

Sygn. akt: KIO 2815/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmína Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę PRODIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- A. wykonawcy COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu,
- B. wykonawcy Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, orzeka:
 1. oddala odwołanie;
 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego PRODIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2815/24

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Modernizacja odcinków dróg wojewódzkich” (nr ref. ZDW-DN-4-271-34/24). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 105/2024 z dnia 31 maja 2024 r. pod numerem 321934-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2024 r. wykonawca PRODIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu oraz odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na sprzeczność jej treści z warunkami zamówienia, tj. z uwagi na przyjęcie niejednolitej ceny jednostkowej za Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych z oporem C12/15 ($V=0,12m^3/m$) ujętej w poz. 11 tabeli cenowej dla Zadania nr 4 oraz poz. 16 dla Zadania nr 14 pomimo określenia w rozdziale III pkt 12 ppkt 3 SWZ wymogu jednolitości dla 208 pozycji (w tym również dla przywołanych dwóch pozycji), w sytuacji, gdy wskazana niezgodność jako tzw. inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia podlegała poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na to, że:
 - wskazanie przez Odwołującego w zaledwie jednym spośród 104 wskazanych przez Zamawiającego przypadków niejednakowych cen jednostkowych (przy jednoczesnym wskazaniu w pozostałych 103 przypadkach cen jednakowych) nie sposób ocenić inaczej, niż jako zwykłą omyłkę przy wprowadzaniu do formularza ofertowego znacznej ilości (745) cen jednostkowych, w żadnym zaś razie nie sposób jest jej uznać za celowe działanie zmierzające w kierunku nadania treści oferty brzmienia niezgodnego z warunkami zamówienia,
 - omyłka ta spowodowała niezgodność oferty z treścią rozdziału III pkt 12 ppkt 3,
 - poprawienie przedmiotowej omyłki jest możliwe w prosty sposób, tj. przez ujednoczenie cen jednostkowych w poz. 11 Zadania nr 4 (zadanie podstawowe) i poz. 16 Zadania nr 16 (zadanie opcjonalne) do ceny wskazanej dla

zadania podstawowego,

- poprawienie wskazanej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany oferty,

przy czym przewidziana w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp procedura poprawiania omyłek w treści oferty ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że wobec zaistnienia podstaw do zastosowania ww. procedury sanacyjnej Zamawiający nie mógł od niej odstąpić i tym samym nie mógł odrzucić oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż oferta Odwołującego była ofertą korzystniejszą w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert, a jej odrzucenie było nieprawidłowe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu. Odwołujący wniósł ponadto o nakazanie Zamawiającemu dokonanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami, polegającej na poprawieniu ceny jednostkowej w poz. 16 kosztorysu ofertowego dla Zadania 16 na cenę 147,60 oraz, w konsekwencji tego poprawienia, wartości brutto poz. 16 dla Zadania 16 na kwotę 26 568,00 zł, sumy ofertowej dla zakresu opcjonalnego na kwotę 8 267 270,34 zł całkowitej ceny ofertowej na kwotę, 43 181 703,02 zł.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym przypadku zachodziły podstawy do uznania, że wskazanie przez Odwołującego niejednorodnych cen jednostkowych w poz. 11 Zadania nr 4 i poz. 16 Zadania nr 16 miało charakter tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Zdaniem Odwołującego oceny takiej nie może zmienić okoliczność, iż w wyjaśnieniu złożonym Zamawiającemu w dniu 16 lipca br. przedstawiciel Odwołującego zidentyfikował ww. omyłkę jako „oczywistą omyłkę pisarską”. Jakakolwiek bowiem ocena przedstawiciela Odwołującego nie mogła zmienić ciążącego na Zamawiającym obowiązku stosowania przepisów powszechnie obowiązującego prawa ani zwolnić go z obowiązku oceny niezgodności z warunkami zamówienia pod kątem wszystkich kategorii omyłek wskazanych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Przewidziana w tym przepisie procedura sanacyjna ma bowiem charakter obligatoryjny (co oznacza, że Zamawiający nie może w żadnym przypadku odstąpić od poprawienia żadnej ze wskazanych kategorii omyłek

w ofercie) i nie jest uzależniona od jakiegokolwiek działania, kwalifikacji prawnej czy inicjatywy po stronie zainteresowanego wykonawcy. Instytucja poprawiania „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia” była przedmiotem licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. W orzecznictwie tym jednolicie wskazuje się, że instytucja ta znajduje zastosowanie we wszystkich tych przypadkach, gdy: zachodzi niezgodność oferty z warunkami zamówienia, niezgodność ta nie jest wynikiem zamiaru zaoferowania świadczenia niezgodnego z warunkami zamówienia, lecz ma charakter niezamierzony i omyłkowy (tj., gdy stanowi zwykły błąd ludzki, przeoczenie przy sporządzaniu oferty), gdy poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (nie zmieni jej charakteru czy oferowanego przedmiotu), gdy Zamawiający jest w stanie taką omyłkę poprawić. W tym kontekście obszernie stanowisko, jakie zaprezentował Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a odnoszące się do – jego zdaniem – braku możliwości zastosowania o odniesieniu do wskazanej oferty procedury sanacyjnej, jest nieprawidłowe z przyczyn opisanych poniżej.

Odwołujący wskazał po pierwsze, że niewątpliwie doszło do złożenia oświadczenia woli, którego treść (cena jednostkowa) jest niezgodna z wymaganiami określonymi w SWZ (tj. nie jest jednolita dla Zadania nr 4 i Zadania nr 16). Niezgodność ta była zresztą podstawą odrzucenia oferty Odwołującego – gdyby nie zachodziła, brak byłoby w ogóle podstaw do odrzucenia tej oferty na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Po wtóre, w okolicznościach sprawy brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, aby wykonawca celowo zaoferował Zamawiającemu ww. ceny jednostkowe na poziomie niejednorodnym. Zamawiający błędnie kwestionuje omyłkowy charakter podania przez Odwołującego niejednorodnych cen jednostkowych w poz. 11 dla Zadania 4 oraz w poz. 16 dla zadania 16. Tym samym zdaje się zakładać, jakoby wolą Odwołującego było zaoferowanie świadczenia o treści niezgodnej z SWZ. Jednocześnie jednak sam Zamawiający nawet nie tylko dopuszcza ewentualność, co wręcz zakłada niemal pewność, że wskazanie niejednorodnych ww. cen jednostkowych wynikało z „niestaranności w działaniu” („świadczą raczej o niepoprawnym w świetle treści SWZ (względem warunków zamówienia), najpewniej na skutek niestaranności w działaniu, przygotowaniu przez Wykonawcę oferty”) oraz że mogło być niezamierzone („nawet jeżeli ta niespójność była wynikiem jakichś błędów, nawet niecelowych, popełnionych w toku przygotowywania oferty, np. błędnego ich odczytania, zidentyfikowania, czy zastosowania w praktyce”). Tymczasem w okolicznościach sprawy brak celowego zamiaru wskazania przez Odwołującego niejednorodnych cen nie może budzić wątpliwości. Zauważyć bowiem należy, że w ramach wyceny ofert Wykonawcy byli zobligowani do wskazania w formularzu cenowych znacznej liczby cen jednostkowych (według wycień pełnomocnika Odwołującego kosztorys składa się w sumie z 745 pozycji), spośród których aż 208 pozycji zostało objęte

wymogiem zachowania jednolitości w kontekście zakresu podstawowego (104 pozycje) oraz zakresu opcjonalnego (kolejne 104 pozycje o tożsamym zakresie przedmiotowym jak odpowiadające im 104 pozycje zakresu podstawowego). Spośród tych wszystkich pozycji Odwołujący zachował pełną jednolitość w 103 parach wskazanych przez Zamawiającego. Wskazuje to w sposób jednoznaczny, że Odwołujący prawidłowo zidentyfikował wymagania Zamawiającego i zamierzał się do niego w pełni zastosować (i zastosował się w ponad 99% przypadków), a jedynie w odniesieniu do jednej ze 104 par pozycji kosztorysu, w sposób niezamierzony owej jednolitości nie zachował. Był to zwykły błąd ludzki, przeoczenie popełnione w trakcie dość żmudnej czynności wyliczania znacznej liczby cen jednostkowych oraz wpisywania ich do liczącego wiele pozycji kosztorysu ofertowego. Przypisywanie Odwołującemu zamiaru zaoferowania w tym zakresie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia trudno byłoby uznać za uzasadnione. Wolą każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest złożenie oferty odpowiadającej SWZ.

Trudno oczekiwać, aby Odwołujący, działając racjonalnie, chciał poświęcić wiele godzin na przygotowanie oferty i wyliczenie ceny zakładając złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia (która tym samym podlegałaby odrzuceniu). Nie sposób zatem wskazać innej przyczyny wskazania niejednolitych cen jednostkowych w zakresie poz. 11 dla Zadania 4 i poz. 16 dla Zadania 16, aniżeli chwilowy moment nieuwagi osoby wypełniającej kosztorys (co sam zauważa Zamawiający, wskazując na „niestaranność”). Z całą zaś pewnością wola zaofiarowania świadczenia niezgodnego z SWZ w żaden sposób z treści oferty nie wynika – co przemawia tym samym za uznaniem, że opisana niezgodność ma charakter omyłkowy.

Po trzecie Odwołujący podniósł, że dokonanie poprawienia wskazanej omyłki – przez ujednoczenie cen w ww. pozycjach 11 (Zad. 4) i 16 (Zad. 16) niewątpliwie nie spowoduje istotnej zmiany oferty. Za zmianę istotną w rozumieniu tego przepisu uznaje się powszechnie taką zmianę, która prowadziłaby do znacznego zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w zakresie merytorycznej treści oferty – co w stanie faktycznym sprawy miejsca nie miało. O nieistotności zmiany spowodowanej poprawieniem omyłki świadczy przede wszystkim fakt, że omyłka ta dotyczy cen jednostkowych o niewielkim udziale w całej cenie ofertowej, zaś poprawienie omyłki spowoduje jedynie nieznaczną zmianę ceny – w szczególności mając na uwadze fakt, że dostosowanie pozycji nr 16 w Zadaniu 16 spowoduje zmianę ceny zaledwie o 6 642 zł, co przy całkowitej cenie ofertowej na poziomie 43 188 345,02 zł jest wartością zupełnie pomijalną. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie dopuszczono poprawianie na zasadzie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłek również w takich przypadkach, gdy prowadzi to do zmiany wysokości ceny. (Odwołujący powołał się w tym zakresie na komentarz Urzędu Zamówień Publicznych oraz orzecznictwo Izby).

Po czwarte Odwołujący zauważył, że w stanie faktycznym sprawy Zamawiający miał podstawy do samodzielnego poprawienia omyłki i doprowadzenia oferty do stanu zgodności z wymaganiem zapisanym w rozdziale III pkt 3 SWZ. Mógł on poprawić omyłkę bez konieczności zasięgnięcia jakiegokolwiek opinii czy stanowiska wykonawcy odnośnie do sposobu, według którego poprawienie oferty miałyby zostać dokonane. Istnieją co najmniej trzy obiektywne powody, dla których jako właściwą należało przyjąć cenę określoną dla zakresu podstawowego, tj. cenę ustaloną w poz. 11 dla Zadania nr 4 i w konsekwencji do jej wysokości (147,60zł brutto) dostosować (ujednoczyć) cenę w poz. 16 dla Zadania 16. Odwołujący dostrzegł, że wskazana przez Zamawiającego niejednolitość cen dotyczy dwóch zakresów przedmiotu zamówienia: zakresu podstawowego (takiego, który na pewno zostanie powierzony do wykonania w ramach zamówienia) i opcjonalnego (takiego, który być może, lecz niekoniecznie zostanie powierzony do wykonania). Z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie to właśnie zakres podstawowy zawsze stanowi punkt wyjścia do oszacowania ceny ofertowej. Zakres ten zawsze jest traktowany i wyceniany priorytetowo, bowiem determinuje on taki poziom wynagrodzenia, który na pewno zostanie wypłacony niezależnie od dalszych decyzji Zamawiającego w przedmiocie skorzystania lub nie skorzystania z prawa opcji. Zatem już z samej istoty zamówienia podstawowego i opcjonalnego można było wywieść, że wolą wykonawcy było rozliczenie się z Zamawiającym według tej ceny, która została określona właśnie dla zakresu podstawowego (Zadanie nr 4).

Ponadto Odwołujący zauważył, że poz. 11 w kosztorysie dla Zadania nr 4 zawiera znacznie większy przedmiar (ilość jednostek (m) krawężnika do wykonania), aniżeli poz. 16 dla zadania 16. W zakresie podstawowym Zamawiający przewidział bowiem wykonanie 1 140,00 m ww. krawężnika, podczas gdy w zakresie opcjonalny niemal dziesięciokrotnie mniej (180,00 m). W tym kontekście za logiczny i racjonalny trzeba uznać wniosek, że Odwołujący wycenił przede wszystkim ową wyższą ilość jednostek obmiarowych krawężnika do wykonania, bowiem wartość tej pozycji jest z jego punktu widzenia bardziej istotna, niż wartość pozycji o niższym przedmiarze. Co więcej, w świetle doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnie funkcjonującej w branży budowlanej, większa ilość prac do wykonania w ramach danej inwestycji zazwyczaj prowadzi do obniżenia ceny jednostkowej za ich wykonanie. Z uwagi bowiem na efekt skali oraz rozłożenie dodatkowych kosztów (związanych przede wszystkim z mobilizacją, transportem i organizacją pracy zasobów) na większą liczbę jednostek obmiarowych, koszty jednostkowe (w przeliczeniu na jednostkę obmiarową) są niższe, niż w przypadku kosztów wykonania mniejszej ilości prac. Mając zaś na uwadze, że skorzystanie z prawa opcji spowoduje w istocie zwiększenie ilości jednostek obmiarowych do wykonania w zakresie krawężników (tj. spowoduje zwiększenie ich długości

z zakładanych 1 140 m do 1 320 m ($1\ 140 + 180 = 1\ 320$), należy przyjąć, że to niższa spośród cen wskazanych przez Odwołującego będzie miarodajna do rozliczenia prac dotyczących wykonania krawężników betonowych o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych z oporem C12/15.

Wreszcie, istotny zdaniem Odwołującego argument przemawiający za zasadnością ujednoczenia poz. 11 (Zad. 4) i poz. 16 (Zad. 16) do wskazanej dla Zad. 4 kwoty 147,60 można odnaleźć w samej treści kosztorysu przedstawionego przez Odwołującego. Zauważyć bowiem należy, że formularzach dla Zadań nr 4 i 16 umieszczone zostały w sumie 4 pozycje odnoszące się do wykonania krawężników betonowych o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych z oporem C12/15 (a więc odnoszące się do bardzo podobnych prac): poz. 4 dla Zadania nr 4: Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych C12/15 (zjazd + uszkodzony krawężnik) – wyceniona przez Odwołującego na kwotę 147,60 zł, poz. 11 dla Zadania nr 4: Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych z oporem C12/15 ($V=0,12m^3/m$) - wyceniona również na kwotę 147,60 zł, poz. 4 dla Zadania nr 16: Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych C12/15 (zjazdy + uszkodzony krawężnik) – również w tym przypadku wyceniona przez Odwołującego na kwotę 147,60 zł, poz. 16 dla Zadania nr 16: Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych z oporem C12/15 ($V=0,12m^3/m$) – która jako jedyna została wyceniona na inną kwotę, tj. na 184,50 zł. Skoro w formularzu ofertowym dla obu zakresów zamówienia (Zadanie 4 i Zadanie 16) aż trzy pozycje zostały wycenione na kwotę 147,60 zł, a tylko jedna na kwotę odmienną (184,50 zł), to uzasadniony jest wniosek, że wolą Odwołującego było, aby wszystkie prace związane z budową krawężników betonowych o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych C12/15 rozliczane były według ceny jednostkowej na poziomie 147,60 zł.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, już tylko na podstawie treści oferty i zapisów SWZ Zamawiający mógł (i powinien był) wywieść, że poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego z warunkami Zamówienia winno nastąpić przez takie ujednoczenie cen w poz. 11 dla Zadania 4 i poz. 16 dla Zadania 16, w ramach którego cena jednostkowa dla zakresu opcjonalnego (poz. 16 Zad. 16) powinna zostać obniżona do kwoty 147,60 zł – co prowadziłoby w konsekwencji do konieczności poprawienia również sumarycznej ceny w poz. 16 Zadania 16 oraz sumę ofertową dla zakresu opcjonalnego zamówienia (Zadania 14 – 18) oraz całkowitą cenę zamówienia. Do analogicznego wniosku o prawidłowość takiego sposobu poprawienia omyłki doszła Krajowa Izba Odwoławcza na gruncie dość podobnego stanu faktycznego, gdy jeden z wykonawców nie zastosował się do wyrażonego przez Zamawiającego zastrzeżenia, zgodnie z którym ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie mogły być niższe, niż ceny za te same elementy

zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Z uwagi na podobieństwo stanu faktycznego, uzasadnienie tego wyroku z dnia 10 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2162/23 Odwołujący przywołał w szerokim zakresie fragment uzasadnienia ww. wyroku.

