

WYROK

z dnia 29 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawcę Ł. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Protect Building Ł. M. z siedzibą w Łędzinach przy ul. Ozimskiej 1F (46-053 Łędziny) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Opolu z siedzibą w Opolu przy ul. Firmowej 1 (45-594 Opole)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ł. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Protect Building Ł. M. z siedzibą w Łędzinach i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 693/22

Miejski Zarząd Dróg w Opolu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: Remonty i bieżące utrzymanie dróg, w zakresie

robót polegających na utrzymaniu i remontach nawierzchni chodników przy drogach krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych na terenie miasta Opola

(o numerze: NP.260.05.2022.P), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 9 lutego 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00052098.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 14 marca 2022 r. wykonawca Ł. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Protect Building Ł. M. z siedzibą w Łędzinach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od decyzji zamawiającego, wydanej dnia 10 marca 2022 r. w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone w postępowaniu.

Zaskarżonej czynności zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez błędne ustalenia faktyczne, tj. uznanie, że treść oferty złożonej przez wykonawcę ma być niezgodna z warunkami zamówienia, pomimo poprawienia omyłki w postaci przedłożenia aktualnego załącznika nr 1a przez wykonawcę.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu w postępowaniu;
- zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z informacjami udzielonymi na stronie internetowej zamawiającego termin składania ofert minął dnia 28 lutego 2022 r. o godz. 9.00. Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 6 861 247,62 zł. Odwołujący

2

wskazał, że zgłosił swoją ofertę wraz załącznikami w trybie przewidzianym do zgłaszania ofert przewidzianym w SWZ postępowania w dniu 28 lutego 2022r. , tak więc bezspornie zgłosił swoją ofertę w przewidzianym przez zamawiającego terminie.

W dalszej kolejności zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 4 marca 2022 r. o rozpatrzenie oferty

wykonawcy do przetargu o nr referencyjny NP.260.05.2022.P z naniesioną poprawką - poprawieniem załącznika do oferty, w którym odwołujący sam z własnej inicjatywy na piśmie zgłosił zamawiającemu, że załącznik nr 1a, stanowiący integralną część oferty został złożony według starego wzoru, zamiast wzoru aktualnego znajdującego się na stronie internetowej zamawiającego. Odwołujący wniósł o zakwalifikowanie opisanego błędu, będącego wynikiem przeoczenia, niewpływającego w sposób rażący na treść ofert, przez zamawiającego, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w myśl przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący podniósł wtedy, że w obu formularzach tożsame są wartości jednostkowe oraz ilości robót a naprawienie omyłki jaką jest przedłożenie prawidłowego formularza nie może być potraktowane jako powodujące istotne zmiany w treści umowy i nie jest to złożenie kolejnej oferty, gdyż formularz nowy różni się od tego złożonego w ofercie jedynie tym, że w:

- a) Pkt I - Wyznaczono maksymalną odległość na jakiej odbywa się transport i utylizacja gruzu po stronie wykonawcy.
- b) Pkt III - Wyznaczono maksymalną odległość na jakiej odbywa się transport gruntu po stronie wykonawcy.
- c) Pkt IV - Wyznaczono grubość podbudowy z kruszywa łamanego na 10 cm (powinno być 20 cm).
- d) Pkt VI - Nie oznaczono wymiarów kostki brukowej betonowej prostokątnej, tylko grubość i kolor (Lp. 39-42) oraz wyznaczono grubość kostki brukowej betonowej (pigmentowanej) STAROBRUK (Lp. 44).
- e) Pkt IX - Wyznaczono maksymalną odległość na jakiej odbywa się transport i utylizacja gruzu po stronie wykonawcy.

f) Pkt X - Wyznaczono maksymalną odległość na jakiej odbywa się transport i utylizacja gruzu po stronie wykonawcy.

