Sygn. akt KIO 987/22

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 25 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego 8 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

w postępowaniu pn. Przebudowa drogi powiatowej nr 0022T na odcinku Lubania-Życiny (nr postępowania PZD.26.7.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Kielecki z siedzibą w Kielcach - Powiatowy Zarząd Dróg w Kielcach

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Transportowo-Budowlano-Drogowa DYLMEX T. D., Przedsiębiorstwo Drogowe sp. z o.o. DYLMEX-INWESTYCJE sp. k. z siedzibą w Staszowie, Przedsiębiorstwo - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu - zawiadomienie Odwołującego o poprawie jego oferty, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), polegającej na dopisaniu do kosztorysu ofertowego bez dokonywania zmiany ceny oferty.: 1) Etap I: odcinek Lubania-Drugnia - poz. 1.11.2. pn. Aktualizacja projektu stałej organizacji ruchu

na przebudowywanym odcinku, ujętej w poz. 1.11.2. przedmiaru robót oraz w poz. 1.11. 2. wzoru kosztorysu ofertowego z załącznika nr 2 do SWZ, 2) Etap II: odcinek w miejscowości Życiny - poz. 1.10.11. pn. Aktualizacja

projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanym odcinku, ujętej w poz.

1.10.2 przedmiaru robót oraz w poz. 1.10.11. wzoru kosztorysu ofertowego z załącznika nr 2.1. do SWZ.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Przystępującego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 13600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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.

U z a s a d n i e n i e

Powiat Kielecki z siedzibą w Kielcach - Powiatowy Zarząd Dróg w Kielcach {dalej: „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. Przebudowa drogi powiatowej nr 0022T na odcinku Lubania-Życiny (nr postępowania PZD.26.7.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 marca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00071423.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

5 kwietnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach {dalej: „Fart"}.

8 kwietnia 2022 r. Fart {dalej również: „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 - przez bezpodstawne odrzucenie oferty Fartu, pomimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia.

2. Art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie poprawienia w ofercie Fartu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie tej oferty.

3. Art. 255 pkt 3 - przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że cena niepodlegającej odrzuceniu oferty Fartu nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia badania i oceny ofert.

2. Unieważnienia odrzucenia oferty Fartu.

3. Poprawienia oferty Fartu polegającego na: 1) dopisaniu do kosztorysu ofertowego (załącznik nr 2 do SWZ) poz. 1.11.2. pn. „Aktualizacja projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanym odcinku", ujętej w poz. 1.11.2. przedmiaru robót (Etap I: odcinek Lubania - Drugnia) oraz w poz. 1.11.2 wzoru kosztorysu ofertowego (zał. nr 2 do SWZ); 2) dopisaniu do kosztorysu ofertowego (załącznik nr 2.1 do SWZ) poz. 1.10.11. pn. „Aktualizacja projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanym odcinku", ujętej w poz. 1.10.2. przedmiaru robót (Etap II: odcinek w miejscowości Życiny-Drugnia) oraz w poz. 1.10.11. wzoru kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1 do SWZ).

4. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

5. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Fartu.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{okoliczności faktyczne}

Z pkt XXVI specyfikacji warunków zamówienia {dalej również: „SWZ”} dotyczącego sposobu obliczenia ceny oferty wynika, że kosztorysy służą temu celowi.

Dla określenia przedmiotu zamówienia i zakresu świadczenia wykonawcy kluczowe znaczenie mają w pierwszej kolejności dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne, a następnie przedmiary, które stanowią integralną treść umowy [§ 21 ust. 2 wzoru umowy].

W treści złożonych wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, odpowiednio oznaczonych jako załączniki nr 2 i 2.1 do SWZ, zabrakło pozycji pn. „Aktualizacja projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanym odcinku:...”, które stosownie do wzoru obu tych kosztorysów ofertowych winna była stanowić odpowiednio poz. 1.11.2. kosztorysu nr 2 oraz poz. 1.10.11, kosztorysu nr 2.1.

Powyższa pozycja została dodana do kosztorysów ofertowych oraz przedmiarów 11.03.2022 r. w ramach zmiany treści SWZ.

Formularz ofertowy datowany na 22.03.2022 r. zawiera oświadczenia potwierdzające:
- złożenie oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia [pkt 2.];

- zapoznanie się ze specyfikacją warunków zamówienia i uznanie związania określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania [pkt 1.].