Reasumując, w ocenie Odwołującego prawidłowym i obiektywnie uzasadnionym sposobem poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego było zastąpienie wyższej ceny przewidzianej w poz. 16 dla Zadania 16 dotyczącej opcjonalnego zakresu zamówienia ceną niższą, określoną w poz. 11 dla Zadania 4 dotyczącą zakresu podstawowego, tj. ceną 147,60 zł. Stanowisko powyższe jest tym bardziej uzasadnione, że zastosowanie tego rozwiązania nie prowadzi do zwiększenia ceny ofertowej, lecz do jej obniżenia – co również świadczy o tym, że poprawienie omyłki nie spowoduje jakiegokolwiek zaburzenia równowagi ekonomicznej na niekorzyść Zamawiającego. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, że wskazany powyżej sposób poprawy nie był uzasadniony, nie wyłączałoby to możliwości ujednoczenia cen przez Zamawiającego na zasadzie poprawienia omyłki przewidzianej w art. 223 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w inny sposób. Z uwagi na marginalny charakter obu ww. cen, każdy sposób poprawienia niezgodności tychże cen byłby dopuszczalny, prowadząc jednocześnie do usunięcia stanu niezgodności z warunkami zamówienia. Ostatecznie zaś i tak Odwołujący weryfikuje prawidłowość poprawienia omyłki polegającej na niezgodności z warunkami zamówienia w ramach procedury wyrażania zgody na dokonanie poprawy. W przypadku, gdyby poprawiona cena nie odpowiadała intencjom Odwołującego i była dla niego nieakceptowalna, będzie on mógł wskazanej zgody odmówić. W praktyce ww. okoliczność wyklucza ryzyko, aby poprawienie omyłki mogło w jakikolwiek sposób zniekształcić oświadczenie woli złożone pierwotnie przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, czynność odrzucenia oferty Odwołującego winna zostać unieważniona. Konsekwencją takiego rozstrzygnięcia powinno być również unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu ponowienia badania i oceny ofert. Oferta Odwołującego jest bowiem tańsza od oferty wybranego wykonawcy (i korzystniejsza w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert), zatem jej przywrócenie do Postępowania powinno doprowadzić do zmiany decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 27 sierpnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów odwołania i podtrzymał stanowisko wyrażone w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty.

Pisemne stanowisko w sprawie w dniu 27 sierpnia 2024 r. przedstawił także wykonawca Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę COLAS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu (dalej jako „Przystępujący COLAS”) oraz przez wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej jako „Przystępujący Eurovia”), wobec czego ww. wykonawcy stali się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przed otwarciem rozprawy przez Zamawiającego przeciwko przystąpieniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Zgodnie z art. 526 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględniła opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.

Izba stwierdziła, że zamawiający uprawdopodobnił, że wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. swój interes dostrzegwał w tym, że jednym z wniosków Odwołującego było unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, co powodowałoby że także oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. podlegałaby ponownej ocenie, a jego sytuacja w postępowaniu mogłaby ulec polepszeniu. Stanowisko to Izba uznała za bezzasadne. Wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób jego sytuacja mogłaby ulec polepszeniu w przypadku, gdy uwzględnienie odwołania prowadziłoby do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania. W takim przypadku oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert i wyprzedzałaby w rankingu ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., jak i pozostałe oferty. Sytuacja wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. nie uległaby zatem

polepszeniu, lecz pogorszeniu, gdyż jego oferta spadłaby z czwartej na piątą pozycję w rankingu ofert. Sama okoliczność, że unieważnienie czynności odrzucenia oferty wiąże się 10

przeważnie z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniem czynności badania i oceny ofert, nie aktualizuje istnienia po stronie wykonawcy interesu w tym, aby odwołanie zostało uwzględnione, a oferta jego konkurenta została przywrócona do postępowania. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert po uwzględnieniu odwołania co do zasady nie następuje w sposób całościowy, lecz jedynie w zakresie stwierdzonych w postępowaniu odwoławczym naruszeń ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Izba postanowiła uwzględnić opozycję.

W świetle art. 526 ust. 4 ustawy Pzp na postanowienie o uwzględnieniu opozycji nie przysługuje skarga do sądu.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, którego oferta została odrzucona i który w drodze wniesionego odwołania dąży do unieważnienia tej czynności wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców wraz z kosztorysami, wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, wyjaśnienia Odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu ofert, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania.

Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie w postaci wyciągu z katalogu nakładów rzeczowych KNNR6 z programu Norma Expert (KNNR 6 0403-04), wyciągu z biuletynu Sekocenbud, rysunków poglądowych ław betonowych - na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów wskazane w odpowiedzi na odwołanie oraz z zestawienia cen przedstawionego podczas rozprawy przez Odwołującego na okoliczności wynikające z jego treści, wskazane do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem I pkt 2 SWZ przedmiot zamówienia stanowi wykonanie robót budowlanych obejmujących modernizację odcinków dróg wojewódzkich nr 967, 969, 966, 981, 975, 968, 794, 773, 961 i 956 – w podziale na zakres podstawowy zamówienia i zakres opcjonalny zamówienia oraz wewnętrznie uporządkowanych (ujętych) w ramach Zadań nr 1 – 18. Niniejsze zamówienie całościowo stanowi jedną inwestycję / projekt, który uzyskał 11

wstępną promesę dotyczącą dofinansowania z programu Rządowy Fundusz POLSKI ŁĄD: Program Inwestycji Strategicznych, w ramach którego projekt ten ma być realizowany. Zakres podstawowy zamówienia obejmował Zadania nr 1-13, zakres opcjonalny Zadania nr 14-18. Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawiera Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiący zał. nr 1 SWZ.

W Rozdziale III SWZ wskazano m.in., że w ramach oferty składa się formularz KOSZTORYSU OFERTOWEGO (stanowiący integralną treść oferty jako jej część) przygotowany według wzoru stanowiącego zał. nr 2.1. SWZ. Zgodnie z pkt 12.1) wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia będzie kosztorysowe. W pkt 12.2) wskazano, że cenę oferty (wartość brutto) należy obliczyć na podstawie informacji zawartych w SWZ tj. na podstawie OPZ (zał. nr 1 SWZ), wypełniając formularz kosztorysu ofertowego (zał. 2.1. SWZ).

Ponadto w Rozdziale III pkt 12.3 SWZ wskazano, że wymagane jest, aby określone/ wskazywane w formularzu kosztorysu ofertowego ceny jednostkowe (brutto) dla poszczególnych ujętych i wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia (w zakresie dotyczącym Zadań nr 1, 3, 4, 7, 10, 14, 15, 16, 17 i 18) były jednolite / jednakowe w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia (za jakie uważane są odpowiednio Zadania nr 1 i 14, Zadania nr 3 i 15, Zadania nr 4 i 16, Zadania nr 7 i 17, Zadania nr 10 i 18) – nie dopuszcza się różnicowania cen jednostkowych tych samych asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia ujętych w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18). Określenie w ramach formularza kosztorysu ofertowego zróżnicowanych (innych) cen jednostkowych tych samych asortymentów (elementów) robót w kontekście zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18) będzie równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SWZ, co w konsekwencji będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

W formularzu kosztorysu ofertowego, pod każdym zadaniem zawarta została uwaga, wskazująca na konieczność dopełnienia wymogów określonych w Rozdziale III pkt 12.3 SWZ. Dla Zadania nr 4 miała ona następującą treść:

„UWAGA! Wymagane jest, aby określone/wskazane w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe (brutto) dla poszczególnych wyszczególnionych niżej asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia ujętych w kosztorysie ofertowym (wskazanych niżej pozycjach kosztorysowych) były jednolite / jednakowe w kontekście zakresu podstawowego zamówienia (Zadanie nr 4) i zakresu opcjonalnego zamówienia (Zadanie nr 16). Wymóg

przedmiotowej jednolitości cen jednostkowych dotyczy elementów zamówienia ujętych w następujących pozycjach kosztorysu ofertowego (uznawanych za pozycje kosztorysowe tożsame w kontekście zakresu podstawowego - Zadanie nr 4 i zakresu opcjonalnego -Zadanie nr 16):

- 1) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 1 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.1 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 2) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 2 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.2 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 3) ceny jednostkowe podane w ramach poz.3 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.3 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 4) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 4 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.4 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 5) ceny jednostkowe podane w ramach poz.5 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.6 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 6) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 7 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.7 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 7) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 10 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.15 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 8) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 11 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.16 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 9) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 12 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.17 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 10) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 14 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.19 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 11) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 15 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.20 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 12) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 16 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.21 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 13) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 17 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.20 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 14) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 18 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.23 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 15) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 19 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.24 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 16) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 20 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.25 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia
- 17) ceny jednostkowe podane w ramach poz. 21 w tabeli zakres podstawowy zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz.26 w tabeli zakresu opcjonalny zamówienia.

Analogiczna uwaga została zawarta w formularzu kosztorysu ofertowego w arkuszu Zakres opcjonalny pod zadaniem nr 16.

W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców (pytanie nr 7) o treści: „Mając na uwadze powyższe, w celu uniknięcia błędów w formularzu kosztorysu Wykonawca zwraca się z wnioskiem o rezygnację wymogu równości poszczególnych cen jednostkowych (wymienionych w formularzach kosztorysu) pozycji kosztorysowych.” Zamawiający w piśmie z dnia 21 czerwca 2024 r. wyjaśnił: „Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na modyfikację treści SWZ w sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak potrzeby i uzasadnienia dla takiej zmiany. W ocenie Zamawiającego wymóg określenia jednolitych cen jednostkowych tożsamych asortymentów w ramach zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia (w kontekście asortymentów wyszczególnionych w formularzu kosztorysu ofertowego) jest adekwatny i odpowiedni względem kwestii, do których się odnosi, jest istotny i uzasadniony oraz nie stanowi aspektu problematycznego, czy generującego nadmierne trudności.”

W postępowaniu wpłynęło siedem ofert: oferta Odwołującego (oferta odrzucona), oferta Przystępującego COLAS (oferta najkorzystniejsza), oferta Przystępującego Eurovia (oferta druga w rankingu ofert), oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe LIMDROG Sp. z o.o. (oferta odrzucona), oferta konsorcjum ZIBUD Sp. z o.o. Sp. k. i SARIVO

Infrastruktura Sp. z o.o. (oferta trzecia w rankingu ofert), oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. (oferta czwarta w rankingu ofert), oferta wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (oferta odrzucona).

Odwołujący w kosztorysie ofertowym dla zakresu podstawowego, w Zadaniu nr 4 w poz. 11 KNNR 6 0403-04, Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych z oporem C12/15 ($V=0,12m^3/m$), wskazał cenę jednostkową brutto 147,60 zł, zaś dla odpowiednika tej pozycji w kosztorysie ofertowym dla zakresu opcjonalnego w Zadaniu nr 16 poz. 16 wskazał cenę 184,50 zł.

Ponadto Odwołujący w kosztorysie ofertowym dla zakresu podstawowego, w Zadaniu nr 4 w poz. 4 KNNR 6 0403-04, Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ław betonowych C12/15 (zjazd + uszkodzony krawężnik) wskazał cenę jednostkową brutto 147,60 zł i dla odpowiednika tej pozycji w kosztorysie ofertowym dla zakresu opcjonalnego w Zadaniu nr 16 poz. 4 wskazał tę samą cenę.

W dniu 16 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w kontekście treści formularza kosztorysu ofertowego. Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z zapisami cz. III pkt 12 ppkt 3 SWZ – cz. opisowa Zamawiający określił wymóg, aby określane / wskazywane w formularzu kosztorysu ofertowego ceny jednostkowe (brutto) dla poszczególnych ujętych i wyszczególnionych w formularzu kosztorysu ofertowego tożsamyh asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia (w zakresie Zadań nr 1, 3, 4, 7, 10, 14, 15, 16, 17 i 18 – w kontekście pozycji asortymentowych wyraźnie tak zidentyfikowanych i wskazanych na gruncie SWZ) były jednolite / jednakowe w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia (za jakie uważane są odpowiednio Zadania nr 1 i 14, Zadania nr 3 i 15, Zadania nr 4 i 16, Zadania nr 7 i 17, Zadania nr 10 i 18), tzn. aby ceny jednostkowe tych samych (wyraźnie zidentyfikowanych i wytypowanych za takie) asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia ujętych w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18) nie były różnicowane. Zaznaczone zostało w tym kontekście wyraźnie, iż określenie w ramach formularza kosztorysu ofertowego zróżnicowanych (innych) cen jednostkowych tych samych asortymentów (elementów) robót w kontekście zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18) będzie równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SWZ, co w konsekwencji będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Przedmiotowy kontekst jednolitości cen jednostkowych w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn.

odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18 – odnośnie konkretnych, wskazanych i wyraźnie wyszczególnionych pozycji asortymentowych) został przywołany/wskazany dodatkowo również bezpośrednio w treści samego formularza kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) udostępnionego w ramach SWZ.

W ramach złożonej przez Państwa oferty został przekazany formularz kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) zawierający wyliczenie ceny ofertowej. Po dokonaniu weryfikacji przedłożonego formularza kosztorysu ofertowego Zamawiający stwierdził, iż w dokumencie tym w kontekście Zadań nr 4 i 16 Wykonawca zastosował / wskazał niejednolite ceny jednostkowe w ramach następujących tożsamyh pozycji asortymentowych (za jakie zostały uznane poszczególne, wyraźnie wskazane w SWZ pozycje) w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia – podane zostały następujące zróżnicowane (niejednolite) ceny jednostkowe dla danego asortymentu:

1) kontekst Zadania nr 4 (zakres podstawowy zamówienia) i Zadania nr 16 (zakres opcjonalny zamówienia): niejednolite ceny jednostkowe w ramach poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4 (147,60 zł) oraz poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16 (184,50 zł) – pomimo zamieszczonego pod oboma tymi tabelami wyraźnego zastrzeżenia określającego wymóg jednolitości tych cen.

Podane w formularzu kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) w kontekście Zadań nr 4 i 16 ceny jednostkowe dla asortymentu ujętego w ramach pozycji wymienionych wyżej (uznanego i zidentyfikowanego na gruncie SWZ jako pozycje / asortyment tożsame objęte wymogiem jednolitości cen jednostkowych) zostały zatem zróżnicowane, tzn. są inne/odmienne w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia – wbrew wymaganiom wynikających z treści SWZ.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa niniejszym do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez Państwa oferty w zakresie treści formularza kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) w kontekście dotyczącym określenia zróżnicowanych / niejednolitych (w zakresie przytoczonym wyżej) cen jednostkowych dla tego samego asortymentu (elementu) prac w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia, podczas gdy zgodnie z zapisami SWZ różnicowanie cen jednostkowych tych samych asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia ujętych w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18 – w kontekście pozycji asortymentowych wyraźnie tak zidentyfikowanych i wskazanych na gruncie SWZ) nie jest dopuszczalne.

Jednocześnie nadmienia się, iż w świetle art. 223 ust. 1 ustawy PZP Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień nie może dokonywać jakiegokolwiek zmiany (w tym 16

uzupełnienia) treści oferty.”

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wskazał, co następuje:

„Wykonawca potwierdza, iż w formularzu kosztorysu ofertowego tożsamyh asortymentów (elementów) przedmiotu

zamówienia w zakresie zadań nr 1, 3, 4, 7, 10, 14, 15, 16, 17 i 18 przyjął jednakowe ceny jednostkowe dla zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia i dla takich założeń kalkulował i przyjmował wyceny oraz sporządził ofertę.

Potwierdzeniem tego jest fakt, że łącznie we wszystkich kosztorysach znajdują się aż 104 pozycje tożsame i w 103 z nich Wykonawca wpisał jednakową cenę jednostkową. Jedynie w pojedynczym przypadku tj. dla zadania nr 16 w poz. nr 16 tabeli popełnił oczywistą omyłkę pisarską w związku z przenoszeniem bazy cen pomiędzy kosztorysami w arkuszu kalkulacyjnym wykorzystującym formuły matematyczne. Nie zmienia to faktu, iż Wykonawca zarówno w kosztorysie dla zamówienia podstawowego jak i opcjonalnego kalkulował dla tych tożsamych pozycji ceny jednakowe i pozycja nr 16 tabeli dla zadania nr 16 wynosi 147,60 zł jak w poz. 11 tabeli zadania nr 4.

Fakt pojawienia się innej kwoty jest, jak już przedstawiliśmy powyżej, jedynie błędem pisarskim nie mającym wpływu na zgodność oferty z SWZ, bowiem Wykonawca przystępując do przetargu o zamówienie publiczne i składając ofertę potwierdził, iż zgadza się z zapisami SWZ i że pozycje kosztorysowe dla elementów tożsamych w zakresie podstawowym i opcjonalnym powinny być jednakowe – niemal we wszystkich pozycjach takie są, co potwierdza intencję Wykonawcy.