Nie powielając argumentacji faktycznej i prawnej zawartej we wniosku odwołującego z dnia 4 marca 2022 r. o którym mowa wyżej odwołujący wskazał, że różnice w formularzu nie jest okolicznością, która zmierzały by do próby nadużycia prawa, prowadzeniu negocjacji czy złożenia nowej oferty przez wykonawcę. Oferta wykonawcy spełnia wszystkie warunki określone w prawie zamówień publicznych i została złożona w przewidzianym do tego terminie. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnić można tylko treść „dokumentu”, który faktycznie istnieje, czyli został złożony wraz z ofertą, a w niniejszej sprawie fakt załączenia do oferty załącznika 1a jest bezsporny, jednakże wykonawca zamieścił wzór nieaktualny, który w swojej treści nie różni się rażąco od wzoru aktualnego, który został przedłożony wraz z wnioskiem z dnia 4 marca 2022 r., podczas gdy termin do zgłaszania ofert minął zaledwie dwa dni wcześniej, co sugeruje, że ze względu na krótką różnicę czasu zwłoka odwołującego i niezwłoczne poprawienie omyłki pozwoliłoby zamawiającemu na rozpatrzenie oferty odwołującego w jej poprawionej wersji, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ jej treść ma być niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji odrzucającej ofertę odwołującego wskazał, że odwołujący złożył ofertę w zakresie nieodpowiadającym jego wymaganiom zawartym w Specyfikacji Warunków Zamówienia - SWZ, a pomyłkę w doborze załącznika potraktował jako dodatkowe, niewymagane i niezgodne z SWZ zapisy albo też brak zapisów dotyczących obligatoryjnych wymagań przedmiotowego zamówienia. Podniósł, że jego zdaniem powyższe stanowi istotną zmianę treści wymagań zamawiającego, a czytając uzasadnienie do decyzji można odnieść wrażenie, że zamawiający działa w mylnym przekonaniu, iż wskazane wyżej zmiany zostały przez odwołującego dokonane celowo z premedytacją, co jest oczywistą nieprawdą. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W kontekście tej konkretnej sprawy w ocenie odwołującego należało zwrócić szczególną uwagę na okoliczność, że stary załącznik nr 1a, nadesłany omyłkowo przez odwołującego, nie powoduje istotnej niezgodności oferty z warunkami przedstawionymi w SWZ, gdyż dotyczy jedynie kilku szczegółów zapisanych w kolumnie „wyszczególnionych robót”. Takie zachowanie ze strony odwołującego - poprawione w najszybszym możliwym terminie poprzez złożenie prawidłowego (aktualnego) załącznika nr 1a - nie może zostać uznane za działanie w pełni niezgodne z przedmiotem zamówienia, gdyż jak zostało wskazane wyżej - omyłka w formularzu nie dotyczyła kwestii wynagrodzenia ani zakresu robót. Mówiąc krótko - chodnik miał zostać wykonany, natomiast odwołujący błędnie wskazał odległość wywozu odpadów budowlanych. Zapisy, które stanowią o integralności treści umowy z treścią SWZ znajdują się w obu załącznikach, a ich numeracja, opis, czy cena nie zmieniła się. Dalej w uzasadnieniu zamawiający przyznaje, że w kosztorysie odwołującego wycenione zostały materiały innego typu niż wymagał zamawiający, a ich ponowna wycena miałaby wkraczać poza jego kompetencje i byłaby znacznie utrudniona. W ocenie odwołującego w przedmiotowej sprawie ponowna wycena nie była konieczna, ponieważ odwołujący dnia 4 marca 2022 r. przedstawił zamawiającemu poprawiony formularz, gdzie wszelkie omyłki zostały poprawione, dlatego potrzeba ponownej wyceny wygasła samoistnie. Ostatecznie - w ocenie odwołującego - zamawiający odnosi się do możliwości zakwalifikowania wyżej wskazanych omyłek w formularzu 1a za omyłki opisane w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp twierdząc, że możliwość poprawienia takich omyłek możliwa jest jedynie w przypadku ofert merytorycznie poprawnych, a także w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego wykonania robót budowlanych. Świadomie lub nie, zamawiający użył takiego sformułowania, które w całości pokrywa się z argumentacją odwołującego przedstawioną w piśmie. Wyrażenie „lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego wykonania robót budowlanych” należy tu uwypuklić, gdyż odwołujący sam przyznając się do błędu, poprawiając ten błąd i wysyłając pismo z aktualnym załącznikiem udowodnił, że omyłka, której się dopuścił była w istocie błędem niemającym istotnego znaczenia w kontekście oferowanego wykonania robót budowlanych. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 (dzisiaj: art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki

będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień. Poprawieniu mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych - zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W wyroku z dnia 5 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego (metr kwadratowy zamiast metr sześcienny) nie wpływające ani na cenę jednostkową ani na wartość elementu robót.

Odwolujący stwierdził, że składając ofertę działał w błędzie, lecz ten błąd został w pełni i szybko naprawiony, a zamawiający nie przychylił się do wniosku o rozpatrzenie oferty z poprawionym załącznikiem i jest to jedyny powód odrzucenia jego oferty w postępowaniu.

Pozostałe warunki formalne jak i merytoryczne zostały przez odwołującego spełnione, co jest bezsporne, patrząc na treść decyzji zamawiającego. Po raz kolejny odwołujący podkreślił, że poprawiony załącznik został zamawiającemu przesłany przez odwołującego jeszcze przed wydaniem przez niego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwolujący wyjaśnił, że dokonując analizy komentowanego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 Pzp, należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Należy więc przytoczyć wcześniejsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, mówiące, że aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie tego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada wymogom SIWZ. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę.

