zamówienia (opisany w dokumentacji projektowej), a także termin wykonania zamówienia.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SWZ, zaś samo przyjęcie przez Zamawiającego w ust. 4 rozdziału XIV SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, że Załącznik nr 4a do SWZ - „Tabela elementów rozliczeniowych” (TER) jest załącznikiem do oferty oznacza, że dokument ten - ze względu na jego treść oraz umiejscowienie w systematyce dokumentacji przetargowej zawartej w SWZ - nie stanowił oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., a stanowił oświadczenie Zamawiającego co do sposobu wykonania umowy. Odwołujący podniósł, że sporządzenie przez niego załącznika nr 4a - TER z podziałem wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od sztywnego podziału tego wynagrodzenia, który został przez Zamawiającego narzucony we wzorze załącznika nr 4a do Umowy - TER należało poprawić w ramach procedury wyjaśnienia treści oferty wynikającej z art. 223 ust. 1 PZP oraz procedury poprawiania omyłek określonej w art. 223 ust. 2 pkt. 3 PZP.

Czynność poprawienia oferty w trybie art. 223 ust. 2 PZP ma charakter obligatoryjny i Zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także narusza zasadę proporcjonalności.

Zastosowanie przez Zamawiającego procedury poprawiania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP (obecnie 223 ust. 2 pkt 3 PZP) nie oznacza braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Sporządzenie przez Odwołującego załącznika nr 4a - TER z podziałem wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od sztywnego podziału tego wynagrodzenia, który został przez Zamawiającego narzucony we wzorze załącznika nr 4a do Umowy - TER nie prowadzi do naruszenia granicy dopuszczalności zmian, ponieważ nie stanowi znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego wypełnienie załącznika nr 4a -TER z przyjętym przez Odwołującego innym podziałem procentowym wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia nie ma charakteru przedmiotowo istotnego. Sposób rozliczenia wynagrodzenia wg. procentowego założenia dla poszczególnych etapów wskazany w treści tego załącznika służyć ma jako dokument pomocniczy przy obliczeniu ceny oferty oraz informacja dla zamawiającego na etapie wykonania robót o wysokości cen jednostkowych za dany element rozliczeniowy. Dokument ten ustala tylko zakresy płatności dla wyszczególnionych w nim części, a zatem jest to oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli - w sytuacji podania przez Odwołującego ceny ryczałtowej. Treść zawarta w tym załączniku nie ma więc wpływu na wykonanie i rozliczenie prac wchodzących w zakres zamówienia

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego. Oferta nie podlegała poprawieniu.

Zgodnie z treścią SWZ, oferta powinna zawierać:

- 1) Formularz oferty, którego wzór określa Załącznik nr 3 do SWZ,
- 2) Wypełnioną Tabelę elementów rozliczeniowych (TER) stanowiącą Załącznik nr 4a do SWZ.
- 3) Kalkulacje sporządzone wg Przedmiaru wyposażenia, stanowiące Załącznik nr 4b - wzór kalkulacja - Regały SM i Załącznik nr 4c - wzór kalkulacja Technologia APwB wyposażenie. - określające wysokość wynagrodzenia za dostawę i montaż elementów wyposażenia, z identyfikacją oferowanych elementów wyposażenia w zakresie umożliwiającym weryfikację zgodności z wymogami zawartymi w SWZ - OPZ.

Wraz z ofertą Wykonawca winien złożyć:

- 1) JEDZ opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty wskazane w Rozdziale IX ust. 1 SWZ w formie wskazanej w Rozdziale IX ust. 12 SWZ,
- 2) dokument potwierdzający wniesienie wadium,
- 3) wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli Wykonawca składa wraz z ofertą informacje / dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (jeśli dotyczy),
- 4) Kosztorys ofertowy - o charakterze pomocniczym,
- 5) Wykaz Doświadczenia Kierownika budowy - wg Załącznika nr 11 do SWZ.

Zamawiający zdefiniował zatem dokumenty składające się na ofertę. Skoro oferta powinna zawierać: Formularz oferty, którego wzór określa Załącznik nr 3 do SWZ, Wypełnioną Tabelę elementów rozliczeniowych (TER) stanowiącą Załącznik nr 4a do SWZ, to te właśnie dokumenty stanowiły ofertę i ich treść miała łączne znaczenie dla oceny treści oświadczenia woli składanego przez Wykonawcę.

Zamawiający wymagał przedstawienia w dokumencie TER ceny za wykonanie poszczególnych elementów. Tabela została podzielona na 4 etapy, których wartości procentowe w stosunku do ceny całego zamówienia zostały określone

przez Zamawiającego. Jednakże każdy z czterech etapów został podzielony na dodatkowe elementy. W całości tabela TER zawierała 41 elementów. Wartość każdej z pozycji miała zostać określona przez Wykonawcę.

Zamawiający w trakcie postępowania przetargowego udzielił odpowiedzi, w której wskazał, że konkretne założenia procentowe wynikają z i stanowią odzwierciedlenie przyznaných Zamawiającemu środków finansowych i harmonogramu wydatkowania środków w poszczególnych latach. Zamawiający nie miał więc możliwości innego ukształtowania tych wskaźników. Zamawiający określił więc wagę tych informacji i ich przełożenie na ocenę prawidłowości złożonej oferty. W związku z powyższym, w ramach oferty i Załącznika nr 4a do oferty - TER, koniecznym było przedstawienie wymaganych przez Zamawiającego informacji. Nie jest sporne, że Odwołujący dokonał modyfikacji załącznika.

W ocenie Izby, modyfikacja załącznika nr 4a i przedstawienie etapów realizacji zamówienia – ich rozliczenia niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, oznaczają niezgodność oferty z treścią SWZ.