Koszt wykonania zakresu objętego tymi pozycjami (wynoszący 5 tys. zł netto dla odcinka nr 1 oraz 3.000 zł netto dla odcinka nr 2) faktycznie został uwzględniony w poz. nr 1.7. obu kosztorysów pn. „Oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu” (wycenionych - dla odcinka nr 1 na 113.699,25 zł, a dla odcinka nr 2 na 17.272,05 zł), które jako dotyczące znaków drogowych związane są z wykonaniem aktualizacji projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanych odcinkach.

Wycena poz. 1.7. w ofercie Fartu jest wyraźnie wyższa niż w ofertach pozostałych wykonawców (odcinek nr 1: Strabag - 99.947,36 zł, Trakt - 99.947,36 zł, Dylmex - 103.851,50 zł; odcinek nr 2: Strabag: 13.074,20 zł, Trakt - 10.210,00 zł, Dylmex - 15.052,00 zł), których ceny całkowite ofert są wyższe od ceny oferty Fartu.

Pismem z 23.03.2022 r. Zamawiający wezwał Fart na podstawie art. 223 ust. 1 pzp do wyjaśnienia treści oferty w zakresie (...) braku zapisów w złożonych kosztorysach ofertowych pozycji dotyczącej aktualizacji projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanych odcinkach drogi oraz braku ich wyceny.

W wyjaśnieniach z 23.03.2022 r. Fart zwrócił uwagę na kluczowe w tej sprawie postanowienie z pkt XXVI ppkt 8. SWZ w brzmieniu: Pozycje, dla których nie zostaną wstawione przez Wykonawcę ceny jednostkowe lub zostanie wpisana wartość zero, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu i uważać się będzie, że zostały ujęte w innych cenach wymienionych w kosztorysach ofertowych.

W ramach uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp Zamawiający nie odniósł się do art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Wycena brakujących pozycji w ofertach pozostałych wykonawców w stosunku do ceny oferty Fartu wynosi mniej niż 1%, w tym w ofercie Traktu łączna wycena tych pozycji wynosi 2.959,98 zł, czyli 0,02% ceny oferty Fartu.

{okoliczności prawne}

Art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia niezgodności oferty w dokumentami zamówienia, pod warunkiem, że mają one charakter omyłki oraz nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Zatem nie każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia stanowi automatycznie podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 01.04.2021 r. sygn. akt KIO 587/21, odnoszącego się wprawdzie do przepisów starej ustawy pzp, ale zachowującym w przedmiotowym zakresie swoją aktualność: Skoro zamawiający stwierdził, że oferta w zakresie spełnienia jednego z wymagań jest niezgodna z SIWZ, jego obowiązkiem wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jest nie wyjaśnienie tej oferty, lecz zbadanie możliwości jej poprawienia stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie pomyłki nie będące oczywistymi omyłkami rachunkowymi lub pisarskimi, polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Pierwszą przesłanką poprawienia oferty na ww. podstawie jest dokonanie kwalifikacji

niezgodności jako omyłki. W doktrynie wskazuje się, że omyłka to niezgodność powstała na skutek niezamierzonego działania. Przyjmuje się dwa rozumienia omyłki, szerokie oraz wąskie.

Zgodnie z tym drugim (np. wyrok Izby z 02.06.2014 r. sygn. akt KIO 1022/14) omyłka występuje wtedy, gdy: po pierwsze - na podstawie treści oferty możliwe jest ustalenie, że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego; po drugie - w treści samej oferty znajdują się dane w oparciu o które zamawiający może samodzielnie poprawić ofertę (zakazane jest prowadzenie negocjacji).

Z kolei zgodnie z szerokim rozumieniem omyłki (np. wyrok Izby z 13.06.2017 r. sygn. akt KIO 1088/17, wyrok Izby z 17.05.2015 r. sygn. akt KIO 674/15) omyłka może wynikać z błędnego przekonania wykonawcy co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia; występuje również wtedy, gdy wykonawca świadomie sporządził ofertę o określonej treści, która jednak np. w wyniku błędnej interpretacji wymagań zamawiającego okazała się niezgodna z treścią SIWZ; omyłką byłaby każda niezgodność między ofertą a SIWZ, chyba że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego.

Drugą przesłanką poprawienia oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp jest jej nieistotność tzn. poprawienie oferty nie może skutkować istotną zmianą treści oferty.

W doktrynie wskazuje się, że nieistotna poprawka oferty będzie miała miejsce w sytuacji, gdy wskutek jej dokonania nie dojdzie do zniekształcenia w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie (np. KIO 13/13).

Istność poprawki często bada się przez pryzmat wartości dokonanej zmiany treści oferty. Przykładowo w wyroku Izby z 26.05.2017 r. sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17 wskazano: Kierując się tymi racjami Izba uznała poprawienie omyłek w ofercie przystępującego za zgodne z ustawa przede wszystkim z powodu ich nieistotnego charakteru. Omyłki, co do których zamawiający nie znalazł podstaw do ustalenia ich wartości w ilości i wartości odpowiednio: dwie w części I - 79.967,75 zł - ok. 0,407% ceny oferty oraz w części drugiej - 84.161,94 zł - 0,411% z ceny oferty, nie są istotne zarówno w odniesieniu do liczby wszystkich pozycji kosztorysu, ceny ofert przystępującego, jak i ze względu na merytoryczna zawartość tych pozycji.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, a ponadto wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność oferty z warunkami zamówienia stanowi omyłkę w wąskim rozumieniu.

Po drugie, że na podstawie treści oferty Fartu możliwe jest ustalenie, że jego zamiarem było złożenie oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego, gdyż powyżej przywołane oświadczenia zawarte w formularzu oferty dotyczą ostatecznej wersji SWZ, a kosztorysy ofertowe służyły do określenia ceny oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego przede wszystkim w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych.

Po trzecie, że złożona oferta zawiera dane, które umożliwiają Zamawiającemu samodzielne jej poprawienie, gdyż nie wymaga określenia wyceny, a jedynie formalnego dopisania brakujących pozycji, skoro z przywołanego postanowienia ppkt 8. pkt XXVI SWZ

wynika, że brak wyceny pozycji nie stanowi wady oferty.

Po czwarte, że w świetle otrzymanych wyjaśnień Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do kwalifikacji tej niezgodności jako omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Po piąte, że oferta Fartu za wskazaną w niej cenę obejmuje konieczność wykonania zakresu opisanego w brakujących na skutek wykorzystania wzoru kosztorysu bez tych pozycji, co zostało skalkulowane w ramach wskazanej powyżej innej pozycji kosztorysów ofertowych.

Po szóste, że ponieważ poprawienie zaistniałej omyłki w ogóle nie prowadzi do zmiany ceny oferty, nie ma charakteru istotnego. Tym bardziej, że w takim przypadku nie jest nawet konieczne wyjaśnianie, w których innych pozycjach zakres ten został skalkulowany. Niezależnie od tego wartość tego zakresu prac jest marginalna.

Odwołujący podsumował, że był w pełni świadomy objęcia przedmiotem zamówienia

wykonania aktualizacji projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanych odcinkach drogi i jej wyceny, a jedynie omyłkowo zapominał, że na użytek dokonanej zmiany SWZ Zamawiający zmodyfikował również kosztorysy ofertowe, gdzie wyszczególnił miejsce do wyceny tego zakresu i dokonał wyceny według kosztorysów sprzed zmiany.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego Zamawiający oświadczył do protokołu, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania.

Z kolei Przystępujący oświadczył do protokołu, że sprzeciwia się powyższej czynności Zamawiającego

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Podkreślił, że wskazując na określone postanowienia SWZ Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad następującymi postanowieniami.

Po pierwsze, w pkt XVI ppkt 1. określono, że cena ma charakter kosztorysowy, a w ppkt 2. w ramach określenia sposobu jej ustalenia odesłano do załączników nr 2. i 2.1., czyli do kosztorysów ofertowych, co oznacza, że mają one istotny charakter dla ustalenia ceny zamówienia.

Po drugie, postanowienie wskazywane przez Odwołującego jako kluczowe nie dotyczy sytuacji, jaka zaistniała, gdyż reguluje sposób postępowania w razie niewycenienia pozycji bądź wyceny pozycji na 0 zł.

Po trzecie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, pkt 3. formularza oferty zawiera oświadczenie o zobowiązaniu się do wykonania całości przedmiotu zamówienia zgodnie z ceną wynikającą z załączonych kosztorysów ofertowych.

Biorąc pod uwagę wskazywaną przez Odwołującego genezę nieuwzględnienia pozycji, należy uznać, że nie jest to omyłka, a błąd polegający na nieustaleniu właściwego dokumentu będącego podstawą wyceny, powodując złożenie oświadczenia, z którego wynika nieobjęcie całego zakresu zamówienia ofertą.

Z kolei z wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z oferty podwykonawcy wynika, że pominięte pozycje mają określoną wartość, co przekreśla możliwość uznania, że popełniony błąd mógłby być poprawiony przez dopisanie tych pozycji jako wycenionych na 0 zł.

Powołał się na orzecznictwo Izby, z którego jego zdaniem wynika, po pierwsze, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie można poprawić braku polegającego na niewycenieniu pewnego zakresu robót. A po drugie, że poprawienie dopuszczalne jest jedynie w sytuacji, gdy z innej pozycji wynika, na jaką kwotę zostałyby wycenione brakujące pozycje.

Podsumował, że wnioskowane poprawienie prowadziłoby do złożenia nowego oświadczenia woli. Zaistniała sytuacja to nie omyłka, a brak oświadczenia woli co do elementu zakresu przedmiotu zamówienia, który nie może być sanowany w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp, a oświadczenie to zostało złożone dopiero na etapie wyjaśnień, czyli po upływie terminu na złożenie oferty. Tym samym złożona oferta nie spełnia wymagań SWZ i podlega odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozpoznawanej sprawy.

Odnośnie brzmienia postanowień Specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ"}, która składa się z następujących części nazwanych rozdziałami: rozdział I - Instrukcja dla wykonawców {dalej: „IDW"} wraz z załącznikami (w tym: załącznik nr 1 - Formularz oferty, załącznik nr 2. i 2.1. Kosztorysy ofertowe, załącznik nr 9 - Projekt umowy), rozdział II

- Przedmiary robót, rozdział III - Warunki prowadzenia robót w pasie drogowym, rozdział IV
- Szczegółowe specyfikacje techniczne, rozdział V - Dokumentacja projektowa.

Rozdział V. IDW - Opis przedmiotu zamówienia:

1. Przedmiot i zakres zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy drogi powiatowej nr 0022T Lubania - Życiny na dwóch odcinka zlokalizowanych na terenie Powiatu Kieleckiego t.j.:

- odcinek I od km 1+804,10 do km 5+911 oraz od km 7+652 do km 11+600, od istniejącej obwodnicy Miasta Chmielnik do granicy powiatów kieleckiego i staszowskiego o długości 8054,90 mb, na terenie gminy Chmielnik i Pierzchnica;
- odcinek II od km 20+260 do km 22+373,2 o długości 2113,20 mb, na terenie gminy Raków.

Łącznie I i II odcinek - 10168,10 mb.

1.1 Zakres robót obejmuje m. in.:

1.1.1 - na odcinku I:

a) frezowanie nawierzchni,

b) wykonanie w-wy podbudowy zasadniczej z mieszanki MCE o gr. 20 cm;

c) wykonanie nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej dla obciążenia ruchem KR-2;

d) wykonanie chodników z kostki brukowej gr. 8cm w kilometrażu:

- 3+252,8 do 3+397,4 - str. lewa, szerokość 2,0m;
- 8+077,1 do 8+310,5 - str. lewa, szerokość 2,0m;
- 8+306,5 do skrzyżowania w km 8+647,4 - str. prawa, szerokość 2,0m,
- 8+410,0 do 9+249,2 - str. lewa, szerokość 2,0m,
- 8+938,6 do 9+200 - str. prawa, szerokość 2,0m (ze zwężeniem od km 9+195 do km 9+200 z 2,0m do 1,5m),
- 9+802,3 do 9+868,7 - str. lewa, szerokość 1,5m, zlokalizowany za zieleńcem o szer. 2,0m,

(podane powyżej szerokości chodnika określają szerokość kostki i nie uwzględniają szerokości krawężnika i obrzeża);

e) wykonanie pobocza o szer. 0,75m utwardzone kruszywem łamanym;

f) wykonanie zjazdów na działki z kostki brukowej betonowej w granicach pasa drogowego, oddzielonych od jedni obniżonym krawężnikiem betonowym 15x30, a od strony działki i krawędzi bocznych obrzeżem betonowym 8x30;

g) przebudowę skrzyżowań z drogami publicznymi oraz wewnętrznymi w granicach pasa drogowego drogi powiatowej nr 0022T;

h) wykonanie odwodnienia w tym rowów otwartych oraz krytych o średnicach 300, 315 oraz 400 mm wraz ze studniami rewizyjnymi z tworzywa sztucznego lub betonowych;

i) wykonanie przepustów na rowach otwartych z rur PEHD SN8 o śr. 400mm;

j) budowę przepustów pod drogą w km:

- 3+573 (PEHD, średnica 60 cm, długość 9 m),

- 3+801 (PEHD, średnica 60 cm, długość 9 m),

- 8+075,1 (PEHD, średnica 60 cm, długość 9 m);

k) przebudowę przepustów pod drogą w km:

- 9+336,7 (podwójny przepust eliptyczny stalowy, długość 14 m),

- 10+384,7 (PEHD, średnica 60 cm, długość 9 m),

- 10+807,5 (PEHD, średnica 60 cm, długość 11 m);

l) remont przepustu pod drogą w km: 2+794,2 (PEHD, średnica 60 cm, długość 9 m);

m) remont obiektu mostowego o konstrukcji monolitycznej żelbetowej;

n) wykonanie kanału technologicznego zaprojektowanego jako rura osłonowa HDPE SN8 o śr. 110mm z czterema rurami światłowodowymi o śr. 40mm oraz wiązką siedmiu mikrorur o śr. 10mm wraz ze studniami rewizyjnymi z betonu zbrojonego;

o) wykonanie poszerzenia jezdni,

p) wykonanie peronów przystankowych w km 3+255 (str. prawa), w km 3+283,6 wraz z wiatą przystankową (str. lewa) oraz w km 9+867,7 (str. lewa);

r) wykonanie przebudowy zatoki autobusowej wraz z peronem przystankowym i wiatą przystankową;

s) wykonanie oznakowania pionowego i poziomego;

t) montaż urządzeń bezpieczeństwa ruchu;

u) regulację wysokościową studni kanalizacyjnych i telekomunikacyjnych, zasuw i hydrantów na sieci wodociągowej oraz wpustów ulicznych.

1.1.2 - na odcinku II:

a) frezowanie nawierzchni,

b) wykonanie w-wy podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem oraz podbudowy zasadniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie na poszerzeniu jezdni;

c) wykonanie nawierzchni jezdni z mieszanki mineralno-asfaltowej dla obciążenia ruchem KR-2;

d) wykonanie chodnika prawostronnego na odcinku od km: 20+301 do km: 22+373,2 szer.

2,0m z lokalnymi zwężeniami do 1,25m lub 1,5m,

e) wykonanie obustronnego pobocza o szer. 0,75m utwardzonego kruszywem łamanym

na odcinku od km: 20+260 do km: 20+301;

f) wykonanie zjazdów na działki z kostki brukowej betonowej w granicach pasa drogowego, z obniżonym krawężnikiem betonowym w obrębie zjazdów;

g) wykonanie przedłużenia istniejącego przepustu pod drogą o śr. 800 mm;

h) wykonanie kanału technologicznego zaprojektowanego jako rura osłonowa HDPE SN8 o śr. 110mm z czterema rurami światłowodowymi o śr. 40mm oraz wiązką siedmiu mikrorur o śr. 10mm wraz ze studniami betonowymi z włazem betonowym;

i) montaż urządzeń bezpieczeństwa ruchu;

j) regulację wysokościową studni kanalizacyjnych i zasuw na sieci wodociągowej.

2 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz jego zakres stanowią:

a) kosztorysy ofertowe - załączniki nr 2 i 2.1;

b) przedmiary robót - rozdział II;

c) szczegółowe specyfikacje techniczne - rozdział IV;

d) dokumentacje projektowe - rozdział V.

(...)

Rozdział XVII IDW - Opis sposobu przygotowania oferty:

1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w niniejszym postępowaniu.

2. Ofertę stanowi wypełniony załącznik nr 1 do SWZ formularz „Oferta" oraz niżej

wymienione dokumenty.

3. Dokumenty stanowiące ofertę, które należy złożyć:

a) Formularz ofertowy - stanowiący załącznik nr 1 do SWZ;

b) Kosztorysy ofertowe - na załączniku nr 2 i 2.1;

(...)

Rozdział XXVI IDW - Opis sposobu obliczania ceny oferty oraz informacje dotyczące kryterium gwarancji:

1. Cena podana w ofercie jest ceną kosztorysową.

2. Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na załączniku nr 2 i 2.1:

a) kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji w nim wyszczególnionych,

b) Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartość netto dla wszystkich pozycji

wymienionych w kosztorysach.

c) cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi obejmować koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, pracy sprzętu i transportu technologicznego, oraz koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk; cena jednostkowa z narzutami jest ceną netto.

3. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia i musi być podana w złotych polskich.

4. Wszystkie wartości określone w kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena oferty powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

5. Sumę netto z kosztorysów ofertowych sporządzonych na załączniku nr 2 i 2.1, należy przenieść do załącznika nr 1 t.j. druku „OFERTA". Następnie do wyliczonej ceny netto doliczyć podatek od towarów i usług VAT w obowiązującej wysokości.

6. Cena brutto wyliczona zgodnie z ust. 5 stanowić będzie wartość zamówienia.

7. W cenach jednostkowych zawartych w kosztorysach ofertowych powinny być zawarte wszystkie pozostałe koszty przy realizacji przedmiotowego zadania.

8. Pozycje, dla których nie zostaną wstawione przez Wykonawcę ceny jednostkowe lub zostanie wpisana wartość zero, nie zostaną zapłacone po ich wykonaniu i uważać się będzie, że zostały ujęte w innych cenach wymienionych w kosztorysach ofertowych.

9. Upusty oferowane przez wykonawcę muszą być zawarte w cenach jednostkowych. Wartość pozycji po zastosowaniu upustu nie może być niższa niż koszty własne lub koszty wytworzenia.

10. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysów ofertowych.

(.)

Załącznik nr 9 - Projekt umowy:

§ 1

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania roboty budowlane objęte zadaniem p.n.: „Przebudowa drogi powiatowej nr 0022T na odcinku Lubania-Życiny”.

2. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania i oddania na rzecz Zamawiającego przedmiot umowy określony w ust.1 zgodnie z warunkami zawartymi w niniejszej umowie oraz w :1) specyfikacji warunków zamówienia, 2) projekcie budowlanym i wykonawczym, 3) szczegółowych specyfikacjach technicznych, 4) ofercie Wykonawcy. Dokumenty te stanowią integralną część umowy.

§ 3

1. Wstępne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy za cenę kosztorysową: (...)

2. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami

określonymi w § 6 i § 10.

[odesłania te są błędne, gdyż zawarte tam postanowienia dotyczą: § 6 - zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a § 10 - obowiązków wykonawcy]

(.)

§ 7

1. Zamawiający dopuszcza możliwość wystąpienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy konieczności wykonania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych dokumentacją projektową lub przedmiarem robót oraz robót dodatkowych, o których mowa w § 8 ust. 2 niniejszej umowy, w sytuacji, gdy wykonanie tych robót będzie niezbędne do prawidłowego, tj. zgodnego z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi na dzień odbioru robót przepisami wykonania przedmiotu umowy.

2. Zamawiający dopuszcza możliwość rezygnacji z wykonywania pewnych robót przewidzianych w dokumentacji projektowej lub w przedmiarze robót w sytuacji, gdy ich wykonanie będzie zbędne do prawidłowego, tj. zgodnego z zasadami wiedzy technicznej i obowiązującymi na dzień odbioru robót przepisami wykonania przedmiotu umowy. Roboty takie w dalszej części umowy nazywane są robotami „zaniechanymi”.

3. Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zamiany materiałów i urządzeń przedstawionych w ofercie przetargowej pod warunkiem, że zmiany te będą korzystne dla Zamawiającego. Będą to, przykładowo, okoliczności: a) powodujące obniżenie kosztu ponoszonego przez Zamawiającego na eksploatację i konserwację wykonanego przedmiotu umowy, b) powodujące poprawienie parametrów technicznych, c) wynikające z aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp technologiczny lub zmiany obowiązujących przepisów. W/w zmiany muszą być każdorazowo zatwierdzone przez Zamawiającego.

(.)

§ 8

1. Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne dla wykonania przedmiotu niniejszej umowy, polecać Wykonawcy na piśmie: 1) wykonanie robót wynikających z Dokumentacji projektowej lub zasad wiedzy technicznej, a nie wyszczególnionych w przedmiarach robót,

2) wykonanie rozwiązań zamiennych w stosunku do projektowanych w Dokumentacji projektowej (podnoszącą jakość technologiczną), 3) rezygnację z części robót, a Wykonawca zobowiązany jest wykonać każde z powyższych poleceń.

2. Wszelkie inne roboty nie ujęte w dokumentacji (tak zwane konieczne roboty dodatkowe) oraz roboty zamienne o których mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, a także roboty zaniechane o których mowa w § 7 ust. 2 niniejszej umowy, a konieczne do wykonania i oddania do użytkowania przedmiotu niniejszej umowy mogą być wykonane (lub „zaniechane") na podstawie protokołów konieczności potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru i zatwierdzonych przez Zamawiającego.

Bez zatwierdzenia protokołów konieczności przez Zamawiającego, Wykonawca nie może rozpocząć wykonywania w/w robót lub rezygnować z wykonywania robót zaniechanych. Kierownik Budowy sporządzą protokół konieczności zaniechania lub wykonania robót, określający zakres rzeczowo-finansowy tych robót.

3. W uzasadnionych przypadkach, w trakcie prowadzenia robót, dopuszcza się wprowadzenie zmian do dokumentacji projektowej, za zgodą Zamawiającego na wniosek Wykonawcy. Wprowadzenie zmian proponowanych przez Wykonawcę dopuszcza się pod następującymi warunkami: 1) zmiana może dotyczyć jedynie technologii robót lub technologii wykonania elementu robót, 2) rozwiązanie proponowane przez Wykonawcę jest równorzędne lub lepsze funkcjonalnie od tego, jakie przewiduje dokumentacja projektowa, 3) dokumentacja projektowa zamienna zostanie zaakceptowana przez Inspektora Nadzoru i zatwierdzona przez Zamawiającego, 4) zmiana ta nie wpłynie na zwiększenie wynagrodzenia należnego Wykonawcy w sytuacji, gdy proponowane rozwiązanie wiązałoby się ze zwiększeniem kosztów wykonania robót zamiennych.

4. Wydane przez Zamawiającego polecenia, o których mowa w ust. 1, nie unieważniają w jakiejkolwiek mierze umowy, ale skutki tych poleceń stanowią podstawę do zmiany - na wniosek Wykonawcy - terminu zakończenia robót, o którym mowa w § 2 ust. 2 niniejszej umowy oraz zmiany wynagrodzenia zgodnie z postanowieniami § 17 umowy.

[powyższe odesłanie jest błędne, gdyż zawarte w § 17 postanowienia dotyczą obowiązku zatrudnienia osób wykonujących wskazane tam prace na podstawie umowy o pracę]

(...)

§ 9

1. Jeżeli roboty wynikające z poleceń wprowadzonych zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 1 oraz zmian wprowadzonych na podstawie § 8 ust. 3 niniejszej umowy, odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym, cena jednostkowa określona w kosztorysie ofertowym, używana jest do wyliczenia wysokości wynagrodzenia.

2. Jeżeli roboty wynikające z poleceń wprowadzonych postanowieniami § 8 ust. 1 oraz zmian wprowadzonych na podstawie § 8 ust. 3 niniejszej umowy, nie odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym, Wykonawca powinien przedłożyć do akceptacji Zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót.

3. Wykonawca powinien dokonać wyliczeń cen, o których mowa w ust. 2 oraz przedstawić

Zamawiającemu do akceptacji wysokość wynagrodzenia wynikającą ze zmian przed rozpoczęciem robót wynikających z tych zmian.

Wyjaśnienia treści SWZ z 11 marca 2022 r.:

(.)

Pytanie 1:

Prosimy o zamieszczenie projektu organizacji ruchu.

Odpowiedź:

Zamawiający zamieści na stronie internetowej projekty stałej organizacji ruchu.

Ponadto informujemy, że do kosztorysów ofertowych i przedmiarów robót, zostanie wprowadzona nowa pozycja w brzmieniu „Aktualizacja projektu stałej organizacji ruchu na przebudowywanym odcinku drogi".

(.)

Reasumując z przywołanych powyżej postanowień wprost lub pośrednio wynika, co następuje:

Po pierwsze, że niezależnie od późniejszych wyjaśnień i zmian treści SWZ aktualizacja projektu stałej organizacji ruchu nie stanowi stricte elementu zakresu robót budowalnych, a konieczność jego sporządzenia jest konsekwencją wykonania przebudowy drogi.

Po drugie, że dla profesjonalnych wykonawców nie budziła wątpliwości konieczność zaktualizowania dotychczasowego projektu stałej organizacji ruchu, w związku z czym zwrócono się do Zamawiającego o udostępnienie w tym celu tego dokumentu.

Po trzecie, że pomimo nazwania wynagrodzenia należnego wykonawcy kosztorysowym, co do zasady ma ono charakter ryczałtowy, gdyż jedynie ewentualne decyzje o rezygnacji wykonania określonych robót, wykonaniu robót zastępczych czy dodatkowych mogą spowodować zmianę wynagrodzenia odpowiadającego cenie oferty, przy czym punktem odniesienia dla ustalenia wysokości tej zmiany nie zawsze będzie kosztorys ofertowy.

Po czwarte, że ewentualne korekty zakresu robót budowlanych w żaden sposób nie wpływają na konieczność wykonania po ich ukończeniu aktualizacji projektu stałej organizacji ruchu, więc kwestia wyodrębnienia jej wyceny w osobnej pozycji kosztorysu ofertowego nie faktycznie żadnego znaczenia z punktu widzenia ewentualnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Po piąte, że skoro z jednej strony zastrzeżono zakaz dokonywania zmian w udostępnionych kosztorysach ofertowych, a z drugiej de facto dopuszczono dokonanie wyceny zakresu rzeczowego objętego daną pozycją w ramach innej pozycji, oczywistym sposobem poprawienia ofert, w których wyceniono kosztorysy ofertowe nie w ostatecznej

wersji, jest ich dopisanie z wyceną opiewającą na 0 zł.

Poza wszelkim sporem jest nieuwzględnienie przez Fart w kosztorysach ofertowych pozycji dotyczących aktualizacji projektu stałej organizacji ruchu, które zostały dodane przez Zamawiającego w ramach zmiany treści SWZ.

Jednocześnie Odwołujący wykazał, że: po pierwsze - wycena wykonania aktualizacji tego dokumentu jest znikoma w ramach cen złożonych ofert [patrz okoliczności opisane w odwołaniu, które nie zostały zaprzeczone przez Przystępującego], po drugie - została również uwzględniona w ramach ceny oferty Fartu, ale w innej pozycji, na podstawie uzyskanej w tym celu 17 marca 2022 r. oferty podwykonawcy [patrz dokument złożony na rozprawie].

Zamawiający nie poprawił powyższej omyłki, polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SWZ, niepowodującej istotnej zmiany treści tej oferty Fartu, a zamiast tego odrzucił tę ofertę.

W ramach uzasadnienia tej decyzji Zamawiający wskazał jako podstawę prawną odrzucenia art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, jednocześnie w jednozdaniowym uzasadnieniu w ogóle nie odniósł się do możliwości poprawienia stwierdzonej niezgodności w trybie art. 223 ust. 2

pkt 3 pzp.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest zasadne.

Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, błędnie uznając ją za definitywnie niezgodną z warunkami zamówienia, bez rozważenia, czy nie podlega ona poprawieniu.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które - według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp - należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp obliguje zamawiającego do poprawienia w ofercie innych [niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp] polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została

poprawiona.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp"} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp - zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp - przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ"}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ"}. Innymi słowy na potrzeby zrozumienia dalszego wywodu „SWZ" i „SIWZ" należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji"} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Z art. 223 ust. 1 pzp [poprzednio 87 ust. 1 pzp] wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspominanej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W konsekwencji, co ma kluczowe znaczenie dla tej sprawy, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp [poprzednio art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp]. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż wpierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru.

Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp [odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp] było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.

W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu namówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) [vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11]. Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać należy 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.

Izba podziela również stanowisko [wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 959/09}, że rozumienie „innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp] nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa „omyłka" oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. [tak w Słowniku języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego,

Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie ]. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę (art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp; poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popz mowa była o braku zgody na poprawienie), niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy wpierw zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia.

Na powyższe uwarunkowania trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator „istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ponadto jak to słusznie wskazano w uzasadnieniu wyroku z 13 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2810/11: [w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialia negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazusu lamp na obwodnicy Wrocławia", czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowisko Izba zajęła w uzasadnieniach wyroków wydanych 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2490/10 i 28 września 2010 r. sygn. akt KIO1978/10.

Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp [aktualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp], gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. W ocenie Izby nie oznacza to jednak braku możliwości

uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z wyjaśnień wykonawcy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia, w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem Izby należy odróżnić skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem treści informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

Reasumując, w okolicznościach rozstrzyganej sprawy przy dołożeniu należytej staranności Zamawiający, nawet bez kierowania wezwania do wyjaśnień, powinien był z łatwością nie tylko stwierdzić, na czym polega niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji (co uczynił), ale i w jaki sposób ją poprawić, czego bezpodstawnie w ogóle zaniechał. W ocenie Izby z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu odrzuconej oferty wynika bowiem wola zaoferowania realizacji tego zamówienia na warunkach wynikających z SWZ, w tym wykonania objętego brakującymi pozycjami zakresu rzeczowego, a zatem obowiązkiem Zamawiającego było poprawienie tej oferty w sposób, który powinien być dla niego oczywisty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 i art. 255 pkt 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 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 (Dz. U. poz. 2437) - obciążając nimi Przystępującego.