W ocenie odwołującego, zamawiający mógł przychylić się do jego wniosku i zakwalifikować omyłkę w postaci nieaktualnego formularza jako omyłkę niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty, lecz nie zrobił tego i nie dokonał pełnej analizy dokumentów oferty przedłożonych przez odwołującego. Zdaniem odwołującego omyłka spowodowana jego nieuwagą nie miała charakteru rażącego i nie wpływała na merytoryczną treść złożonej oferty, gdyż wszelkie pozostałe warunki zostały przez odwołującego spełnione, a termin jaki upłynął między poprawką odwołującego a decyzją zamawiającego każe przypuszczać, że zamawiający miał możliwość zapoznania się z nią i wziąć ją pod uwagę przy wdawaniu decyzji mimo, że odwołujący wskazał pełną argumentację faktyczną i prawną przemawiającą za uznaniu jego wniosku za zasadny. Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego.

W świetle podniesionych w odwołaniu zarzutów oraz powołanych okoliczności - zdaniem odwołującego - nie ulegało wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów odwołanie

pozostawało konieczne i uzasadnione.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Zamawiający w dniu 29 marca 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) załączniki do odwołania oraz dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej,

zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 21 marca 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego;
- pismo odwołującego z wnioskiem o rozpatrzenie oferty z dnia 4 marca 2022 r. wraz z załącznikiem;
- pismo z dnia 10 marca 2022 r. zawierające informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 16 SWZ prezentującym opis sposobu przygotowania oferty zamawiający w ust. 3 pkt 2 lit. b) wskazał, że kompletna oferta musi zawierać Przedmiotowe środki

dowodowe, tj. załącznik nr 1a (Wykaz cen) i 1b (Wykaz stawek i narzutów) do SWZ sporządzone zgodnie z Rozdziałem 26 SWZ. Dodatkowo rozdział 26 SWZ ust. 3, 5, 8, 10,

14. 15 i 16 posiadały następującą treść:

3. Podstawą do określenia ceny oferty jest zakres zamówienia określony w Wykazach cen, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, oraz warunków realizacji ustalonych w SWZ, oraz załącznikach do SWZ;

5. Wykonawca określając ceny jednostkowe zobowiązany jest do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia, bowiem rozliczenie dla niniejszego zadania ma charakter kosztorysowy.;

8. Zamawiający wymaga, by Wykonawca przedstawił wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe, tj. prawidłowo wypełnione i podpisane Wykaz cen oraz Wykaz stawek i narzutów zgodnie z załączonymi do SWZ wzorami stanowiącymi załączniki nr 1a i 1b do SWZ (oba

załączniki znajdują się w pliku Excel pn. Wykaz cen i Wykaz stawek i narzutów).;

10. Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Ko, Z, Kz) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym

Wykazie cen.;

14. Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia

wynikające ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, wykazu cen oraz warunków realizacji ustalonych w SWZ, oraz załącznikach do SWZ;

15. Wykonawca załącza do oferty wypełnione i podpisane przez osobę upoważnioną przedmiotowe środki dowodowe, tj. zał. 1a Wykaz cen oraz zał. 1b Wykaz stawek i narzutów

pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SWZ - zgodnie z zapisami u.p.z.p.;

16. Cena oferty musi zawierać wszystkie czynniki cenotwórcze wskazane w opisie przedmiotu zamówienia oraz zapisami umowy.

W trakcie trwania procedury przetargowej zamawiający nie modyfikował treści załącznika nr 1a (Wykazu cen).

Odwołujący złożył wraz z ofertą załącznik nr 1a tj. Wykaz cen.

Pismem z dnia 4 marca 2022 r. odwołujący złożył zamawiającemu wniosek o rozpatrzenie oferty do przetargu z naniesioną poprawką - poprawieniem załącznika do oferty. Składając powyższy wniosek odwołujący wniósł o:

1. Zakwalifikowanie błędu — tj. złożenie przez wykonawcę formularza „wykaz cen”, stanowiącego załącznik nr 1a do oferty przetargu „remonty i bieżące utrzymanie dróg, w zakresie robót polegających na utrzymaniu i remontach nawierzchni chodników przy drogach krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych na terenie miasta Opolą”, postępowanie nr Z 12/70020, znak sprawy: NP.260.05.2022.P, według starego wzoru, zamiast wzoru aktualnego znajdującego się na stronie internetowej Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu — jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.
2. Rozpatrzenie oferty wykonawcy do przetargu opisanego w pkt 1 z naniesioną poprawką - przedłożeniem prawidłowego załącznika, tj. formularza „wykaz cen”, stanowiącego załącznik nr 1a.

W uzasadnieniu wniosku odwołujący wskazał m. in., że popełnił błąd - do oferty na przetarg dołączył stary formularz zawierający wykaz cen oraz m. in. opis „wyszczególnionych robót”. Omyłka leżąca po stronie wykonawcy przejawia się w tym, że powinien on załączyć formularz nowszy, który istniał już w chwili złożenia oferty.