Również na taki wniosek wskazuje wypowiedź Odwołującego wyrażona w trakcie rozprawy z udziałem stron. Odwołujący nie kwestionował, że załącznik 4a sformułowany w sposób inny niż wynika to ze wzoru SWZ stanowi błąd merytoryczny. Skoro tak, to niezgodność treści tego załącznika z SWZ oznacza niezgodność oferty z treścią SWZ.

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy TER stanowią podstawę dla realizacji Przedmiotu Umowy i integralną część Umowy. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3) (Podstawowe zobowiązania stron), „Integralnymi częściami Umowy określającymi szczegółowy zakres i sposób realizacji Przedmiotu Umowy są (...) oferta wykonawcy wraz z załącznikami, w tym z TER i kalkulacją -określającą wysokość wynagrodzenia za dostawę i montaż elementów wyposażenia.”

W § 8 ust. 4 lit. a. Umowy Zamawiający wskazał, że „wynagrodzenie będzie wypłacane Wykonawcy f...):

a. w zakresie części Przedmiotu Umowy objętej TER po wykonaniu poszczególnych części Przedmiotu Umowy opisanych poszczególnymi pozycjami TER, w wysokości określonej w TER.”

Powyższe oznacza, że dokument TER miał stanowić podstawę przy dokonywaniu rozliczeń z wykonawcą - w zakresie części Przedmiotu Umowy objętej TER. Na takie rozumienie dokumentu wskazuje również postanowienie zawarte w § 3 ust. 4 Umowy, z którego wynika, że „Wykonawca wykona (tj. rozpocznie i zakończy wykonywanie) poszczególne części Przedmiotu Umowy stanowiące odrębne pozycje TER składające się na dany Etap w terminach określonych i uzgodnionych przez Strony w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym”. Harmonogram Rzeczowo - Finansowy ma zatem charakter wtórny i następczy w stosunku do TER, który określa poszczególne czynności (pozycje) mające zostać zrealizowane w poszczególnych etapach. Dopiero w dalszej kolejności i na podstawie TER, Strony ustalą terminy realizacji poszczególnych czynności składających się na etapy.

W § 8 ust. 5 Umowy Zamawiający wskazał, że „Wynagrodzenie za wykonanie części Przedmiotu Umowy, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 Umowy, w szczególności za wykonanie Dokumentów Wykonawcy, zawarte jest w Wynagrodzeniu za wykonanie poszczególnych części Przedmiotu Umowy wykazanych jako odrębne pozycje TER.” Zamawiający kwalifikuje znaczenie TER na rozliczenia wynagrodzenia również w § 8 ust. 6 lit. a. i b. Umowy wskazując, że rozliczenie następuje na podstawie protokołów odbiorów robót, obejmujących roboty ujęte w TER i HRF, ale rozliczenie następuje na podstawie wartości wynagrodzenia dla danej pozycji ujętej w TER.

Powyżej przytoczone postanowienia umowy wskazują, że Zamawiający traktował dokument TER jako informację w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i rozliczenia wynagrodzenia.

Realizacja zamówienia zgodnie z etapami wskazanymi w TER oraz rozliczenie wynagrodzenia dotyczą realizacji zamówienia, składają się zatem na treść oferty. Jako taki, dokument ten ma charakter merytoryczny, istotny dla całej oferty – realizacji zamówienia. Skoro tak, to wypełnienie dokumentu TER niezgodnie z wymaganiami SWZ oznacza, że Wykonawca zaoferował realizację zamówienia w sposób, który nie odpowiadał wymaganiom Zamawiającego. Oferta nie odpowiadająca wymaganiom SWZ podlega odrzuceniu.

W konsekwencji należało uznać, że bezzasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego zastosowanie i uznanie, że zachodzi niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji warunków zamówienia, a sporządzenie przez Wykonawcę załącznika nr 4a - Tabeli elementów rozliczeniowych w sposób odmienny, niż wynika to ze wzoru określonego w załączniku nr 4a do SWZ, należy kwalifikować jako błąd nieistotny oferty, który nie ma charakteru merytorycznego i nie wpływa na treść tej oferty.

W ocenie Izby nie jest uzasadniony zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania przez Zamawiającego poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może doprowadzić do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia wykonawcy. W tym wypadku z taką właśnie sytuacją mielibyśmy do czynienia.

Jak wskazano powyżej, dokonanie poprawienia oferty w przedmiotowym przypadku nie mogłoby się odbyć bez ingerencji Odwołującego, a więc bez pozyskania od niego informacji wskazującej, w jaki sposób omyłkę tę należy poprawić w odniesieniu do wszystkich 41 wierszy TER. To Odwołujący był zobowiązany do wypełnienia 41 pozycji formularza i to do niego należała decyzja w zakresie każdej z pozycji. Formularz ten był oświadczeniem pochodzącym od Odwołującego, a nie od Zamawiającego. Zamawiający określił jedynie 4 etapy, niemniej wszystkie pozostałe pozycje powinien wypełnić Odwołujący. Zamawiający samodzielnie nie dysponował informacjami, które pozwalałyby mu dokonać postulowanej przez Odwołującego poprawy. Omyłka musi być widoczna, a jej poprawienie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, możliwe bez pomocy ze strony wykonawcy.

W świetle powyższego należy także stwierdzić, że modyfikacja miałaby charakter istotny. Skorzystanie z wcześniejszych wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego może mieć charakter wyjątkowy, po który sięgnąć można w ograniczonym zakresie, który w przedmiotowym przypadku byłby przekroczony. Odwołujący musiałby bowiem określić od początku 41 pozycji dokumentu TER, co stawiałoby go w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców. Zamawiający nie naruszył zatem również art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji należało stwierdzić, że bezzasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także nie naruszył zasady przejrzystości i proporcjonalności.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z

11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) i 2a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:.....