W przypadku przedstawionej oczywistej omyłki pisarskiej należy więc w tym jednym przypadku cenę z zakresu podstawowego przenieść do zakresu opcjonalnego oraz poprawić powstałą omyłkę rachunkową. Zwracamy również uwagę, iż poprawa oczywistej omyłki pisarskiej nie spowoduje jakichkolwiek strat po stronie Zamawiającego gdyż poprawiona cena będzie korzystniejsza dla Zamawiającego niż ta, która wynika z omyłki.

Należy również wziąć pod uwagę, iż spośród 18 kosztorysów na łącznie kilkaset pozycji omyłka pojawiła się jedynie w jednym miejscu, a sama wartość omyłki rachunkowej w wyniku omyłki pisarskiej wyniosła 6 642,00 zł co stanowi zaledwie 0,015% wartości oferty Wykonawcy, a więc kwotę zupełnie pomijalną. Zwłaszcza, że kolejna najkorzystniejsza oferta opiewała na kwotę o 488 420,02 zł wyższą. Przyjęcie zatem którejkolwiek z tych kwot nie miałoby wpływu na fakt pozostania oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Istotnym podkreślenia jest również fakt, iż omyłka dotyczy tylko jednej pozycji z zakresu opcjonalnego, z którego realizacji Zamawiający być może nawet w ogóle nie skorzysta. Stoimy na stanowisku, że oferta sporządzona jest w sposób prawidłowy i zgodnie z zapisami SWZ, a

brak poprawy przez Zamawiającego rzeczowej omyłki pisarskiej i wynikającej z niej omyłki rachunkowej będzie niewspółmierną karą dla Wykonawcy w stosunku do popełnionej omyłki.

W świetle powyższego wnosimy o poprawę przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w poz. 16 tabeli dla zadania nr 16 na kwotę 147,60 zł oraz poprawę wynikającą z niej omyłki rachunkowej. Informujemy również, iż wobec przedstawionych argumentów nie ma podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SWZ i prosimy o dokonanie dalszego procedowania postępowania z uwzględnieniem poprawy omyłki opisanej w niniejszym piśmie.

Nie jest to bowiem zmiana ani uzupełnienie treści oferty, lecz poprawa omyłki w oparciu o Art. 223 ust. 2 ustawy PZP."

W piśmie z dnia 27 lipca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez COLAS jako oferty najkorzystniejszej.

W odrębnym piśmie z dnia 27 lipca 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG Sp. z o.o., oferty Odwołującego oraz oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższą czynność Zamawiający wskazał m.in.:

„W przedmiotowym postępowaniu oferta nr 2 złożona przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG Sp. z o.o. oraz oferta nr 5 złożona przez Wykonawcę PRODiM Sp. z o.o. zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ponieważ Wykonawcy ci złożyli niezgodne w świetle wymagań wynikających z dokumentów zamówienia (warunków zamówienia) oferty, tj. zaoferowali wykonanie zamówienia w kontekście zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego przy uwzględnieniu częściowo zróżnicowanych (niejednorodnych) cen jednostkowych tożsamych asortymentów robót (w kontekście pozycji asortymentowych wyraźnie tak zidentyfikowanych i wskazanych na gruncie SWZ), podczas gdy Zamawiający zgodnie z zapisami SWZ wymagał, aby określone ofertą (wskazane w formularzu kosztorysu ofertowego) ceny jednostkowe wszystkich uznanych za takowe poszczególnych asortymentów w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn. określonych pozycji asortymentowych w kontekście odpowiednio Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18) były jednolite, a ponadto oferta nr 5 złożona przez Wykonawcę PRODiM stała się niezgodna z przepisami ustawy PZP (jako naruszająca art. 223 ust. 1 ustawy PZP) wobec podjęcia przez tego Wykonawcę wobec treści złożonej przez niego oferty negocjacji i dokonania faktycznej jej zmiany po upływie terminu składania ofert (w zakresie ceny jednostkowej konkretnej pozycji rozliczeniowej zawartej w formularzu kosztorysu ofertowego), stąd też oferta ta została odrzucona równocześnie także

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP.

W ramach zapisów cz. III pkt 12 ppkt 3 SWZ – cz. opisowa dotyczących określenia m.in. sposobu ustalenia ceny ofertowej zawarte / uwzględnione było wymaganie, aby określone/ wskazywane w formularzu kosztorysu ofertowego ceny jednostkowe (brutto) dla poszczególnych ujętych i wyszczególnionych w formularzu kosztorysu ofertowego tożsamych asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia (w zakresie Zadań nr 1, 3, 4, 7, 10, 14, 15, 16, 17 i 18 – w kontekście wszystkich pozycji asortymentowych wyraźnie tak zidentyfikowanych i wskazanych na gruncie SWZ) były jednolite / jednakowe w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia (za jakie

uważane są odpowiednio Zadania nr 1 i 14, Zadania nr 3 i 15, Zadania nr 4 i 16, Zadania nr 7 i 17, Zadania nr 10 i 18), tzn. aby ceny jednostkowe wszystkich tych samych (wyraźnie zidentyfikowanych i wytypowanych za jako takie) asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia ujętych w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18) nie były różnicowane. Zaznaczone zostało w tym kontekście wyraźnie, iż określenie w ramach formularza kosztorysu ofertowego zróżnicowanych (innych) cen jednostkowych tych samych asortymentów (elementów) robót w kontekście zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18) – w jakimkolwiek zakresie – będzie równoznaczne ze złożeniem oferty o treści nieodpowiadającej treści SWZ, co w konsekwencji będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Przedmiotowy kontekst jednolitości cen jednostkowych w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18 – odnośnie konkretnych, wskazanych i wyraźnie wyszczególnionych pozycji asortymentowych) został przywołany / wskazany dodatkowo również bezpośrednio w treści samego formularza kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) udostępnionego w ramach SWZ na stronie prowadzonego postępowania – w kontekście jednoznacznych i wyraźnych zapisów zawartych pod każdą z tabel (dla konkretnych zadań), której wymóg / zastrzeżenie to dotyczy. Nadmieniam również, iż niniejszy wymóg był przedmiotem pytań / wniosków o wyjaśnienie treści SWZ składanych w toku biegu składania ofert, przy czym w ramach udzielanych na nie odpowiedzi Zamawiający – poza

dokonywanymi precyzującymi tenże wyjaśnieniami – jasno i wyraźnie informował o podtrzymaniu przedmiotowych zapisów SWZ nadmienając jednocześnie, iż wymóg określenia jednolitych cen jednostkowych tożsamy asortymentów w ramach zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia (w kontekście wszystkich konkretnych asortymentów wyszczególnionych w formularzu kosztorysu ofertowego) jest adekwatny i odpowiedni względem kwestii, do których się odnosi, jest istotny i uzasadniony 19

oraz nie stanowi aspektu problematycznego, czy generującego nadmierne trudności, co nie zostało w żaden sposób zakwestionowane (np. w trybie skorzystania z dostępnych środków ochrony prawnej), toteż przedmiotowe zapisy kreujące przytoczony wymóg były obowiązujące i wiążące w sposób jednolity dla wszystkich Wykonawców uczestniczących w postępowaniu (podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia). Wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LINDROG Sp. z o.o. oraz PRODiM Sp. z o.o. złożyli w niniejszym postępowaniu oferty (odpowiednio ofertę nr 2 i ofertę nr 5). (...)

W ramach złożonej przez Wykonawcę PRODiM (oferta nr 5) został przekazany formularz kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) zawierający wyliczenie ceny ofertowej. Po dokonaniu weryfikacji przedłożonego formularza kosztorysu ofertowego Zamawiający stwierdził, iż w dokumencie tym w kontekście Zadań nr 4 i 16 Wykonawca zastosował / wskazał niejednolite ceny jednostkowe w ramach części tożsamy pozycji

asortymentowych (za jakie zostały uznane poszczególne, wyraźnie wskazane w SWZ

pozycje) w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia – podane zostały następujące zróżnicowane (niejednolite) ceny jednostkowe dla danego asortymentu: kontekst Zadania nr 4 (zakres podstawowy zamówienia) i Zadania nr 16 (zakres opcjonalny zamówienia): - niejednolite ceny jednostkowe w ramach poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4 (147,60 zł) oraz poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16 (184,50 zł) – pomimo zamieszczonego pod oboma tymi tabelami wyraźnego zastrzeżenia określającego wymóg jednolitości cen jednostkowych tych pozycji. Podane w złożonym w ramach oferty nr 5 formularzu kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) w kontekście Zadań nr 4 i 16 ceny jednostkowe dla asortymentu ujętego w ramach pozycji wymienionych wyżej (uznanego i zidentyfikowanego na gruncie SWZ jako pozycje/ asortyment tożsame objęte wymogiem jednolitości cen jednostkowych) zostały zatem zróżnicowane, tzn. są obiektywnie inne / odmienne w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia – wbrew wymaganiom wynikających z treści SWZ.

Mając na uwadze zidentyfikowane (wskazane wyżej) niezgodności i rozbieżności Zamawiający wezwał Wykonawcę PRODiM Sp. z o.o. ul. Błokowa 14, 31-752 Kraków (oferta nr 5) do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez niego oferty w zakresie treści przedłożonego formularza kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) w kontekście dotyczącym określenia zróżnicowanych / niejednolitych (w zakresie przytoczonym wyżej) cen jednostkowych dla tego samego asortymentu (elementu) robót w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia, podczas gdy zgodnie z zapisami SWZ różnicowanie cen jednostkowych tych samych asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia ujętych w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia (tzn. odpowiednio w kontekście Zadań nr 1 i 14, Zadań nr 3 i 15, Zadań nr 4 i 16, Zadań nr 7 i 17, Zadań nr 10 i 18 – w kontekście jakiegokolwiek z pozycji asortymentowych 20

wyraźnie tak zidentyfikowanych i wskazanych na gruncie SWZ) nie jest dopuszczalne.

Wykonawca PRODiM w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie złożył wyjaśnienia, w ramach których poinformował, iż w kontekście zidentyfikowanej na gruncie złożonej przez niego oferty (wskazanej wyżej) rozbieżności miało dojść po stronie Wykonawcy do omyłki w zakresie wpisania ceny w ramach poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16 – Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż (cyt.) (...) Jedyne w pojedynczym przypadku tj. dla zadania nr 16 w poz. nr 16 tabeli popełnił oczywistą omyłkę pisarską w związku z przeniesieniem bazy cen pomiędzy kosztorysami w arkuszu kalkulacyjnym wykorzystującym formuły matematyczne. Nie zmienia to faktu, iż Wykonawca zarówno w kosztorysie dla zamówienia podstawowego jak i opcjonalnego kalkulował dla tych tożsamy pozycji ceny jednakowe i pozycja nr 16 tabeli dla zadania nr 16 wynosi 147,60 zł jak w poz. 11 tabeli zadania nr 4. oraz (cyt.) (...) Fakt pojawienia się innej kwoty jest (...) jedynie błędem pisarskim nie mającym wpływu na zgodność oferty z SWZ (...). Wykonawca w kontekście uzasadnienia niniejszego pozostał przy suchych twierdzeniach wskazujących, iż miał on przygotować ofertę zgodnie z

zapisami SWZ, przyjęc jednakowe ceny jednostkowe dla zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia, i dla takich też założeń kalkulować i przyjmować wyceny oraz sporządzić ofertę, które to intencje i sytuację w jego ocenie ma potwierdzać niktý zakres rozbieżności cenowej względem całości kosztorysu, jak również fakt braku wpływu teje na aspekt niekorzystniejszości tej oferty (Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż cyt. (...) łącznie we wszystkich kosztorysach znajdują się aż 104 pozycje tożsame i w 103 z nich Wykonawca wpisał jednakową cenę jednostkową., (cyt.) (...) spośród 18 kosztorysów na łącznie kilkaset pozycji omyłka pojawiła się jedynie w jednym miejscu, a sama wartość omyłki rachunkowej w wyniku omyłki pisarskiej wyniosła 6 642,00 zł co stanowi zaledwie 0,015% wartości oferty Wykonawcy, a więc kwotę zupełnie pomijalną. (...) Przyjęcie zatem którejkolwiek z tych kwot nie miaoby wpływu na fakt pozostania oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej oraz (cyt.) Istotnym podkreślenia jest również fakt, iż omyłka dotyczy tylko jednej pozycji z zakresu opcjonalnego, z którego realizacji Zamawiający być może nawet w ogóle nie skorzysta.). Jednocześnie Wykonawca nadmienil, iż w jego ocenie przedmiotowa rozbieżność, jako (cyt.) błąd pisarski nie mający wpływu na zgodność oferty z SWZ, winna zostać zakwalifikowana przez Zamawiającego jako omyłka podlegająca poprawie i winna zostać wyeliminowana / usunięta w ramach zastosowania przewidzianego ustawą PZP mechanizmu rektyfikacji omyłek w sposób wskazany przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach – Wykonawca wskazał, iż (cyt.) (...) W przypadku przedstawionej oczywistej omyłki pisarskiej należy więc w tym jednym przypadku cenę z zakresu podstawowego przenieść do zakresu opcjonalnego oraz poprawić powstałą omyłkę rachunkową. oraz (cyt.) W świetle powyższego wnosimy o poprawę przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej w poz. 16 tabeli dla zadania nr 21

16 na kwotę 147,60 zł oraz poprawę wynikającą z niej omyłki rachunkowej. Jednocześnie Wykonawca nadmienil, iż (cyt.) (...) poprawa oczywistej omyłki pisarskiej nie spowoduje jakichkolwiek strat po stronie Zamawiającego gdyż poprawiona cena będzie korzystniejsza dla Zamawiającego niż ta, która wynika z omyłki., a (cyt.) (...) brak poprawy przez Zamawiającego rzeczowej omyłki pisarskiej i wynikającej z niej omyłki rachunkowej będzie niewspółmierną karą dla Wykonawcy w stosunku do popełnionej omyłki. W ocenie Wykonawcy (cyt.) (...) wobec przedstawionych argumentów nie ma podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SWZ i prosimy o dokonanie dalszego procedowania postępowania z uwzględnieniem poprawy omyłki opisanej w niniejszym piśmie. Nie jest to bowiem zmiana ani uzupełnienie treści oferty, lecz poprawa omyłki w oparciu o Art. 223 ust. 2 ustawy PZP.

Po dokonaniu weryfikacji całokształtu posiadanych dokumentów i informacji, w tym treści złożonych przez Wykonawców Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG Sp. z o.o. ul. oraz PRODiM Sp. z o.o. ofert (odpowiednio ofert nr 2 i 5) oraz przedłożonych przez Wykonawcę PRODiM Sp. z o.o. wyjaśnień, Zamawiający uznał, iż obydwie te oferty podlegają odrzuceniu w kontekście obligatoryjnego zakwestionowania ich ważności w związku z obiektywnie istniejącą i weryfikowalną niezgodnością ich treści z warunkami zamówienia (w zakresie niedochowania wymogu określenia cen jednolitych w kontekście wszystkich tożsamych asortymentów w ramach zakresu podstawowego i zakresu

opcjonalnego zamówienia). Pomimo zróżnicowanego na gruncie obu tych ofert zakresu zidentyfikowanych rozbieżności znamionujących niezgodność z warunkami zamówienia (tzn. ilości par pozycji asortymentowych, w ramach których podane zostały niejednolite ceny jednostkowe) oraz odmiennego zachowania się wymienionych Wykonawców wobec wystosowanych przez Zamawiającego wezwań do złożenia wyjaśnień w przedmiotowej kwestii uznane zostało, iż skutki proceduralne zaistniałej sytuacji w zakresie kwestii ważności tych ofert są analogiczne w odniesieniu do obu tych ofert – (...) w kontekście oferty nr 5 złożonej przez Wykonawcę PRODiM stwierdzona została obiektywna niezgodność treści tej oferty z warunkami zamówienia przy uwzględnieniu niemożności uznania przedmiotowej rozbieżności treści oferty wobec wymogów określonych w SWZ za wynik / efekt wystąpienia podlegającego rektyfikacji stanu omyłkowości, czyli niezmiernego zniekształcenia oświadczenia woli Wykonawcy w świetle/względem jego rzeczywistego zamiaru, ponieważ brak jest konkretnych okoliczności, które faktycznie, w sposób racjonalny i wiarygodny zaświadczałyby o wystąpieniu takiej sytuacji (a przynajmniej takowe nie są wiadome / znane Zamawiającemu, jako że nie wynikają ani z treści oferty, ani przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień), oraz jednocześnie brak byłoby w ogóle możliwości usunięcia tej rozbieżności (nawet w przypadku uznania, iż była ona skutkiem omyłki) z uwagi na wielość sposobów takiej poprawy (tzn. brak wiedzy co do konkretnego sposobu poprawy na bazie 22

treści oferty), przez co taka poprawa musiałaby się opierać o następczo uzyskane od Wykonawcy informacje (wskazujące konkretny sposób poprawy), co znamionowałoby w ramach dokonania takiej ingerencji w treść oferty niedopuszczalne w świetle regulacji ustawy PZP prowadzenie negocjacji dotyczących treści oferty.

Zamawiający stwierdził zatem, iż ważność przedmiotowych ofert nr 2 i 5 należy zakwestionować z uwagi na ich obiektywną niezgodność z warunkami zamówienia (również przy uwzględnieniu faktu, iż niezgodności tej nie da się usunąć / wyeliminować w ramach dostępnych proceduralnie mechanizmów rektyfikacyjnych), jako że ich treść niewątpliwie nie odpowiada określonym w SWZ wymaganiom dotyczącym tożsamości cen jednostkowych wszystkich tych samych asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia ujętych w ramach zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia, które zostały za takie uznane zgodnie z wyraźnymi i jednoznacznymi zapisami SWZ zawartymi w ramach treści samego formularza kosztorysa ofertowego, ponieważ złożone w ramach tych ofert formularze kosztorysu ofertowego literalnie zawierają zróżnicowane ceny jednostkowe w kontekście konkretnych tożsamych asortymentów wskazanych wyżej (przy czym bez znaczenia jest zakres tych rozbieżności, tzn. ilość pozycji asortymentowych nierespektujących wymogu tożsamości cen, ale istotnym jest sam fakt zaistnienia rozbieżności / niezgodności z wymaganiami określonymi w SWZ), co świadczy o niepoprawnym w świetle treści SWZ (względem warunków zamówienia) przygotowaniu przez Wykonawców tych ofert (możliwe że na skutek błędów czysto ludzkich, niedbalstwa, przeoczenia, czy niestaranności, co jednak w kontekście konsekwencji obciąża tych Wykonawców), a dodatkowo ważność oferty nr 5 należy zakwestionować także wobec faktu, iż Wykonawca PRODiM w ramach złożonych wyjaśnień podjął negocjacje treści złożonej oferty (wskazując miejsce wystąpienia i sposób poprawy rzekomej omyłki – wybierając jeden z dwóch teoretycznie możliwych / dostępnych, tzn. wskazując cenę, która miała zostać dotknięta rzekomą omyłką oraz określając, na jaką kwotę winna ona zostać zmieniona, przy braku ugruntowania tego typu

twierdzeń treścią samej oferty) oraz dokonał w sposób niedozwolony w świetle regulacji proceduralnych faktycznej zmiany treści złożonej przez siebie oferty (w zakresie zmodyfikowania ceny jednostkowej zidentyfikowanej jako błędna) celem następczego dostosowania jej do wymagań określonych w SWZ.

Zamawiający stwierdził, iż przedmiotowe oferty nr 2 i 5 – wobec ich niezgodności z treścią SWZ i niemożności usunięcia tej niezgodności w trybie mechanizmu rektyfikacji omyłek (z uwagi na brak podstaw do takiego działania wobec nienaruszalności ustawowych granic takiego działania) – podlegają zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, a ponadto oferta nr 5 jako niezgodna z przepisami ustawy PZP podlega odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP na skutek podjęcia przez Wykonawcę negocjacji treści złożonej oferty oraz dokonania jej zmiany w sposób 23

naruszający art. 223 ust. 1 ustawy PZP (w kontekście obejmującym dokonanie następczej modyfikacji ceny jednostkowej konkretnego asortymentu ujętego w ramach zakresu opcjonalnego zamówienia względem ceny literalnie wskazanej przez Wykonawcę w formularzu kosztorysu ofertowego – pod pozorem wymuszenia na Zamawiającym dokonania jej zmiany w ramach mechanizmów rektyfikacyjnych w sytuacji, gdy do ich zastosowania nie ma podstaw). Stwierdzone zostało, iż skoro treść złożonych przez tych Wykonawców ofert nie jest zbieżna i adekwatna względem wymogów określonych w SWZ (w kontekście konieczności ujęcia w ofertach cen jednostkowych jednolitych/nieodróżnicowanych wszystkich tożsamyh asortymentów w ramach zakresu podstawowego i zakresu opcjonalnego zamówienia, jakie za takowe zostały uznane zgodnie z zapisami SWZ), to należało stwierdzić, iż złożone przez tych Wykonawców oferty nie odpowiadają treści SWZ oraz są obiektywnie niezgodne z warunkami zamówienia, a dodatkowo skoro treść oferty nr 5 została następczo zmieniona w ramach podjętych przez Wykonawcę negocjacji, to należało równocześnie stwierdzić, iż oferta ta stała się także niezgodna z przepisami ustawy PZP.

Wobec faktu, iż jedynie Wykonawca PRODiM złożył jakiegokolwiek wyjaśnienia w kontekście stwierdzonej przez Zamawiającego rozbieżności treści oferty wobec wymagań określonych w SWZ nadmienia się, iż dalsza argumentacja odnosić się będzie głównie do twierdzeń i kwestii podniesionych w wyjaśnieniach przekazanych przez Wykonawcę PRODiM w odniesieniu do złożonej przez niego oferty. Zamawiający po dokonaniu analizy posiadanych dokumentów i otrzymanych informacji uznał, iż twierdzenie Wykonawcy PRODiM o rzekomej oczywistej omyłce podlegającej poprawie, jaka miała zaistnieć w złożonym formularzu kosztorysu ofertowego w kontekście kwestii wskazanej wyżej, budzi wątpliwości oraz wydaje się mało wiarygodne – szczególnie wobec braku powołania się na okoliczności ukonkretniające i urzeczywistniające takie twierdzenie. Wykonawca stwierdził, iż w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16 popełnił oczywistą omyłkę pisarską w ramach przenoszenia bazy cen pomiędzy kosztorysami w arkuszu kalkulacyjnym wykorzystującym formuły matematyczne, co ma w jego ocenie nie zmieniać faktu, iż zarówno w kosztorysie dla zamówienia podstawowego, jak i opcjonalnego kalkulował on dla tych tożsamyh pozycji ceny jednakowe (co stanowi jednakże tylko jego twierdzenie), w związku z czym cena poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16 wynosi 147,60 zł – tak jak ma to miejsce w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4. Sama ta oferta takiego stanu jednak nie potwierdza, ponieważ w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16 widnieje jednak inna kwota (184,50 zł), niż w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4 (147,60 zł), a ponadto całość tego kosztorysu (z uwzględnieniem podanych w

przywołanych pozycjach zróżnicowanych kwot) jest matematycznie poprawna i

weryfikowalna, toteż nie można w tej sytuacji w ogóle mówić o jakimkolwiek błędzie rachunkowym (jako że w świetle matematycznym całość obliczeń kosztorysowych dokonanych na bazie cen jednostkowych wskazanych literalnie w tym kosztorysie – w 24

zakresie działań mnożenia i sumowania – jest w pełni prawidłowa), czy też błędnie oczywistym (taka oczywistość znikąd nie wynika, jako że sam kosztorys nie daje podstaw do stwierdzenia tegoż – poza faktem oczywistej niezgodności w tym zakresie treści tej oferty z wymogami SWZ). Skoro zatem oferta ta jest rachunkowo prawidłowa i weryfikowalna, to skąd Zamawiający miał mieć pewność, iż wystąpić miała w niej wskazywana przez Wykonawcę omyłka (jako że jedynie błędy mające charakter omyłek mogą być w ogóle brane pod uwagę w kontekście zastosowania proceduralnych mechanizmów rektyfikacyjnych), jak również skąd też miał wiedzieć, która z podanych kwot rozbieżnych względem siebie (kwota 147,60 zł podana w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4, czy kwota 184,50 zł podana w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16) – pomimo, iż winny być one jednakowe – miałyby być tą kwotą „prawidłową / właściwą”, zgodną z zamiarem i wolą Wykonawcy, nieobarczoną skutkami rzekomej omyłki, skoro przecież teoretycznie każda z przedmiotowych podanych kwot byłaby zdalna do uznania za taką w wobec braku jakichkolwiek wynikających z dokumentów ofertowych wskazówek natury rachunkowej mogących wskazywać na prawidłowość którejś z nich. W tej sytuacji Zamawiający nie byłby w stanie ustalić na bazie treści tej oferty, która z podanych kwot (kwota 147,60 zł, czy kwota 184,50 zł) miałyby być kwotą (ceną) właściwą (tożsamą dla obu wskazanych pozycji), a zatem w której z podanych pozycji (poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4, czy poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16) nastąpić miała omyłka i którą z kwot należałoby zmienić, toteż nie mógłby on samodzielnie dokonać zmiany treści tej oferty w zakresie doprowadzenia na jednolitości cen jednostkowych tych pozycji asortymentowych wobec generalnej dwojakości dostępnych / możliwych sposobu poprawy (w świetle treści samej oferty obydwie warianty są równorzędne i tak samo możliwe do zastosowania – zarówno wskazanie kwoty 147,60 zł w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16, jak i wskazanie kwoty 184,50 zł w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4, ponieważ fakt poprawności matematycznej złożonego kosztorysu w jego literalnej treści nie daje podstaw do jakiegokolwiek zróżnicowania tych wariantów w kontekście ustalenia pierwszeństwa/ odpowiedniości któregoś z nich). Rzekoma „prawidłowość” jednej z tych kwot wynika zatem jedynie z późniejszego względem faktu złożenia oferty wyjaśnień Wykonawcy (który stwierdził, iż „prawidłową” ma być kwota 147,60 zł podana w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4, a zatem taka też kwota winna zostać wskazana w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16), przez co należało uznać je za wyraz negocjacji treści oferty (poprzez wybór konkretnego sposobu poprawy spośród dwóch równorzędnych w świetle treści samej oferty) oraz następczej zmiany jej treści (poprzez faktyczną zmianę oświadczenia ofertowego w zakresie poziomu ceny jednostkowej poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16). Trudno również było Zamawiającemu zrozumieć dlaczego

Wykonawca – skoro błąd pisarski miał rzekomo zaistnieć tylko w cenie jednostkowej jednej pozycji i miał być wynikiem błędnego przeniesienia informacji z innych dokumentów – miałyby się nie zorientować, iż zbiorcza / 25

podsumowująca / całościowa wartość kosztorysowa (wyliczona przecież na bazie rzekomo niepoprawnej ceny jednostkowej wpisanej w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16) jest inna, niż wartość tego typu niewątpliwie wyliczona w ramach tych innych dokumentów, z których ceny były przenoszone (uwzględniających rzekomo jednolite ceny jednostkowe w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4 i poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16, a więc inną, niż wskazana w ostatecznym kosztorysie, cenę poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16). Na marginesie wskazuje się, iż Wykonawca w ramach złożonych wyjaśnień raz twierdził, iż w ofercie miała zaistnieć oczywista omyłka (błąd) pisarska, a raz wskazywał na poprawę omyłki rachunkowej (w kontekście implikacji poprawy omyłki pisarskiej), co stanowi przecież dwie odrębne proceduralne podstawy rektyfikacji omyłek.

Zamawiającemu trudno było zrozumieć i wyobrazić sobie w jaki sposób i w jakich okolicznościach mogłoby dojść do wskazywanej przez Wykonawcę omyłki podczas czynności sporządzania oferty, w tym wypełniania formularza kosztorysu ofertowego, skoro okoliczności identyfikowalne na gruncie literalnej treści tej oferty o tym raczej nie świadczą, a Wykonawca też tej kwestii w skonkretyzowany sposób nie uargumentował, tzn. nie przedstawił okoliczności, które pozwoliłyby na uznanie tej sytuacji za omyłkę podlegającą poprawie w granicach wyznaczonych przepisami ustawy PZP. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż dalece wątpliwym jest uważanie określenia niejednorodnych cen jednostkowych tych samych asortymentów / elementów przedmiotu zamówienia w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia za omyłkę pisarską (a tym bardziej oczywistą omyłkę pisarską) w sytuacji, gdy pod względem matematycznym formularz kosztorysu ofertowego jest całościowo poprawny i spójny, tzn. wszystkie wartości zbiorcze i podsumowujące w ramach tego formularza zostały wskazane prawidłowo uwzględniając określenie dla wskazanego wyższej asortymentu cen niejednorodnych / rozbieżnych i w formularzu tym nie stwierdzono błędów / nieścisłości matematycznych (w szczególności w kontekście wyliczenia wartości zbiorczych tych pozycji, w których wskazane zostały ceny niejednorodne – wartości te matematycznie zostały wyliczone prawidłowo poprzez przemnożenie literalnie wskazanych w tym formularzu cen jednostkowych przez podane tam ilości). Stąd też – przyjmując twierdzenie Wykonawcy – za omyłkę należałoby uznać nie tylko wskazanie w formularzu kosztorysu ofertowego konkretnej ceny jednostkowej (w zakresie generującym niejednorodność cen tożsamych konkretnych elementów przedmiotu zamówienia), ale również wskazanie wartości zbiorczych i podsumowujących w formularzu kosztorysu ofertowego (zał. nr 2.1. SWZ) oraz określenie samej ceny ofertowej i jej składowych w ramach pkt 2 formularza oferty (zał. nr 2 SWZ) (jako że zmiana konkretnej ceny jednostkowej pociągałaby za sobą jednoczesną konieczność aktualizacji wartości zbiorczych i

podsumowujących wskazanych w formularzu kosztorysu ofertowego (celem zachowania ich spójności i poprawności matematycznej), jak również zmianę ceny ofertowej oraz jej 26

składowych wskazanych w formularzu ofertowym), co budzi zasadnicze i uzasadnione wątpliwości, i nie jest zrozumiałe w ramach logiki rozumowania występowania określonych zjawisk. Mając na uwadze wskazane aspekty wynikające z literalnej treści złożonej oferty Zamawiającemu trudno było zatem zrozumieć, uwierzyć, wyobrazić i wytłumaczyć sobie, iż w konkretnym miejscu formularza kosztorysu ofertowego cena tam wskazana (generująca stan niejednorodności cen jednostkowych tożsamych asortymentów) miała być faktycznie wynikiem omyłki zniekształcającej zamiar Wykonawcy, który powinien tam zostać uwidoczniiony (tzn. że rzeczywistym zamiarem Wykonawcy miało być wskazanie tam ceny innej, niż została tam wpisana), która to miałaby być omyłką poprawialną, a nie niekonwalidowanym efektem np. niestaranności Wykonawcy w przygotowaniu tej oferty, jako że dokumenty ofertowe takiego stanu nie potwierdzają, a obecne twierdzenia Wykonawcy wydają się mieć na celu jedynie zamaskowanie realnego stanu rzeczy i stanowić próbę obrony ważności złożonej oferty niespełniającej wymagań wynikających z SWZ poprzez nieuprawnione i nieuzasadnione treścią tej oferty kwalifikowanie zidentyfikowanej niezgodności jako omyłki podlegającej poprawie. W najlepszym wypadku całokształt kontekstu ofertowego świadczy raczej o niestarannym i niezwyfikowanym przygotowaniu przez Wykonawcę oferty w kontekście konieczności zapewnienia jej zgodności z wymaganiami określonymi w SWZ, co obciąża Wykonawcę w zakresie skutków takiej niestaranności (jako że samej w sobie niestaranności w działaniu zasadniczo nie da się uznać / zakwalifikować jako omyłki i nie podlega ona konwalidacji).

Twierdzenie o omyłkowym wypełnieniu złożonego w ramach oferty formularza kosztorysu ofertowego w ocenie Zamawiającego nie wydało się wiarygodne, jako że nie jest potwierdzalne okolicznościami wynikającymi z treści złożonej oferty. Zaznacza się, iż powyższa konstatacja dokonana została na bazie informacji i dokumentów dostępnych i posiadanych przez Zamawiającego, jako że Wykonawca wraz ze złożonymi w sprawie wyjaśnieniami poza suchym i de facto gołosłownym twierdzeniem o omyłkowym wypełnieniu formularza kosztorysu ofertowego (Wykonawca wskazał jedynie, iż (cyt.) popełnił oczywistą omyłkę pisarską w związku z przenoszeniem bazy cen pomiędzy kosztorysami w arkuszu kalkulacyjnym wykorzystującym formuły matematyczne) nie przekazał żadnych konkretnych informacji na temat faktycznych okoliczności zaistnienia tej konkretnej rzekomej omyłki, w tym zakresu, trybu i sposobu jej popełnienia, czy istnienia faktycznie innej, niż zobrazowana przedłożonym formularzem kosztorysu ofertowego, woli i zamiaru Wykonawcy w kontekście złożenia oświadczenia ofertowego o określonej treści, który miałby zostać zniekształcony poprzez zaistnienie omyłki w toku wypełnienia formularza kosztorysu ofertowego, które to okoliczności i informacje urealnialyby i potwierdzałyby twierdzenie o popełnieniu / zaistnieniu omyłki. W kontekście powyższego nadmienić należy, iż ustawa PZP w sposób ścisły określa granice następczej ingerencji w treść ofert znacząco je limitując / zawężając, jako że zgodnie 27

z obowiązującymi regulacjami ustawowymi zasadą jest niezmiennosc treści złożonej oferty od momentu upływu terminu składania ofert, a jedynie wyjątkowo można dokonać jej zmiany i to tylko w przypadku określonych kategorii omyłek (co czyni Zamawiający stosując mechanizm poprawy omyłek), przez co większość niezgodności, nieścisłości, błędów, w tym omyłek (nawet tych nieświadomych) w ofertach nie podlega w ogóle poprawie (nie jest możliwa do rektyfikacji / usunięcia, jako że w takim wypadku Zamawiający dokonując ingerencji w treść oferty (dokonując jej zmiany) naruszyłby

przepisy ustawy PZP). Niniejsze w sposób oczywisty wskazuje i potwierdza, iż aby Zamawiający mógł w jakimkolwiek zakresie zmienić treść oferty, musi najpierw stwierdzić i być przekonany, że w danej kwestii w ogóle zaistniała / miała miejsce omyłka, a w dalszej kolejności musi uznać, że jest to omyłka podlegająca zgodnie z przepisami ustawy PZP poprawie, czyli przede wszystkim, że jest wiadomo na bazie samych informacji ofertowych (które dodatkowo mogą być potwierdzone przez późniejsze wyjaśnienia Wykonawcy), gdzie omyłka występuje, jaki jest jej zakres i w jaki sposób należy ją poprawić – takie informacje nie mogą wynikać jedynie z następczych względem upływu terminu składania ofert informacji przekazanych przez Wykonawcę, jako że wówczas naruszona zostałaby zasada niezmienności treści oferty oraz ustawowy zakaz negocjacji odnośnie treści złożonych ofert. Stąd też ustalenie i przekonanie, iż w danej sprawie faktycznie zaistniała omyłka, która w sposób nieświadomy i niezamierzony / nieumyślny zniekształciła prawidłową treść oświadczenia woli Wykonawcy, jakie zamierzał on złożyć, co jest potwierdzalne, weryfikowalne i identyfikowalne w sposób wiarygodny, spójny i logiczny na bazie całokształtu informacji ofertowych (a dodatkowo może być wzmocnione wyjaśnieniami Wykonawcy, jednak one same nie mogą stanowić samodzielnego źródła ustalenia tegoż), jest nieodzowne oraz stanowi zasadniczą i wymaganą podstawę, aby w ogóle móc rozważać dokonanie jakiegokolwiek ingerencji w treść złożonej oferty.

Niniejsze oznacza jednocześnie, iż brak przekonania, że w sprawie zaistniała rzeczywiście omyłka (jako że brak jest na to wiarygodnego i logicznego wytłumaczenia), powoduje oczywistą niemożność zastosowania żadnego z regulowanych ustawą PZP trybu rektyfikacji omyłek. Rozkład ciężaru dowodu w niniejszej kwestii wynika z ogólnych reguł wykładni prawa, a więc konieczności dokonywania zawężającej interpretacji wyjątków od zasad regulacyjnych, co oznacza, iż wykazany i potwierdzony musi zostać fakt zaistnienia omyłki, a nie stan jej niezastnienia, co implikuje jednoczesną niezbędność stwierdzenia/ uznania / uzyskania przeświadczenia, iż w sprawie zaistniała omyłka oraz jest ona możliwa do usunięcia (poprawienia) w ramach granic wyznaczonych regulacjami ustawy PZP (co oznacza w szczególności posiadanie na bazie samych informacji ofertowych wiedzy odnośnie zakresu i sposobu poprawy omyłki), natomiast w razie braku przekonania (i wiedzy) w tym zakresie nie można w ogóle rozważać dokonania jakkolwiek zmiany treści 28

oferty. Wykonawca, aby wykazać fakt zaistnienia w danej sprawie omyłki (czyli omyłkowego zniekształcenia oświadczenia woli Wykonawcy, które w jego oryginalnym zamiarze miało mieć inny kształt/ treść), winien zatem przytoczyć i podać konkretne okoliczności faktyczne (opis sytuacji, ewentualne dokumenty, etc.), które taki stan realnie, w sposób spójny, logiczny, wiarygodny i przekonujący (również biorąc pod uwagę całokształt treści złożonej oferty) potwierdzają. Równocześnie nadmieniam się, iż Zamawiający jest zasadniczo zaznajomiony z wytycznymi interpretacyjnymi oraz stanowiskami i opiniami orzecznictwa i doktryny w kontekście zagadnienia poprawy omyłek w ofertach, które wskazują i określają reguły stosowania mechanizmu rektyfikacji omyłek (w tym wskazują kiedy generalnie ma się do czynienia z omyłkami i jakie są zasady ich poprawy w ramach regulacji ustawy PZP).

Zamawiający – po zapoznaniu się z całością przedłożonych wyjaśnień oraz dokonaniu ich analizy w kontekście treści zapisów SWZ, jak również całokształtu treści tej oferty oraz regulacji ustawy PZP – uznał, iż brak jest racjonalnego i prawnie dopuszczalnego uzasadnienia do stwierdzenia zgodności oferty złożonej przez Wykonawcę PRODiM (w kształcie określonym jej treścią, w tym treścią złożonego formularza kosztorysu ofertowego – również przy uwzględnieniu wyjaśnień Wykonawcy) z warunkami zamówienia wynikającymi z SWZ, jak również brak jest wiarygodnych podstaw, aby potraktować zapisy złożonego w ramach oferty formularza kosztorysu ofertowego jako oświadczenie zniekształcone co do treści na skutek wystąpienia omyłki, którą należałoby odczytywać w sposób wskazany w wyjaśnieniach Wykonawcy i która podlegałaby poprawie w ramach mechanizmu rektyfikacyjnego. Wykonawca pomimo udostępnienia mu takiej możliwości nie przekazał żadnych informacji, które utwierdziłyby Zamawiającego w przekonaniu, iż w ramach tej oferty faktycznie nastąpić miała omyłka zniekształcająca pierwotne oświadczenie woli i zamiar Wykonawcy, a nie po prostu błędy wynikające np. z niestaranności podczas sporządzania tej oferty, które nie mogą podlegać poprawie / konwalidacji w ramach mechanizmów rektyfikacyjnych – w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy nie są przekonujące, nie potwierdzają / nie świadczą, iż w tej ofercie doszło do omyłki podlegającej poprawie oraz w tym świetle nie korespondują z treścią tej oferty. Zamawiający nadmieniam również, iż zupełnie nie zgadza się z twierdzeniami Wykonawcy, jakoby dokonanie postulowanej z jego strony poprawy ceny jednostkowej miało nie rzutować na treść samej oferty i nie powodować jej zmiany – jest to teza zastanawiająca i niezrozumiała, bo przecież ingerencja już w treść samego formularza kosztorysu ofertowego stanowiłaby faktyczną zmianę treści tej oferty, również z uwagi na fakt, iż zmiana ceny jednostkowej pociągnęłaby za sobą zmiany wartości zbiorczych i podsumowujących ujętych w formularzu kosztorysu ofertowego oraz zmianę określonej w formularzu oferty ceny ofertowej oraz jej składowych (ceny za zakres opcjonalny zamówienia). Kwestia jednolitości cen jednostkowych tożsamyh asortymentów jest elementem istotnym dla Zamawiającego (warunkuje przecież kontekst 29

płatności za poszczególne prace), a zatem rzutuje w sposób oczywisty na treść oferty stanowiąc jej essentialia negotii (wbrew twierdzeniu Wykonawcy błędy w tym zakresie w sposób oczywisty wpływają i stanowią o niezgodności oferty z treścią SWZ).

Wyjaśnienia złożone odnośnie treści oferty nr 5 przez Wykonawcę PRODiM w toku niniejszego postępowania bazują na twierdzeniu, iż w treści formularza kosztorysu ofertowego zaistnieć miała omyłka polegająca na wpisaniu w jednej rubryce formularza kosztorysu ofertowego nieprawidłowej kwoty, której poprawa miałaby z kolei polegać / obejmować dokonanie zmian / modyfikacji rzekomo błędnej ceny jednostkowej wskazanej w ramach zakresu opcjonalnego zamówienia, tzn. w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16 (w ramach ujednoczenia jej względem ceny jednostkowej tożsamego asortymentu określonej w ramach zakresu podstawowego zamówienia, tzn. w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4). Przedłożone na tę okoliczność przez Wykonawcę wyjaśnienia nie są jednak w żaden sposób potwierdzalne w kontekście informacji zawartych w samej ofercie (zobowiązaniu ofertowym objawiającym wolę i zamiar Wykonawcy), ale świadczą raczej o niepoprawnym w świetle treści SWZ (względem warunków zamówienia), najpewniej na skutek niestaranności w działaniu, przygotowaniu przez Wykonawcę oferty oraz stanowią próbę „ratowania” ex post przez Wykonawcę oferty niespełniającej wymagań SWZ poprzez następczą faktyczną zmianę jej treści celem dopasowania i dostosowania jej do

treści SWZ w kontekście niespójności zidentyfikowanej i wskazanej przez Zamawiającego w ramach wystosowanego wezwania do złożenia wyjaśnień. Wykonawca w żaden sposób nie uprawdopodobnił zaistnienia w tym zakresie poprawialnej omyłki – ograniczając się jedynie do suchego stwierdzenia, iż miał nastąpić błąd w zakresie przenieszenia danych do formularza kosztorysu ofertowego, przy czym wyjaśnienia te nie są zbyt jasne (szczególnie w kontekście samego faktu zaistnienia i zakresu błędu oraz jego implikacji, o czym była już mowa wyżej), a ponadto określony sposób poprawy tej omyłki (wskazany w wyjaśnieniach Wykonawcy) nie wynika z treści oferty (nie jest nią potwierdzany i względem niej weryfikowany – tzn. treść oświadczenia ofertowego nie wskazuje, iż w ramach formularza kosztorysu ofertowego w danej konkretnej pozycji tabeli miałyby być wedle zamiaru i woli Wykonawcy wskazana inna (konkretna) kwota, niż faktycznie została tam wpisana – w szczególności z uwagi na spójność i poprawność matematyczną formularza kosztorysu ofertowego). W ocenie Zamawiającego (opartej na całokształcie okoliczności sprawy) dużo bardziej prawdopodobnym wyjaśnieniem tego przypadku jest, iż Wykonawca – gdy zorientował się w momencie otrzymania wezwania Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty, iż jego oświadczenia złożone w ramach formularza kosztorysu ofertowego są częściowo niespójne i niezgodne z warunkami zamówienia (nawet jeżeli ta niespójność była wynikiem jakichś błędów, nawet niecelowych, popełnionych w toku przygotowywania oferty, np. błędnego ich odczytania, zidentyfikowania, czy zastosowania w praktyce) – podjął próbę ratowania 30

„ważności” tej oferty poprzez wskazanie, iż oświadczenia te miałyby zostać zniekształcone w wyniku omyłki polegającej na wpisaniu w formularzu kosztorysu ofertowego nieprawidłowej (niejednolitej) kwoty (ceny jednostkowej) w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16. Przedmiotowe wyjaśnienia wskazują na próbę dostosowania na potrzeby udzielenia satysfakcjonującego w kontekście wykazania zgodności oferty z warunkami zamówienia wyjaśnienia podanych wartości do wymogów określonych w SWZ, co stanowi raczej przejaw prowadzenia niedozwolonych negocjacji dotyczących treści oferty oraz następczej zmiany jej treści. Przedmiotowe wyjaśnienia Wykonawcy nie są w żaden sposób weryfikowalne i potwierdzalne w kontekście całokształtu złożonej oferty i okoliczności sprawy. Ani wyjaśnienia Wykonawcy, ani treść samej oferty nie zawiera żadnych informacji wskazujących i potwierdzających, iżby faktycznie zaistniała podczas wypełniania formularza kosztorysu ofertowego omyłka wskazywana przez Wykonawcę. Samo następcze oświadczenie Wykonawcy wskazujące na rzekome zaistnienie takiej okoliczności i bazująca na ogólnych oświadczeniach ofertowych nie koresponduje w żadnym razie z treścią złożonej oferty (nie wynika z niej, nie jest poparte jakimikolwiek jej zapisami – jako że wynika jedynie z twierdzeń Wykonawcy złożonych ex post wobec momentu złożenia oferty), nie uprawnia do uznania, iż w treści oferty zaistniała omyłka, która mogłaby być zostać poprawiona w ramach mechanizmów określonych w art. 223 ust. 2 ustawy PZP, jak również sam sposób poprawy nie jest identyfikowalny z poziomem samej treści oferty (nie jest jednoznaczny i możliwy do ustalenia na bazie treści oferty (choćby w kontekście miejsca wystąpienia omyłki i poziomu kwotowego „właściwych” cen jednostkowych, których wpisanie w formularzu kosztorysu ofertowego miałyby zostać obarczone błędem będącym wynikiem omyłki – nie jest wiadomo, która ze zidentyfikowanych niejednolitych cen miałyby być wynikiem omyłki, a która jest prawidłowa, w związku z czym nie jest też wiadomo, którą i w jaki sposób należałoby poprawić) – nawet w kontekście złożenia przez Wykonawcę w ramach formularza ofertowego ogólnych oświadczeń na temat akceptacji SWZ i deklaracji w przedmiocie wykonania zamówienia zgodnie z SWZ, które przecież same w sobie nie rozstrzygają i nie zastępują szczegółowych oświadczeń ofertowych oraz nie zapewniają / nie determinują zgodności oferty z warunkami zamówienia / treścią SWZ). Okoliczności tej sprawy, w tym wyjaśnienia Wykonawcy, wskazują raczej, iż do wskazanej niezgodności treści oferty z treścią SWZ (w zakresie konieczności uwzględnienia w ramach sporządzania oferty wymogów związanych z jednolitością cen jednostkowych tożsamyh asortymentów w ramach zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia) mogło dojść na skutek nierzetelnego sporządzenia oferty przez Wykonawcę (braku zachowania należytej staranności przy jej sporządzaniu) – z faktycznym pominięciem narzuconych (określonych wyraźnie w SWZ i przywołanych również w samym formularzu kosztorysu ofertowego) wymogów odnośnie jednolitości cen jednostkowych tożsamyh asortymentów 31

(może także w kontekście braku staranności w nadzorze), przez co oferta ta nie odpowiada / jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z SWZ, a niezgodności tej nie da się usunąć w ramach mechanizmów ustawowych, stąd oferta ta podlega obowiązkowemu odrzuceniu. Wskazać wszakże należy, iż Wykonawca ma obowiązek starannego sporządzenia oferty, w tym zapewnienia jej zgodności z SWZ, a konsekwencje braku wypełnienia tego obowiązku obciążają Wykonawcę, który musi liczyć się z

zakwestionowaniem ważności oferty niespełniającej wymagań określonych w SWZ, jako że przecież nie wszystkie błędy / uchybienia (nawet niecelowe i niezamierzone omyłki)

podlegają poprawie przez Zamawiającego – wobec znacznie limitowanych prawnie możliwości dokonywania tego typu działań.

Zamawiający w konsekwencji udzielonych wyjaśnień uznał, iż brak jest uzasadnionych podstaw, aby zakwalifikować zidentyfikowaną niezgodność treści oferty nr 5 (w zakresie treści formularza kosztorysu ofertowego) z warunkami zamówienia jako omyłkę podlegającą poprawie w oparciu o mechanizmy statutowane art. 223 ust. 2 ustawy PZP, ponieważ zastosowanie tego przepisu na gruncie przedmiotowej sytuacji stanowiłoby niedozwolone w świetle zapisów ustawy PZP działanie prowadzące do dostosowania przez Zamawiającego treści tej oferty do wymogów określonych w SWZ w sytuacji braku podstaw do dokonania takich modyfikacji. Wskazać należy, iż w zakresie treści złożonych w postępowaniu zamówieniowym ofert nie można prowadzić jakichkolwiek negocjacji i po upływie terminu składania ofert nie jest już możliwa jakakolwiek zmiana treści oferty – przy zastrzeżeniu art. 223 ust. 2 ustawy PZP (a więc za wyjątkiem przysługujących Zamawiającemu trybów rektyfikacji omyłek zaistniałych w treści oferty). Omyłką jest wszakże niezamierzony błąd Wykonawcy skutkujący niezgodnością oferty z treścią SWZ. O omyłce polegającej na poprawie przez Zamawiającego można mówić jedynie wówczas, gdy na podstawie treści oferty i ewentualnie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień możliwe jest ustalenie, iż zamiarem Wykonawcy było w istocie złożenie oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego. W orzecznictwie przyjmuje się, iż z omyłką możliwą do poprawy przez Zamawiającego

mamy do czynienia wówczas, gdy Zamawiający posiada wszelkie dane niezbędne do samodzielnego jej poprawienia (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 02.06.2014 r. sygn. KIO 1022/14) – jeżeli natomiast Zamawiający nie jest w stanie odtworzyć właściwej, zniekształconej treści oferty, to co do zasady nie może dokonać poprawienia omyłki. Zamawiający uznał, iż w niniejszej sprawie brak jest z oczywistych względów podstaw do zastosowania trybu poprawy omyłek określonego w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy PZP – w przypadku tym nie wystąpiła omyłka o charakterze oczywistym (w szczególności nie wiadomo, że w ogóle zaistniała, w którym konkretnie miejscu oraz jak miałaby być poprawiona, gdyby przyjąć że w ogóle zaistniała), jak również nie miała charakteru 32

rachunkowego (matematycznie treść złożonego formularza kosztorysu ofertowego – w zakresie wpisanych tam kwot (wartości) – jest poprawna). Zamawiający nie mógł również w tym zakresie dokonać poprawy innej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, gdyż brak jest wiarygodnych podstaw do miarodajnego i zasadnego stwierdzenia, iż omyłka tego typu w ogóle miała miejsce, jakiego zakresu (miejsca) oferty miałyby dotyczyć i w jaki sposób miałyby zostać poprawiona (sama treść oferty nie daje podstaw do uznania, iż faktycznie jakakolwiek omyłka miała miejsce – o czym była już mowa wyżej). Dokonanie w sytuacji braku wyraźnych podstaw do takiego działania ingerencji w treść oferty naruszałoby zakazy określone w art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w szczególności zakaz negocjacji treści oferty, jako że implikowałyby to stworzenie nowego, nieopartego na informacjach zawartych w samej ofercie, oświadczenia ofertowego Wykonawcy (niejako w jego zastępstwie). Wykonawca uświadomiony w zakresie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia wskazał Zamawiającemu sposób poprawy treści formularza kosztorysu ofertowego, aby spełniał on wymagania określone w SWZ (poinformował, iż (cyt.) (...) należy więc w tym jednym przypadku cenę z zakresu podstawowego przenieść do zakresu opcjonalnego oraz poprawić powstałą omyłkę rachunkową), jednakże bez rzeczowego uzasadnienia, iż faktycznie doszło w tym zakresie do zniekształcenia treści oferty na skutek zaistnienia omyłki, co nie jest również weryfikowalne treścią samej oferty (treść oferty nie wskazuje, iż w ogóle doszło do omyłki zniekształcającej pierwotne, spełniające wymagania SWZ, oświadczenie ofertowe, nie określa w jakim zakresie omyłka ta miałaby zostać popelniona oraz jaki jest sposób jej poprawy – wobec ogólnej mnogości (dwojakości) rozwiązań w tym zakresie, ponieważ teoretycznie prawidłową może być albo cena wskazana w poz. 11 tabeli dla Zadania nr 4, albo cena wskazana w poz. 16 tabeli dla Zadania nr 16). Mamy tu zatem do czynienia z sytuacją, w której Zamawiającemu zostały podane nowe (jedynie wedle następczego twierdzenia Wykonawcy – właściwe) informacje na temat konkretnej kwoty / ceny jednostkowej (odpowiadającej treści SWZ, bo tożsamej z ceną jednostkową ujętą w zakresie podstawowym zamówienia), jednak informacje te nie opierają się w żadnym stopniu na informacjach zawartych w ofercie, nie korespondują z jej treścią. W tej sytuacji poprawa omyłki w sposób wskazany przez Wykonawcę stanowiłaby bezpodstawną zmianę oferty, co stanowiłoby podjęcie także przez Zamawiającego niedopuszczalnych negocjacji co do treści oferty, a tym samym naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Należy wskazać, iż przedmiotowe stanowisko Zamawiającego zaprezentowane wyżej potwierdza orzecznictwo i doktryna przedmiotu (choć w większości wydane na gruncie poprzedniej ustawy PZP, to zasadniczo aktualne również na gruncie obecnego stanu prawnego z uwagi na tożsamość uregulowań w zakresie tej materii – odpowiednikiem poprzednio obowiązujących przepisów art. 87 ust. 1 i 2 „starej” ustawy PZP jest art. 223 ust. 1 i 2 ustawy PZP). Również dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego pozyskane w 33

toku różnych kontroli procesów zamówieniowych potwierdzają zasadnicze ograniczenia możliwości ingerowania w jakikolwiek sposób ex post w treść oferty Wykonawcy. Dla przykładu – zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.06.2017 r. (sygn. KIO 1145/17): „Co również istotne, w zgodzie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może zażądać od wykonawcy, wyjaśnień co do treści złożonej przez niego oferty. Powyższe powoduje, że w przypadku, gdy treść złożonej przez wykonawcę oferty jest niejasna, budzi wątpliwości, jest wewnętrznie sprzeczna, bądź zawiera oczywiste omyłki, zamawiający może zwrócić się do takiego wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie wątpliwości interpretacyjnych treści złożonej oferty. Oczywistym jest, co wynika wprost z zastrzeżenia wynikającego z przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, że zamawiający nie może prowadzić negocjacji z wykonawcą, negocjacji, które de facto prowadziłyby do wykreowania nowej treści oferty, a nie, jak to wynika z intencji ustawodawcy, jedynie poprawienia w niewielkim zakresie. Co również ważne, w ocenie Izby, możliwość poprawienia omyłki w ofercie, jej zakresu, powinna dać się ustalić samodzielnie przez zamawiającego bądź poprzez pomoc, w tym zakresie, przez wykonawcę, polegającą na wskazaniu, w którym miejscu oferty zamawiający odnajdzie niezbędne informacje, w celu dokonania korekty oferty. Co do zasady, w ocenie Izby, wykluczona jest możliwość poprawienia treści oferty o informacje nie wynikające z treści tejże oferty, chyba że informacje takie nie mogły znaleźć się w ofercie z powodu różnych okoliczności, za które wykonawca nie odpowiada. Jeżeli zatem w ofercie wykonawcy zamawiający stwierdzi omyłki, musi poddać się refleksji dotyczącej, co to za omyłki, jaki ma charakter, czy można ją poprawić bez udziału wykonawcy, czy konieczne i możliwe jest wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy jej poprawienie nie wykreuje nowej treści oferty, itp. (...) Kwestię sporną stanowi możliwość poprawienia poczynionych omyłek. Zdaniem Izby, nie można tych omyłek poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako inne omyłki, gdyż sposób poprawy nie jest oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości oraz nie wynika z danych zawartych w samej ofercie, tak aby zamawiający samodzielnie mógł dokonać tej korekty. (...) Poprawienie treści oferty w oparciu o wyjaśnienia zdaniem Izby jest niedopuszczalne, gdyż prowadzą do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a odwołującym. Zdaniem Izby, zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może bowiem prowadzić do dostosowania treści oferty odwołującego do wymagań zamawiającego. Zadaniem tego przepisu jest bowiem możliwość poprawienia drobnych i samoistnych omyłek w ofercie wykonawcy, a nie kreowanie nowej treści oferty.”. Powyższe wytyczne orzecznicze wskazują zatem, iż do zmiany treści oferty (w zakresie wyeliminowania niezgodności z SWZ) może dojść oczywiście w następstwie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jednakże taka zmiana musi znajdować oparcie w informacjach zawartych w samej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy muszą w sposób niebudzący żadnych 34

wątpliwości wskazywać przyczynę niezgodności oferty z SWZ oraz w sposób racjonalny, wiarygodny, logiczny i oparty na danych zawartych w ofercie przedstawiać przyczynę rozbieżności lub błędów i sposób poprawy tej oferty. Na

podstawie udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień nie może dojść do bezpodstawnych zmian w ofercie, bowiem w takim przypadku nastąpiłaby nieuprawniona zmiana treści oferty. Analogiczna argumentacja faktyczno-prawna została przedstawiona również m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.10.2019 r. (sygn. KIO/KU 64/19).

W kontekście tej sprawy Zamawiający stwierdził, iż nawet przy uznaniu, iż zaistnieć miałyby w tej ofercie omyłka wskazana przez Wykonawcę (choć Zamawiający nie jest o tym przekonany), to fakt niemożności ustalenia sposobu poprawy treści tej oferty na bazie informacji ofertowych w sposób zupełny przesądza i determinuje niemożność zastosowania przez niego jakiegokolwiek trybu rektyfikacji treści tej oferty w zakresie usunięcia jej obiektywnej i faktycznej niezgodności z warunkami zamówienia (ponieważ nie miał podstaw, aby samodzielnie dokonać wyboru jednego z dwóch równorzędnych sposobów poprawy, jak również nie mógł w tym zakresie bazować na następczych wyjaśnieniach Wykonawcy wskazujących konkretny sposób poprawy, jako że znamionowałyby to prowadzenie niedozwolonych negocjacji dotyczących treści złożonej oferty), przez co zupełnie irrelevantne i bez znaczenia stały się rozważania na temat ewentualnego zakresu, wagi, czy istotności owej niezgodności z punktu widzenia treści całości oferty, ponieważ już sam fakt jej obiektywnego istnienia (nawet jeżeli niezgodność ta ma niewielki zakres) w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP determinuje konieczność zakwestionowania tej oferty, jeżeli nie da się jej usunąć w trybie mechanizmów rektyfikacyjnych określonych w art. 223 ust. 2 ustawy PZP (co w tej sytuacji było niemożliwe z uwagi na kwestię wskazaną wyżej), ponieważ aspekt zakresu/ istotności niezgodności nie stanowi elementu konstrukcyjnego tego przepisu, a więc nie stanowi wytycznej / parametru oceny, czy oferta podlega odrzuceniu z tytułu jej niezgodności z warunkami zamówienia (a przecież nie można za ofertę zgodną z warunkami zamówienia uznać oferty nierespektującej wymogu jednolitości cen jednostkowych w zakresie wszystkich pozycji objętych tym wymogiem zgodnie z zapisami SWZ, nawet jeżeli niedopełnienie tego wymogu dotyczy tylko jednej pary pozycji asortymentowych).

Nadmienia się, iż okoliczności tej sprawy wskazują, iż na etapie przygotowania obu wskazanych wyżej ofert mogło dojść do błędu, niedopatrzenia, czy niezachowania należytej staranności przy sporządzaniu tych ofert w kontekście uwzględnienia wymogów wynikających z SWZ, przez co oferty te obiektywnie nie odpowiadają wymaganiom w nich określonych. Nawet jednak jeżeli przedmiotowa sytuacja zaistniała na skutek omyłek ludzkich, przeoczeń, niedopatrzeń, czy nieumyślnych błędów (czego Zamawiający nie wyklucza, nie domniemuje i nie kwestionuje), to jednak konsekwencje tegoż obciążają tych 35

Wykonawców jako niekonwalidowalny efekt niestaranności w działaniu polegającej na faktycznym braku zastosowania się do określonych jasno, precyzyjnie i wyraźnie określonych w SWZ wymagań, które nie zostały w żaden sposób zakwestionowane, czy podważone. Niedokonanie przez Zamawiającego odrzucenia takich ofert stanowiłoby z kolei przejaw niezastosowania się przez niego samego do zapisów własnej SWZ, tj. niewdrożenia sankcji proceduralnych, które zostały jednoznacznie na taką okoliczność wprost przewidziane i zastrzeżone (w sposób jednolity względem wszystkich podmiotów uczestniczących w tym postępowaniu), co tym samym stanowiłoby naruszenie przez niego przepisów ustawy PZP i zasad prowadzenia postępowania, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający nadmienia przy tym, iż w jego ocenie przedmiotowa, zidentyfikowana niezgodność treści ofert wobec warunków zamówienia stanowi nieprawidłowość nieusuwalną (niekonwalidowalną) i niepodlegającą poprawie. Oferta nie jest dokumentem uzupełnialnym w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, a zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP treść oferty zasadniczo nie podlega żadnym zmianom oraz wykluczone jest uzupełnianie jej w jakimkolwiek zakresie, czy negocjowanie jej treści. Przedmiotowe niezgodności (istniejące obiektywnie) nie są zatem możliwe do następczego usunięcia (naprawy) zważywszy na przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP zakazujący zasadniczo dokonywania zmian treści ofert po upływie terminu składania ofert w danym postępowaniu, jak również nie mogą zostać usunięte w ramach procedury wyjaśniającej (jako że prowadziłyby to de facto do zmiany treści oferty – stworzenia jej nowej treści w zakresie zidentyfikowanym i stwierdzonym jako niezgodny / nieodpowiadający warunkom zamówienia, co jest niedozwolone), ani też nie mogą zostać rektyfikowane w wyniku działań samego Zamawiającego w ramach zastosowania instrumentów z art. 223 ust. 2 ustawy PZP, jako że nie kwalifikują się one jako poprawialne w świetle ustawy PZP omyłki, gdyż w szczególności skutkowałoby to niedopuszczalną istotną zmianą treści oferty po upływie terminu składania ofert, stanowiłoby to de facto – poprzez bezpośrednią ingerencję w zasadniczą treść oferty – wytworzenie przez samego Zamawiającego, w zastępstwie danego Wykonawcy, jego oświadczeń ofertowych zbieżnych z warunkami zamówienia (naprawiających/usuwających/konwalidujących niepoprawność oferty), do czego Zamawiający nie posiada uprawnień i co byłoby pogwałceniem reguł i zasad procedury zamówieniowej, w tym w szczególności konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, jak również sam sposób ewentualnej poprawy nie jest identyfikowalny z poziomem samej treści oferty (nie jest jednoznaczny i możliwy do ustalenia na bazie treści oferty, choćby w kontekście poziomu kwotowego „właściwych” cen jednostkowych, których wpisanie w formularzu kosztorysu ofertowego miałyby zostać obarczone błędem – są to informacje będące w sferze decyzyjności / woli / zamiaru danego Wykonawcy), jako że w ramach mechanizmu rektyfikacji omyłek nie jest możliwe dokonanie jakiejkolwiek ingerencji 36

w treść oferty w oparciu wyłącznie o wyjaśnienia złożone ex post (następcze) względem czynności złożenia oferty i momentu upływu terminu składania ofert na gruncie danego postępowania (nie można naprawić/ konwalidować ważności / poprawności oferty wyłącznie w oparciu o informacje uzyskane później, już po upływie terminu składania ofert, jeżeli nie są one identyfikowalne i potwierdzalne treścią tej oferty).

Wskazuje się również, iż Zamawiający w toku niniejszego postępowania umożliwił obu Wykonawcom odniesienie się do stwierdzonych niezgodności i wynikających z tego konsekwencji, choć w ogóle nie musiał im takiej możliwości udostępniać, ponieważ fakt niezgodności tych ofert z treścią SWZ jest oczywisty, obiektywny i niewątpliwy, toteż kontekst ten mógł od razu stanowić podstawę zakwestionowania ważności tych ofert i podjęcia przez Zamawiającego czynności ich odrzucenia. Zamawiający nie został w wyniku procedury wyjaśniającej przekonany, iż w ramach złożonych ofert zaistnieć miały omyłki (czyli że nastąpić miało zniekształcenie obrazowanej treścią formularza kosztorysu ofertowego woli i zamiaru danego Wykonawcy), a takowe przekonanie jest wszakże niezbędne w kontekście zastosowania mechanizmów określonych w art. 223 ust. 2 ustawy PZP (jest ich elementem konstrukcyjnym – ingerencja w treść oferty

w ramach dokonania poprawy w świetle regulacji ustawy PZP może dotyczyć wyłączenie omyłek, a nie błędów jakichkolwiek), jako że nie wynika to z tych ofert (treść ofert na to nie wskazuje), a Wykonawcy nie wykazali tegoż pomimo udostępniania im takiej możliwości – jako że ze strony Wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo- Mostowe LIMDROG nie było żadnej reakcji na wystosowane wezwanie do złożenia wyjaśnień, a Wykonawca PRODIM próbując ratować ważność złożonej oferty dokonał następczej faktycznej zmiany jej treści w ramach podjętych negocjacji celem dopasowania i dostosowania jej do treści SWZ pod pozorem wykazania jej rzekomej omyłkowości, która miałyby podlegać poprawie. Zamawiający uważa, iż zidentyfikowane rozbieżności nie kwalifikują się jako podlegające poprawie omyłki (jako że nic na to nie wskazuje), a w przypadku oferty nr 5 wyjaśnienia przekazane przez Wykonawcę należy uznać za podjęcie negocjacji oraz dokonanie następczej, niedozwolonej zmiany treści złożonej oferty mającej na celu dostosowanie jej treści (w zakresie zidentyfikowanej błędności) do wymagań określonych w SWZ. Nadmieniam się również, iż w niniejszym postępowaniu zostało złożonych łącznie siedem ofert ze strony siedmiu podmiotów (Wykonawców) i w pięciu z nich Wykonawcy zdołali dochować wymogu określenia jednolitych cen jednostkowych tożsamyh asortymentów w zakresie wszystkich wymaganych zgodnie z treścią formularza kosztorysu ofertowego pozycji asortymentowych (pomimo dużej ilości tych pozycji). W ocenie Zamawiającego dużo bardziej prawdopodobnym wyjaśnieniem sytuacji zidentyfikowanej niezgodności ofert nr 2 i 5 z warunkami zamówienia jest zatem, iż oferty te zostały po prostu indywidualnie niestarannie przygotowane przez tych konkretnych Wykonawców w wyniku np. częściowego pominięcia/ nieuwzględnienia / przeoczenia 37

wymogów określonych w SWZ (co nie jest objęte możliwością rektyfikacji / konwalidacji, ale obciąża Wykonawców w zakresie skutków tegoż), jako że wszyscy pozostali / inni Wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu zastosowali się całościowo do wymogu określenia jednolitych cen jednostkowych tożsamyh asortymentów, był on dla nich jasny i nie mieli oni problemu z wypełnieniem / sporządzeniem formularzy kosztorysu ofertowego przy uwzględnieniu tego wymogu.

Zamawiający nadmieniam również, iż wobec sytuacji nierespektowania wymogu określenia w dokumentach kalkulacji cenowej jednolitych cen jednostkowych tożsamyh asortymentów w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia jest wysoce konsekwentny w podejmowanych czynnościach i ocenach na gruncie prowadzonych przez siebie postępowań zamówieniowych, tzn. wszystkie przypadki niedostosowania się do tego wymogu identyfikowane i oceniane są według jednolitych zasad, wytycznych i interpretacji, co zapewnia równe traktowanie wszystkich podmiotów uczestniczących w prowadzonych postępowaniach. Nadmieniam się, iż na gruncie innych postępowań również zdarzały się przypadki składania ofert nieuwzględniających wymogu jednolitości cen jednostkowych tożsamyh asortymentów (także jednostkowe) i w sytuacji stwierdzenia braku podstaw do uznania takiej sytuacji za wynik omyłki podlegającej poprawie w granicach wyznaczanych regulacjami ustawy PZP (tzn. identyfikowanej i zdanej do poprawy na bazie informacji ofertowych) wszystkie takie oferty zostały przez Zamawiającego zakwestionowane w zakresie ich ważności i odrzucone jako niezgodne z warunkami zamówienia, co potwierdza konsekwentność i tożsamość oceny i działań Zamawiającego w analogicznych przypadkach oraz jednolite traktowanie wszystkich Wykonawców (brak jakiegokolwiek stronniczości). Zamawiający nie widzi obecnie żadnych podstaw i uzasadnienia, aby w tym przypadku postąpić inaczej – dopiero takie działanie byłoby przejawem nierównego traktowania Wykonawców i mogłoby wzbudzić wątpliwości co do pobudek i podstaw działania Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego obydwie przedmiotowe oferty są zatem niezgodne z warunkami zamówienia, ponieważ obiektywnie określają / zawierają częściowo niejednolite ceny jednostkowe tożsamyh elementów zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia – wbrew wyraźnym zastrzeżeniom w tym zakresie określonym w SWZ (przy czym w kontekście takiej kwalifikacji nie ma znaczenia zakres tej rozbieżności (ilość pozycji asortymentowych z niejednolitymi cenami), ale sam fakt jej istnienia), a brak jest podstaw do uznania, iż wskazanie jakichś konkretnych cen miałyby być wynikiem omyłki danego Wykonawcy, która podlegałaby poprawie w ramach mechanizmów regulowanych ustawą PZP (z uwagi głównie na niemożność zidentyfikowania zakresu ewentualnych omyłek oraz ustalenia sposobu ich poprawy na bazie informacji ofertowych). Nawet jeżeli przedmiotowa sytuacja zaistniała na skutek omyłek, przeoczeń, niedopatrzeń, czy też nieumyślnych błędów (czego Zamawiający Wykonawców jako 38

niekonwalidowalny efekt niestaranności w działaniu polegającej na braku sporządzenia ofert w sposób spełniający wymagania określone w SWZ, która to niezgodność nie może być usunięta w trybie rektyfikacyjnym. Następcza zmiana treści tych ofert (celem dopasowania treści złożonych w ramach ofert formularzy kosztorysu ofertowego do wymogów określonych w SWZ) byłaby działaniem niedopuszczalnym w świetle art. 223 ust. 1 ustawy PZP, stąd też przedmiotowe oferty musiały zostać prawnie zakwestionowane poprzez ich odrzucenie. Niedokonanie przez Zamawiającego odrzucenia tych ofert stanowiłoby z kolei przejaw niezastosowania się przez niego samego do zapisów własnej SWZ, tj. niewdrożenia sankcji proceduralnych, które zostały jednoznacznie na taką okoliczność przewidziane i zastrzeżone, co tym samym stanowiłoby naruszenie przez niego samego przepisów ustawy PZP i zasad prowadzenia postępowania, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Wskazuje się również, iż ustawa PZP nie zawiera żadnych regulacji pozwalających / umożliwiających Zamawiającemu odstąpienie od czynności odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, czy przepisami ustawy PZP – nawet wówczas, jeżeli sankcja taka wydawać się może przesadna wobec zakresu uchybienia. Skoro zatem stwierdzona niezgodność treści przedmiotowych ofert z warunkami zamówienia jest niepoprawialna i niekonwalidowalna, to zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP fakt jej stwierdzenia skutkuje bezwzględną koniecznością odrzucenia tych ofert – nie można za oferty zgodne z warunkami zamówienia uznać ofert zawierających niejednolite ceny jednostkowe tożsamyh asortymentów w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia (nawet jeżeli dotyczy to jedynie jednej pary pozycji asortymentowej, czy też w przeważającej części niniejsze było następstwem omyłki ludzkiej, czy przeoczenia, jako że taki stan jest wprost niezgodny z treścią SWZ). Wykonawcy ci w toku biegu terminu składania ofert złożyli oferty o treści obiektywnie niezgodnej z warunkami zamówienia (w kontekście naruszenia wymogu jednolitości cen jednostkowych w ramach zakresu podstawowego oraz zakresu opcjonalnego zamówienia) oraz do upływu tego terminu nie dokonali zmiany (aktualizacji) treści złożonych ofert w tym zakresie, przez co są one obiektywnie niezgodne z warunkami zamówienia, co zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP skutkuje bezwzględną koniecznością odrzucenia takich ofert. Natomiast dokonawszy takowej zmiany po upływie terminu składania ofert (pod pozorem twierdzenia, iż

zaistnieć miała w ofercie omyłka) Wykonawca PRODiM naruszył regulację art. 223 ust. 1 ustawy PZP, czyniąc swoją ofertę także niezgodną z przepisami ustawy PZP, co skutkuje bezwzględną koniecznością odrzucenia tej oferty także zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP.

W związku z powyższym, z uwagi na złożenie przez Wykonawców Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe LIMDROG oraz PRODiM ofert niezgodnych z warunkami zamówienia (charakter i zakres której to niezgodności / błędności nie pozwalała na zakwalifikowanie ich 39

jako omyłek podlegających poprawie w trybie art. 223 ust. 2 ustawy PZP), Zamawiający został zobligowany w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP do odrzucenia przedmiotowych ofert nr 2 i 5, a ponadto wobec podjęcia negocjacji dotyczących treści oferty i niedopuszczalnej następczej zmiany oferty nr 5 Zamawiający został zobligowany do odrzucenia przedmiotowej oferty również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP."

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2024 r. zawiadomił wykonawców o unieważnieniu dokonanej w dniu 27 lipca 2024 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, zastrzegając, że odnosi się to jedynie do wyraźnie wskazanej czynności wyboru oferty Przystępującego COLAS najkorzystniejszej. Zakresem działania Zamawiającego nie objęto czynności odrzucenia oferty Odwołującego i innych wykonawców, które pozostały w mocy.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawarty w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu Izba wskazuje, że stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z kolei w myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z wymaganiami zawartymi w Rozdziale III pkt 12.3 SWZ, aby wskazywane w formularzu kosztorysu ofertowego ceny jednostkowe brutto dla poszczególnych ujętych i wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia były jednakowe w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia. Nie była to jednak jedyna podstawa odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający odrzucił tę ofertę także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako niezgodną z ustawą z uwagi na uznanie, że Odwołujący składając wyjaśnienia podjął niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp negocjacje treści oferty i dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty w celu dostosowania jej do wymagań Zamawiającego. Natomiast w odwołaniu nie podniesiono zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przy czym nie tylko nie wyartykułowano go w petitum odwołania, ale również w uzasadnieniu odwołania nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych, które mogłyby stanowić podstawę do stwierdzenia, że taki zarzut w ogóle został objęty zakresem zaskarżenia.

Art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych 41

i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Wykonawca w odwołaniu powinien wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, opisać w czym konkretnie upatruje tego naruszenia oraz przedstawić w uzasadnieniu okoliczności faktyczne i prawne potwierdzające zasadności swoich twierdzeń. Tak postawiony zarzut określa granice zaskarżenia, a w konsekwencji granice rozpoznania sprawy przez Izbę. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jeżeli wykonawca nie podniósł w odwołaniu określonego zarzutu, to nie jest możliwe następczo, w toku postępowania odwoławczego, rozszerzenie podstaw faktycznych i prawnych odwołania. Nie jest dopuszczalne orzekanie przez Izbę w przedmiocie zarzutów nieskonstruowanych prawidłowo w odwołaniu.

Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/23, „Izba nie jest strażnikiem całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w momencie złożenia odwołania nie ma uprawnień do badania każdej czynności bądź zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, które miały miejsce do chwili złożenia odwołania, ale jest związana ramami odwołania wyznaczonymi przez Odwołującego w zarzutach. Izba nie może również brać pod uwagę przy orzekaniu naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych niebędących przedmiotem zarzutów, a ujawnionych w toku postępowania odwoławczego. To Wykonawca, który złożył odwołanie jest niejako gospodarzem zakresu postępowania odwoławczego, to jego decyzje wpływają bezpośrednio na kształt procedowania nad odwołaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą. (...) postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego - i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 555 ustawy

PZP". Podobnie w wyroku z dnia 18 października 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 77/23, Sąd Zamówień Publicznych wskazał, że „Krajowa Izba Odwoławcza nie jest uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania, substratu zaskarżenia w sytuacji gdy w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych to dysponentem odwołania jest Odwołujący, a także Zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). (...) Orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne”.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący miał pełną świadomość, że jego oferta została odrzucona w oparciu o dwie podstawy prawne (art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp), a mimo to zakresem zaskarżenia objął tylko jedną z nich (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Jakkolwiek prawdą jest, że częściowo podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego były zbieżne, gdyż wiązały się z brakiem możliwości poprawienia oferty Odwołującego, to jednak należy zauważyć, że Zamawiający jednoznacznie wyodrębnił dwie podstawy prawne odrzucenia oferty i przedstawił dla art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dodatkowe, obszernie uzasadnienie referujące stricte do treści wyjaśnień, jakie złożył Odwołujący na wezwanie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (por. str. 10 i n. zawiadomienia o odrzuceniu) i wskazujące przyczyny, dla których Zamawiający uznał, że doszło do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty. Odwołanie jednak w żadnym fragmencie nie odnosi się bezpośrednio do niezgodności oferty Odwołującego z ustawą i argumentacji Zamawiającego dotyczącej niedopuszczalnych negocjacji treści oferty. Odwołujący jako podmiot profesjonalny winien działać z należytą starannością i wziąć pod uwagę fakt, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem sformalizowanym, a zakres rozpoznania sprawy ograniczony jest ściśle zakresem zarzutów. Izba nie może według własnego uznania zakładać, że zamiarem Odwołującego było objęcie zakresem zaskarżenia obu podstaw odrzucenia jego oferty, nawet gdy jasnym jest, że w sytuacji, w jakiej znalazł się Odwołujący, dla właściwej obrony jego oferty, zachodziła konieczność postawienia również zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W odwołaniu nie wyartykułowano takiego zamiaru ani nie przedstawiono stosownych podstaw faktycznych i prawnych tworzących zarzut naruszenia ww. przepisu.

W konsekwencji Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępujących, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako niezaskarżona pozostała w mocy, zatem rozstrzygnięcie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Stwierdzenie braku wpływu postawionych zarzutów na wynik postępowania skutkuje koniecznością oddalenia odwołania.

Również od strony merytorycznej zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za bezzasadny.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było to, że między ofertą Odwołującego a warunkami zamówienia wynikającymi z SWZ zachodziła niezgodność. Odwołujący nie dopełnił bowiem wymagania określonego w Rozdziale III pkt 12.3 SWZ, aby wskazywane w formularzu kosztorysu ofertowego ceny jednostkowe brutto dla poszczególnych ujętych i wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym asortymentów (elementów) przedmiotu zamówienia były jednakowe w kontekście zakresu podstawowego zamówienia i zakresu opcjonalnego zamówienia i podał rozbieżne ceny w poz. 11 formularza

dla Zadania nr 4 (zakres podstawowy) i w poz. 16 formularza dla Zadania nr 16 (zakres opcjonalny).

Istota sporu sprowadzała się do oceny czy powyższa niezgodność była możliwa do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy jednak zwrócić uwagę, że decyzja Zamawiającego została podjęta z uwzględnieniem treści wyjaśnień, jakie Odwołujący złożył na wezwanie wystosowane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W wyjaśnieniach tych wskazano, że błąd w ofercie stanowił oczywistą omyłkę pisarską w związku z przenoszeniem bazy ceny ofertowej pomiędzy kosztorysami w arkuszu kalkulacyjnym wykorzystującym formuły matematyczne. Odwołujący wówczas w ogóle nie wskazywał, że jego działanie należy uznać za tzw. inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący dopiero na etapie wniesienia środka ochrony prawnej zmienił swoje stanowisko w stosunku do prezentowanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazując, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinna zostać poprawiona w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tymczasem zadaniem wykonawcy, do którego zwrócono się z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty, jest udzielić tych wyjaśnień w sposób rzetelny i wiarygodny. To w oparciu m.in. o treść tych wyjaśnień Zamawiający dokonywał oceny zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Odwołujący niewątpliwie na etapie składania wyjaśnień nie dochował w tym zakresie należytej staranności, obecnie zaś próbuje poprawić swoją sytuację w drodze wniesionego odwołania, prezentując stanowisko rozbieżne względem przedstawionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uwzględniając całokształt okoliczności stanu faktycznego sprawy, jego argumentację trudno uznać za wiarygodną.

W kontekście samych wyjaśnień słusznie zauważył Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że tego rodzaju błąd nie sposób uznać za oczywistą omyłkę. Oczywiste omyłki to widoczne na pierwszy rzut oka błędy powstałe na skutek niezamierzonego działania wykonawcy, które dla przeciętnej osoby są łatwo możliwe do zidentyfikowania i poprawienia w jeden, właściwy sposób, w oparciu o dane wynikające z oferty oraz SWZ. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 22/23, oczywista omyłka już tylko w znaczeniu potocznym ale też w judykaturze oznacza drobny błąd, który po naprawieniu nie skutkuje tym, że mamy do czynienia z zupełnie innym efektem końcowym. W przedmiotowej

sprawie niewątpliwie brak jest przymiotu „oczywistości”, błąd ten nie jest możliwy do poprawienia w sposób jednoznaczny w oparciu o dane zawarte w ofercie. Nie jest możliwe zidentyfikowanie okoliczności, które stały się przyczyną omyłki, gdyż teza wyartykułowana w wyjaśnieniach Odwołującego o przenoszeniu baz między

arkuszami nie została niczym poparta, Odwołujący swojego stanowiska zawartego w wyjaśnieniach należycie nie uargumentował, a dane zawarte w ofercie nie pozwalają na identyfikację przyczyn stwierdzonej niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Z kolei poprawienie tego błędu prowadziłoby do zmiany oświadczenia wykonawcy w taki sposób, aby doprowadzić do jego zgodności z SWZ. Izba w pełni podziela argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty w odniesieniu do braku wiarygodności udzielonych wyjaśnień oraz niemożności zakwalifikowania tego błędu jako omyłki o charakterze oczywistym, uznając za niecelowe jej powielanie w tym miejscu.

Przechodząc do istoty tzw. innej omyłki Izba wskazuje, że intencją ustawodawcy na gruncie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieściśłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. 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, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. W orzecznictwie podkreśla się również, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw (por. m.in. wyrok Izby z dnia 19 sierpnia 2024 r., sygn. akt KIO 2585/24). W przypadku zarzutu zaniechania poprawiania treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba bada, czy niezgodność nie jest wynikiem zamierzonego działania wykonawcy, ponieważ poprawieniu na gruncie ww. przepisu może podlegać jedynie „omyłka”, czyli nieprawidłowość spowodowana błędnym, niecelowym działaniem wykonawcy. Izba również ustala, czy poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie treści oferty, gdyż stanowi to granicę, której przekroczenie może oznaczać prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty. Treść oferty powinna pozwalać na wywiedzenie woli wykonawcy co do zakresu jego zobowiązania. Co prawda zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, niemniej wyjaśnienia te nie mogą być wykorzystywane jako narzędzie do doprecyzowania, zmiany czy dostosowania oferty do warunków zamówienia. Tymczasem z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Izby Odwołujący, którego w postępowaniu odwoławczym obciążał obowiązek dowodowy, nie wykazał, że w okolicznościach stanu faktycznego sprawy dopuszczalne byłoby poprawienie oferty Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

w szczególności nie dowiódł, że podanie w poz. 16 formularza dla Zadania nr 16 innej ceny niż w poz. 11 formularza dla Zadania nr 4 było efektem nieświadomego, niezamierzonego działania, a wolą Odwołującego było zaoferowanie w zamówieniu opcjonalnym takiej samej ceny jak w zamówieniu podstawowym, jak i nie wykazał, że możliwe było ustalenie w sposób niebudzący wątpliwości jednego, właściwego sposobu poprawienia stwierdzonego błędu.

Izba w całości uznała za prawidłowe stanowisko zakomunikowane wykonawcy przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, które zostało przywołane we wcześniejszej części uzasadnienia wyroku w ramach ustaleń faktycznych, wobec czego zbędne jest jego powielanie w tym miejscu. Zamawiający w sposób bardzo obszerny, niezwykle szczegółowy i z uwzględnieniem wiodącego orzecznictwa wyjaśnił Odwołującemu motywy swojego działania. Za zasadne Izba uznała także argumenty przedstawione w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie oraz w piśmie procesowym Przystępującego Eurovia.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wyjaśnił w sposób rzetelny ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym, co było przyczyną nieprawidłowości zaistniałych po jego stronie, powołując się jedynie hasłowo na „przenoszenie bazy cen pomiędzy kosztorysami” i „chwilowy moment nieuwagi”. Odwołujący nie wytłumaczył konkretnie na jakim etapie tego „przenoszenia” danych dojdź miało do błędu, np. z jakiej innej pozycji arkusza kalkulacyjnego kwota 184,50 zł mogła być przeniesiona. Brak jest możliwości jakiegokolwiek ustalenia skąd w kosztorysie ofertowym dla Zadania nr 16 w poz. 16 wzięta się taka kwota. Tym samym nie ma także możliwości przesądzenia, że wyżej wskazana wycena tej pozycji nie była rzeczywistym zamiarem Odwołującego, że nie została ustalona z uwzględnieniem zasad kosztorysowania, ale przy przeoczeniu wymogu zachowania jednolitości cen. W konsekwencji nie jest możliwe stwierdzenie, że błąd ten nie był wynikiem zamierzonego działania. W świetle treści oferty Odwołującego na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe odtworzenie w sposób jednoznaczny i pewny woli wykonawcy co do oferowanej ceny jednostkowej wskazanej w poz. 16 dla Zadania nr 16 (zakres opcjonalny). Bazując na treści oferty Odwołującego (kosztorysach) Zamawiający był w stanie jedynie stwierdzić błąd w zakresie odnoszącym się do ww. ceny jednostkowej oraz fakt, że był to błąd stanowiący o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Zamawiający nie był jednak w stanie ustalić na jakim etapie kalkulacji ceny przez Odwołującego błąd ten powstał ani nie posiadał dostatecznych informacji, w jaki sposób miałby poprawić ofertę Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Zamawiający musiałby się oprzeć jedynie na przypuszczeniu, że zamiarem Odwołującego było zaoferowanie w Zadaniu nr 16 (zamówienie opcjonalne), ceny identycznej jak w Zadaniu nr 4 (zamówienie podstawowe), niemniej poprawienie oferty

Odwołującego oparte wyłącznie na pewnych przypuszczeniach co do rzeczywistego zamiaru Odwołującego, którego nie sposób jednoznacznie ustalić, godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców. W przedmiotowej sprawie faktyczny zamiar wykonawcy nie był możliwy do zidentyfikowania: albo zamierzał on zaoferować w poz. 16 kosztorysu dla Zadania nr 16 taką samą cenę jak w poz. 11 kosztorysu dla Zadania nr 4 (147,60 zł), albo zamierzał on zaoferować w

poz. 11 kosztorysu dla Zadania nr 4 taką samą cenę jak w poz. 16 kosztorysu dla Zadania nr 16 (184,50 zł), albo pominąć on, że względem tych pozycji istnieje obowiązek zachowania jednolitości cen i jego zamiarem było zaoferowanie w poz. 11 kosztorysu dla Zadania nr 4 ceny 147,60 zł, a w poz. 16 kosztorysu dla Zadania nr 16 ceny 184,50 zł. Nawet uwzględniając okoliczność, że wykonawca dąży do złożenia oferty zgodnej z warunkami zamówienia, na którą powołano się w odwołaniu, to i tak istniałyby dwie możliwości poprawienia treści oferty Odwołującego – albo poprzez dostosowanie ceny jednostkowej wskazanej w poz. 11 kosztorysu dla Zadania nr 4 do ceny jednostkowej wskazanej w poz. 16 kosztorysu dla Zadania nr 16, albo poprzez dostosowanie ceny jednostkowej wskazanej w poz. 16 kosztorysu dla Zadania nr 16 do ceny jednostkowej wskazanej w poz. 11 kosztorysu dla Zadania nr 4. Każda z tych cen mogłaby być ceną właściwą. Przy czym Izba wskazuje, że powoływanie się przez Odwołującego na okoliczność, że wołą każdego z wykonawców jest złożenie oferty zgodnej z warunkami zamówienia, może mieć dla dedukcji zamiaru Odwołującego jedynie znaczenie poboczne, ponieważ gdyby przyjąć pogląd Odwołującego, to w istocie możliwość odrzucenia oferty danego wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia miałaby charakter iluzoryczny, bowiem w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia wołą wykonawców jest złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Ponadto Izba nie uznała za zasadne stanowiska Odwołującego, że o konieczności dostosowania ceny wskazanej w poz. 16 (Zadanie nr 16) do ceny z poz. 11 (Zadanie nr 4) miałyby przesądzać fakt, że również w dwóch innych pozycjach (poz. 4 Zadanie nr 4 oraz poz. 4 Zadanie nr 16) zaoferowano ceny 147,60 zł. Izba za wiarygodne uznała twierdzenia Zamawiającego, że nie są to pozycje asortymentowe tożsame, czy podobne na tyle, aby mogły stanowić względem siebie obiektywny wyznacznik wytypowania ceny błędnej w danej pozycji oraz jej zmiany. Jak wyjaśnił Zamawiający w przedmiarze dla Zadania nr 4 (zakres podstawowy zamówienia) i Zadania nr 16 (zakres opcjonalny zamówienia) w kontekście pozycji kosztorysowych odpowiednio nr 11 (zakres podstawowy) i nr 16 (zakres opcjonalny) pn. Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ławy betonowej z oporem C12/15 ($V=0,12\text{m}^3/\text{m}$) Zamawiający z uwagi na specyfikę i technologię założonych do wykonania robót w opisie formularza wskazał konieczną do wykonania w ramach tej pozycji większą niż standardowo przyjmowaną ilość mieszanki betonowej, tj. 0,12 m³/m. Ilość ta

została wskazana celowo, aby podkreślić, że do wykonania tej pozycji należy uwzględnić znacznie większą ilość mieszanki betonowej, niż zakłada się to w standardowej wycenie przy założeniu normowego zużycia mieszanki betonowej wskazanej w katalogach norm, gdzie dla KNNR 6 0403-04 wynosi ona 0,039 m³/m, czyli zgodnie z katalogiem normowym nakład ten jest ponad trzy razy mniejszy (Zamawiający jako dowód załączył wyciąg z KNNR6) Dalej Zamawiający wskazał, że jest to istotne założenie, ponieważ analizując dokładnie nakłady materiałowe na jeden metr wykonania krawężnika na ławie betonowej o zwiększonym nakładzie do 0,12 m³/m do wyceny pozycji należy uwzględnić cenę jednego m³ mieszanki betonowej z betonu C12/15, która zgodnie z aktualną średnią ceną Sekocenbudu wynosi 998,16 zł (jako dowód Zamawiający załączył wyciąg z biuletynu Sekocenbud). Z uwagi na fakt, iż wartość ceny za jeden m³ mieszanki betonowej jest wysoka, Zamawiający celowo w opisie pozycji wskazał, że dla wykonania tej grupy robót należy uwzględnić w wycenie pozycji większe nakłady, tj. 0,12 m³ na jeden metr bieżący ławy z oporem. Tymczasem w ramach przedmiaru dla Zadania nr 4 (zakres podstawowy zamówienia) i Zadania nr 16 (zakres opcjonalny zamówienia) w kontekście pozycji kosztorysowych odpowiednio nr 4 (zakres podstawowy) i nr 4 (zakres opcjonalny) pn. Krawężniki betonowe o wymiarach 20x30 cm z wykonaniem ławy betonowej C12/15 (zjazdu + uszkodzony krawężnik) założona została standardowa ilość nakładów na ławę betonową, dlatego też w ramach opisu tych pozycji, jaki został zamieszczony w formularzu, Zamawiający nie wskazał żadnego dodatkowego zapisu co do ponadnormatywnych wymagań dla tej pozycji.

Mając na uwadze powyższe twierdzenia Zamawiającego, które w zasadzie nie zostały podważone, w ocenie Izby brak było możliwości stwierdzenia, że ceny we wszystkich czterech pozycjach kosztorysowych wskazanych przez Odwołującego powinny być tożsame. Zestawienie cen zaoferowanych w postępowaniu złożone przez Odwołującego na rozprawie jako dowód wykazuje wyłącznie, że praktyka wykonawców przy wycenie ww. pozycji dotyczących krawężników betonowych była różna. Nie dowodzi ono jednak tego, że jedyną prawidłową i powszechną praktyką powinno być oferowanie takich samych cen jednostkowych w pozycjach kosztorysowych nr 4 i 11 dla Zadania nr 4 oraz nr 4 i 16 dla Zadania nr 16, pomimo innej ilości mieszanki betonowej, jaką należało uwzględnić. Co więcej, dowód ten pośrednio potwierdza, że Zamawiający nie mógł wyłącznie w oparciu o treść oferty Odwołującego zdekodować, że cena wskazana w poz. 16 dla Zadania nr 16 była omyłkowa, a właściwą była cena wskazana z poz. 11 dla Zadania nr 4, skoro sam Odwołujący na potwierdzenie swojej tezy referuje do praktyki stosowanej przez innych wykonawców czy do różnic w cenach pomiędzy ofertami.

Izba ponadto stwierdziła, że dla uznania za dopuszczalne poprawienia zaoferowanej przez Odwołującego ceny w poz. 16 kosztorysu dla Zadania nr 16 (zamówienie opcjonalne)

nie jest wystarczające wskazanie na to, że to cenom podanym dla zakresu podstawowego należy przyznać zasadnicze i wiążące znaczenie. Jak zauważył Przystępujący Eurovia, a czego Odwołujący nie kwestionował, w ramach niniejszego zamówienia, zakres opcjonalny nie jest prostym zwiększeniem asortymentów z zamówienia podstawowego, bowiem oba te zakresy dotyczą innych odcinków dróg. Dlatego zgodzić należy się ze stanowiskiem Przystępującego Eurovia, że niekoniecznie musiało być tak, że to zakres podstawowy stanowił wyjście do obliczenia zakresu opcjonalnego. W szczególności, wykonawcy mogli osobno obliczyć zakresy prac dla zamówienia opcjonalnego i zamówienia podstawowego, a następnie wyciągnąć średnią cenę danego asortymentu i taką wpisać w formularz ofertowy dla obu zakresów. Nie jest także właściwe powoływanie się przez Odwołującego na orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2162/23 - wbrew stanowisku Odwołującego stan faktyczny obu spraw nie był analogiczny, nie można zaś tracić z pola widzenia tego, że Izba każdorazowo dokonuje oceny zarzutów w sposób zindywidualizowany, w konkretnym stanie faktycznym, w oparciu o dokumentację danego postępowania o udzielenie zamówienia, a ponadto z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego i twierdzeń oraz dowodów prezentowanych przez Strony i Uczestników.

Ponadto Izba wskazuje, że uprawnienie Zamawiającego do korekty omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może być realizowane wyłącznie, gdy nie skutkuje istotnymi zmianami w ofercie. Okoliczność, że Odwołujący nie zachował jednolitości cen wyłącznie w odniesieniu do poz. 16 w Zadaniu nr 16, nie przesądza o tym, że poprawienie oferty w tym zakresie nie prowadziłoby do istotnych zmian treści oferty. Idąc bowiem tym tokiem rozumowania należałoby uzależnić możliwość poprawienia tego rodzaju błędów w ofercie od ich liczby, stawiając arbitralnie w którymś miejscu uznaniową granicę, od której należy traktować dalsze ujednolicanie cen jednostkowych za niedopuszczalne. Zamawiający wyjaśniając treść SWZ jasno wskazał, że obowiązek ten ma dla niego istotne znaczenie (zapewne został on wprowadzony w celu uniknięcia sytuacji, w której ceny za zamówienie opcjonalne zostaną zawyżone, gdyż ocenie w kryterium podlegała wyłącznie cena za zamówienie podstawowe) i zastrzegł, że brak dochowania tego obowiązku będzie skutkowało odrzuceniem oferty. O istotności oświadczenia woli wykonawcy dotyczącego oferowanych cen jednostkowych świadczy również fakt, że wynagrodzenie za realizację zamówienia stanowi wynagrodzenie kosztorysowe, a zatem wskazane w kosztorysach ceny jednostkowe stanowią następnie na etapie realizacji zamówienia podstawę do ustalenia wynagrodzenia. Poprawienie błędu w ofercie Odwołującego prowadziłoby do rekonstrukcji jego oświadczenia woli w tym zakresie, przy czym rekonstrukcja ta byłaby efektem oparcia się na dorozumianej woli wykonawcy co do złożenia oferty zgodnej z SWZ, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie pozwala na wywiedzenie takiego wniosku. W okolicznościach przedmiotowej

sprawy, gdy w ofercie wskazano cenę jednostkową ustaloną w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ, a przyczyna takiego błędu nie jest możliwa do identyfikacji, jak i nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie sposobu dokonania poprawy, to poprawienie takiego błędu w oparciu jedynie o deklaracje Odwołującego co do jego zamiaru, prowadzące do dostosowania treści oferty do bezwzględnych wymagań wynikających z SWZ, należy uznać za niedopuszczalne. Zmiana taka nie mieści się w dyspozycji normy art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Należy także podkreślić, że nie każda nieprawidłowość w ofercie podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób pozbawiony sprzeczności, spójny i zrozumiały. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że brak zachowania wymaganej jednolitości cen dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, będzie skutkowało odrzuceniem oferty, a zastrzeżenie to nie zostało zaskarżone przez żadnego z wykonawców. Twierdzenie na obecnym etapie postępowania, że Zamawiający powinien był poprawić omyłkę w ofercie Odwołującego, doprowadzając do stanu jej zgodności z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy w SWZ jednoznacznie stwierdzono, że w takim przypadku oferta zostanie odrzucona, jest całkowicie bezzasadne. Działanie takie byłoby sprzeczne z zasadą przejrzystości i zasadą równego traktowania wykonawców. Jeżeli Odwołujący uważał, że Zamawiający powinien był wprowadzić postanowienia regulujące zasady poprawiania ewentualnych błędów, na co wskazywał podczas rozprawy, to powinien był w odpowiednim czasie, na etapie publikacji dokumentów zamówienia, skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Stanowisko Odwołującego o konieczności poprawienia jego oferty tym bardziej nie zasługuje na uwzględnienie, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, że Zamawiający w SWZ jednoznacznie wskazał na obowiązek zachowania jednakowych cen dla tożsamych pozycji zamówienia podstawowego i opcji, co więcej podkreślił tą okoliczność ponownie we wzorze formularza kosztorysu ofertowego – pod każdym Zadaniem zawarto szczegółową adnotację, które konkretnie pozycje tabeli zakresu podstawowego mają mieć taką samą wartość jak ceny podane w konkretnych pozycjach zamówienia opcjonalnego. Dla Zadania nr 4 (zamówienie podstawowe) Zamawiający wprost wskazał w formularzu, że ceny jednostkowe podane w ramach poz. 11 w tabeli zakresu podstawowego zamówienia winny mieć taką samą wartość jak cena jednostkowa podana w ramach poz. 16 w tabeli zakresu opcjonalny. Identyczna adnotacja została zawarta w formularzu dla odpowiadającego Zadaniu nr 4, Zadania nr 16 (zamówienie opcjonalne). Również odpowiadając na pytania wykonawców potwierdził, że zachowanie wymaganej jednolitości cen jest istotne i wymagane. W takiej sytuacji obowiązkiem wykonawcy było należyście wypełnić formularze

kosztorysów ofertowych, a następnie zweryfikować czy przypadkiem nie popełniono w tym zakresie błędu, na gruncie postanowień SWZ wykonawca powinien bowiem mieć świadomość, że taki błąd będzie skutkowało odrzuceniem jego oferty. Odwołujący nie dochował w tym zakresie wymaganej od niego jako podmiotu profesjonalnego należytej staranności, a odrzucenie jego oferty stanowi konsekwencję tego zaniechania.

Reasumując Izba wskazuje, że w rozpoznawanym przypadku poprawa oferty Odwołującego w sposób podnoszony przez Wykonawcę stanowiłaby istotną zmianę jej treści i wyraz dostosowania treści oferty Odwołującego do wymogów specyfikacji warunków zamówienia, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów Zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Powyższe wyklucza możliwość poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego była zatem niezgodna z warunkami zamówienia i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego COLAS jako najkorzystniejszej (zarzut nr 2), był zarzutem wynikowym względem zarzutu nr 1 (zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), opartym na tożsamych podstawach faktycznych i wiążanym z nieprawidłowym odrzuceniem oferty Odwołującego, wobec czego również był zarzutem niezasadnym.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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).

Przewodnicząca:

51