Zamawiający w dniu 10 marca 2022 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W piśmie zawierającym informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający jednocześnie zawarł informację o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał m. in.:

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca złożył ofertę w zakresie nieodpowiadającym wymaganiom Zamawiającego określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, tj. w opisie wyszczególnionych robót (stanowiących załącznik nr 1a do oferty) zawarł dodatkowe niewymagane przez Zamawiającego zapisy, tzn.:

Lp. 1 : "(...) na odległość do 14 km"

Lp. 2 : "(...) na odległość do 14 km"

Lp. 9 : "(...) na odległość do 14 km"

Lp. 10 : "(...) na odległość do 14 km"

Lp. 16 : "(...) na odległość do 14 km (...)"

Lp. 18 : "(...) na odległość do 14 km (...)"

Lp. 44 : "(...) o grub. 8 cm (...)"

Lp. 58 : "(...) do 14 km"

Lp. 60 : "(...) na odległość do 14 km"

Ponadto w ofercie Wykonawcy brakuje zapisów dotyczących obligatoryjnych wymagań Zamawiającego względem przedmiotowego zamówienia, tzn.:

Lp. 39 : "(...) prostokątnej o wym. 10x20 cm i (...)"

Lp. 40 : "(...) prostokątnej o wym. 10x20 cm i (...)"

Lp. 41 : "(...) prostokątnej o wym. 10x20 cm i (...)"

Lp. 42 : "(...) prostokątnej o wym. 10x20 cm i (...)"

Lp. 44 : "(...) o fakturze starobruku (pigmentowanej)"

(...)

Powyższe wymienione niezgodności w ofercie z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia nie mogą zostać uznane przez Zamawiającego, jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnej zmiany w treści oferty, ponieważ stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p. możliwość poprawiania uchybień w ofertach jest możliwe jedynie w przypadku ofert merytorycznie poprawnych, a także w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego wykonania robót budowlanych. Natomiast oferta Wykonawcy jest zarówno niepoprawna merytorycznie, jak i jej zapisy mają istotne znaczenie dla należytego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Art. 223 ust. 2 pkt 3 u.p.z.p nie stanowi narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, a taką w tym przypadku jest oferta Wykonawcy, lecz jest podstawą poprawiania omyłek, którego może dokonać Zamawiający, z zastrzeżeniem znaczenia tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) Wykonawcy, które nie może być wówczas istotne. Proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do konieczności znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego w treść oferty, ponadto wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości, co do zamierzonej treści oświadczenia Wykonawcy.

W związku z powyższym oraz zapisami Rozdziału 26 SWZ Zamawiający postanawia, jak w pkt. 2 niniejszego pisma, o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p., jako w pełni uzasadnione i stanowiące jego obowiązki.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp - Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie było sporu pomiędzy stronami w zakresie stanu faktycznego. W dalszej kolejności skład orzekający ustalił, że zamawiający nadał załącznikom nr 1a (Wykaz cen) i 1b (Wykaz stawek i narzutów) do SWZ szczególne znaczenie, na co wskazuje brzmienie zawarte w rozdziale 26 SWZ (szczególnie w cytowanym powyżej ust. 8). Zamawiający przesądził, że ww. załączniki miały charakter przedmiotowych środków dowodowych. Konsekwencją zarówno braku złożenia przedmiotowych środków dowodowych lub nie zawarcia w nich informacji potwierdzających spełnienie opisanych w SWZ wymagań implikuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Z przedmiotowego przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek wezwania do złożenia lub uzupełnienia dokumentu będącego przedmiotowym środkiem dowodowym w sytuacji, gdy przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Jak ustaliła Izba (zostało to także przyznane przez odwołującego na rozprawie) w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przewidział takiej możliwości. Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia zamawiającemu uzupełnianie dokumentów będących przedmiotowymi środkami dowodowymi. Brak uprawnień zamawiającego do uzupełniania znajduje przełożenie także na uprawnienia wykonawcy, który nie może z własnej inicjatywy uzupełnić takiego dokumentu, którego nie załączył (lub załączył niekompletny) w ofercie. Ponadto Izba przyznała rację zamawiającemu, który wyjaśnił, że wniosek odwołującego z 4 marca 2022 r. nie mógł doprowadzić do zakwalifikowania błędu odwołującego, jako omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, ponieważ stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwość poprawiania uchybień w ofertach jest możliwe jedynie w przypadku ofert merytorycznie poprawnych, a także w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego wykonania robót budowlanych. Natomiast oferta odwołującego była zarówno niepoprawna

merytorycznie, jak i miała istotne znaczenie dla należytego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty, ponadto wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości, co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszeń przepisów wskazanych przez odwołującego w czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia i tym samym oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący: