Sygn. akt: KIO 1464/15

WYROK
z dnia 20 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Przemysław Dzierzędzki
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDiA – Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BADERA" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą Dalachów** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu**
przy udziale wykonawcy **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDiA – Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BADERA" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą Dalachów** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDiA – Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BADERA" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą Dalachów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt: KIO 1464/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Całoroczne kompleksom utrzymanie autostrady A4 na odcinku od granicy Państwa RFN w km 0+000 do km 51+461 - obręb skrzyżowania z drogą powiatową nr 2272D za węzłem Krzyżowa, wraz ze wszystkimi jej elementami w okresie 72 miesięcy od daty podpisania Umowy.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 marca 2015 roku pod numerem 108860-2015.

10 lipca 2015 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu polegających na: wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54 — 215 Wrocław (dalej „ZABERD"), zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy ZABERD pomimo, że oferta Wykonawcy ZABERD zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz jest sprzeczna z treścią SIWZ; zaniechaniu przez Zamawiającego wyboru ofert Odwołującego jako Wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu, którego oferta nie podlega odrzuceniu i zawiera najkorzystniejszą liczbę punktów, po wcześniejszym wykluczeniu Wykonawcy ZABERD i odrzuceniu złożonej przez tego Wykonawcę oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy — przez jego niezastosowanie w odniesieniu − do oferty Wykonawcy ZABERD i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZABERD podczas gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny;

naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy — przez jego niezastosowanie w odniesieniu − do oferty Wykonawcy ZABERD i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZABERD podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona gdyż jest sprzeczna z SIWZ, w zakresie niezgodnego z SIWZ wypełnienia formularza cenowego Formularz 2.1;

naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy - przez jego wadliwą, wykładnię i zastosowanie − w odniesieniu do oferty Wykonawcy ZABERD podczas gdy oferta Wykonawcy ZABERD nie zawiera innej omyłki uprawniającej Zamawiającego do jej poprawy, a

obarczona jest błędem w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawie przez Zamawiającego;

naruszenie art. 87 ust. 1 in fine ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy **-** przez ich − niezastosowanie i prowadzenie przez Zamawiającego z Wykonawcą ZABERD negocjacji w zakresie złożonej przez tegoż wykonawcę oferty, celem takiego poprawienia tejże oferty, aby nie podlegała ona odrzuceniu; co jest niedopuszczalne, a nadto stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu;

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert; nakazanie dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy ZABERD; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej; oraz dopuszczenie i przeprowadzenie wszelkich dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczności tam wskazane; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych oraz kosztów zastępstwa prawnego radcy prawnego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że w interesie każdego Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek zaniechań oraz czynności podjętych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu w odróżnieniu od Wykonawcy wybranego ZABERD ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego. Biorąc ponadto pod uwagę, iż oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu rankingu ofert w drodze przyznanych przez Zamawiającego punktów, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, zwłaszcza mając na uwadze, że oferta z pozycji pierwszej podlega odrzuceniu. W związku z powyższym w przypadku nie uwzględnieniem niniejszego odwołania, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji spodziewanego dochodu.

Zważywszy na powyższe nie budzi wątpliwości, iż w przypadku należytego i zgodnego z prawem działania przez Zamawiającego oferta Odwołującego wybrana zostałaby jako najkorzystniejsza, a Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Tym samym zaskarżone w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania wprost pozbawiają

możliwości uzyskania zamówienia, czego jest narażenie Odwołującego skutkiem Odwołującego na poniesienie szkody, polegającej na nieuzyskaniu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia Odwołania.
Ponieważ Odwołujący w niniejszym postępowaniu podważa wybór oferty najkorzystniejszej, nie można uznać, iż nie wykazał interesu prawnego we wniesieniu odwołania w zakresie

podniesionych zarzutów, które winny doprowadzić do wykluczenia wykonawcy znajdującego się przed Odwołującym i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:
W dniu 03.07.2015r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę ZABERD. Odwołujący znalazł się na drugim miejscu listy rankingowej.
Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego i wyborem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZABERD, która winna zostać odrzucona.
Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt. 6 i 2 ustawy oraz art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Odwołujący wskazał, że zarzuty te są ze sobą na tyle sprzężone, że zostaną omówione wspólnie.
W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że oferta, która zajmuje pierwsze miejsce w rankingu w *„zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty”* z dnia 03.07.2015r. tj. oferta ZBRD ZABERD zawiera błąd w obliczeniu ceny.
Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 10 zawiera — *„Opis sposobu obliczania ceny oferty* W pkt. 10.2 SIWZ czytamy — *„Cena podana w Formularzu cenowym (Formularz 2.1) powinna być ustalona przez Wykonawcę w oparciu o kalkulacje własna Wykonawcy. ”*
Wskazany formularz jest elementem SIWZ zamieszczonym na stronie 23 i dalej SIWZ, a skoro tak oferta wykonawcy musi być zgodna z Formularzem 2.1. skoro jego treść stanowi SIWZ.
W w/w formularzu w kolumnie 4 winna zostać wskazana - „Cena *netto utrzymania jednostki elementu drogi przez 1 miesiąc wraz z opłatą z kolumny nr 6”* [wpisuje Wykonawca składający ofertę].
W w/w formularzu kolumna 6 zawiera — „Opłaty *za korzystanie z dróg zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985r. Zwanej opłatami elektronicznymi w ramach wykonywania usług, przez 1 miesiąc dla poszczególnych elementów. ”* [Wpisuje Wykonawca składający ofertę].
Dnia 20.05.2015r. Zamawiający w piśmie skierowanym do wszystkich wykonawców w ramach procedury wyjaśnień w związku z wątpliwościami Wykonawców wskazał — *w formularzu cenowym kolumna 6 w poszczególnych pozycjach nalepy podać wartość opłaty za korzystanie z dróg zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt. 3 ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985r. t Zwanej „opłatami elektronicznymi” w ramach wykonywania Usługi przez 1 miesiąc dla poszczególnych elementów ti. dla jednej jednostki danego elementu np. w poz. 1 — opłata dla 1 km/1 miesiąc.”* Odwołujący podniósł, że celowo wskazał przedmiotowe pismo Zamawiającego, gdyż jest ono niezwykle istotne. (Dowód: pismo z dnia 20.05.2015r. Zamawiającego nr O.WR.D-3.2413.33.2015.28.tm)

W tym miejscu pełnomocnik Odwołującego wskazał jedynie dla formalności jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych w zakresie charakteru wyjaśnień Zamawiającego:
- przekazując wyjaśnienia do SIWZ, zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmiany SIWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SIWZ, które wykonawcy musza brać pod uwagę sporządzając ofertę (wyrok KIO z 12 maja 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 729/10);
- udzielając wyjaśnień, zamawiający nie musi za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień (wyrok KIO z 2 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 917/10);

- zamawiający jest związany treścią odpowiedzi jakich udziela (wyrok KIO z 17 listopada 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 2401/10);
- Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 18 grudnia 2002 roku (sygn. akt V Ca 1311/02), wyjaśnienia do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości, iż w kolumnie 6 Formularza cenowego 2.1 zgodnie z wykładnią autentyczną Zamawiającego winna znaleźć sie opłata dla jednej jednostki danego elementu np. opłata za 1 kilometr, metr, metr kwadratowy, sztukę itd. Jednocześnie, aby cena oferty odpowiadała zapisom SIWZ wskazana opłata z kolumny 6 winna każdorazowo zawierać się w kolumnie 4 tj. Cenie netto utrzymania jednostki elementu drogi przez 1 miesiąc wraz z opłata z kolumny nr *6".* Wyraz ..wraz" nie pozostawia wątpliwości, iż cena wskazana w kolumnie 4 musi już uwzględnić opłatę z kolumny 6.

Odwołujący podniósł i zarzucił, że wskazana przez Wykonawca ZABERD w Formularzu 2.1. „formularzy cenowym" cena zawiera błędy w jej obliczeniu. Odwołujący przedstawia błąd w obliczeniu ceny na przykładzie z wiersza 4 *„Skarpy nasypu i skarpy wykopu".*

W odniesieniu do elementu drogi — *„Skarpy nasypu i skarpy wykopu"* w kolumnie 6 Wykonawca ZABERD wskazał wartość opłaty jako kwotę 5,00 zł. uwzględniając pismo z dnia 20.05.2015r. Zamawiającego z Wyjaśnieniami jest to jedna opłata dla jednej jednostki danego elementu czyli w tym konkretnym przykładzie 1 metra kwadratowego. Tym samym w kolumnie nr 4 Wykonawca winien wskazać *Cena netto utrzymania jednostki elementu drogi przez 1 miesiąc wraz* z *opłatą z kolumny nr 6"* Skoro opłata z kolumny nr 6 wynosi 5,00 zł to w kolumnie nr 4, która musi uwzględniać tę opłatę cena winna być wyższa o kwotę opłaty z kolumny nr 6 chociażby o 1 grosz, czyli w tym konkretnym wypadku winna to być co

---

najmniej kwota 5,01 zł. Tymczasem we wskazanej kolumnie nr 4 znalazła się jedynie wartość 0,01 zł czyli 1 grosz, co jest ewidentnym błędem w obliczeniu ceny.

Zarówno wartości z kolumny 4. jak i 6 wpisuje samodzielnie Wykonawca, a skoro tak jest on wyłącznie odpowiedzialny za wadliwe wypełnienie formularza cenowego, czyli błąd w obliczeniu ceny.

formularz 2.1. „formularzy cenowym" ZBRD ZABERD S.A. — TAK JEST

Lp. Utrzymanie Jednostk „ *Cena netto „Ilość elementów Opłaty* „ *Cena netto*
wskazanego a *Drogi wynikająca z za utrzymania utrzymania*
dokumentacji korzyst wskazanej jednostki elementu drogi miary
drogi projektowej/ anie z ilości elementu
dróg elementów przez I miesiąc wykonawczej/ 6 *1*
1 2 3 4 5
5,00 15 305,00 4 Skarpy nasypu M 2 0,01 1 530 000,0
i skarpy

formularzu 2.1. „formularzy cenowym" ZBRD ZABERD S.A. — TAK POWINNO BYĆ

Lp. Utrzymanie Jednostk „ *Cena netto* „ *Ilość elementów Opłaty* „ *Cena netto*
wskazanego a *Drogi wynikająca za utrzymania utrzymania*
z jednostki elementu elementu drogi miary *korzyst wskazanej*
I dokumentacji anie drogi przez z ilości
z projektowej/ wraz miesiąc dróg... elementów 5 *4* 6 *1* 1 2 3
2 1 530 000,0 5,01 5.00 7 665 300,00 4 Skarpy nasypu M
i skarpy

Zamawiający w w/w formularzu w kolumnie 5 wskazał – *„Ilość elementów Drogi wynikająca z dokumentacji projektowej/ wykonawczej/ poaudytowej "* [Wpisuje Zamawiający], a nadto w w/w formularzu w kolumnie 7 wskazano — „Cena *netto utrzymania wskazanej ilości elementów Drogi przez 1 miesiąc. "* [wartość kolumny nr 4 x wartość kolumny nr 5].

Tym samym skoro „cena końcowa" (kolumna 7) jest wynikiem mnożenia kolumny 4 (cena jednostkowa wraz z opłatą z kolumny 6) i kolumny 5 (ilość elementów drogi) to przy błędnie wypełnionej kolumnie 4 (bez uwzględnienia opłaty z kolumny 6) błędna jest też cena końcowa wskazana w kolumnie nr 7.

TAK JEST - 01 zł (kolumna 4) x 1530 000,00 (kolumna 5) = 15 300.00 zł (kolumna 7)

TAK POWINNO BYĆ - 5,01 zł (kolumna 4) x 1530 000,00 (kolumna 5) = 7 665 300.00 zł (kolumna 7).
Tak wypełniony przez Wykonawcę ZABERD Formularz 2.1 zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż nie ujmuje w cenie w kolumnie 4 kosztów opłaty z kolumny 6. która to opłata

każdorazowo winna była zostać wskazywana wraz z ceną właśnie w kolumnie 4. Należy mieć na uwadze pismo z dnia 20.05.2015r. Zamawiającego z Wyjaśnieniami, że opłata z kolumny 6 jest to jedna opłata dla jednej jednostki danego elementu czyli w tym konkretnym przykładzie 1 metra kwadratowego.
Skoro Formularz 2.1 jest częścią SIWZ i zawiera wiążące wskazania jak należy go wypełnić, aby wyliczyć cenę, a Zamawiający w piśmie wyjaśnił, jak należy rozumieć wartość opłaty z kolumny 6, które to wyjaśnienie jest wiążące to nie ujęcie w kolumnie 4 opłaty z kolumny 6 przez Wykonawcę ZABERD jest z całą pewnością niezastosowaniem się do wskazanego opisu wyliczenia ceny w SIWZ. a skoro tak zawiera błędy w obliczeniu ceny. Taka oferta winna zostać w konsekwencji odrzucona stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy.
Błąd tylko we wskazanym przykładzie powoduje zwiększenie ceny oferty o kwotę 7.650.000.00 zł (7 665 300,00 zł - 15.300,00 zł). Powoduje to automatycznie dużo gorszą pozycję Wykonawcy ZABERD w ranking Wykonawców.
Wskazany powyżej w zestawieniu tabelarycznym błąd w obliczeniu ceny Wykonawcy ZABERD dotyczy wszystkich wierszy formularza, co jaskrawo widać dla następujących elementów drogi:

Lp. 2 - „Oznakowanie pionowe”
Lp. 6 — „Oświetlenie”
Lp. 8 - „Urządzenia BRD inne niż bariery i barieroporęcze”
Lp. 17 — „Studzienki rewizyjne”
Lp. 18 — „Wpusty (węzły, obiekty mostowe, w ciągu drogi)”
Lp. 19 — „Koryta ściekowe”
Lp. 23 — „Roślinność wysoka (drzewa/krzewy także z pasa dzielącego)”.

Sposób obliczenia ceny został wskazany przez Zamawiającego w SIWZ w pkt. 10. Formularzu 2.1» oraz piśmie z wyjaśnieniami z dnia 20.05.2015r.. który był wiążący dla wszystkich Wykonawców. Sposób obliczenia ceny przyjęty przez Wykonawcę ZABERD jest odmienny od tego, który został ustanowiony przez Zamawiającego we wskazanych powyżej dokumentach. Innymi słowy okoliczność, że Wykonawca ZABERD odstąpił od obliczania ceny w sposób ustalony przez Zamawiającego, które to odstąpienie polegało na wskazaniu ceny w kolumnie 4 bez wartości opłat z kolumny 6 we wszystkich wierszach formularza cenowego, co mieści się w pojęciu *..błędu w obliczeniu ceny"* i stanowi jej modelowy wręcz akademicki przykład. W konsekwencji oferta Zamawiającego, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny winna zostać odrzucona stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy.
W tym miejscu przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 1 października 2012 r. sygn. akt KIO 1516/12, KIO 1994/12 zwróciła uwagę, że błąd w obliczeniu ceny *"to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu*

niewłaściwych danych. wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego” (tak też KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 roku sygn. akt: KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08).
Nie ulega wątpliwości, iż to sam Wykonawca ZABERD S.A. odpowiedzialny był za wypełnienie kolumny 4 oraz kolumny 6 i przyjął w nich niewłaściwe dane, za co winien ponieść odpowiedzialność.

Wobec powyższego bezspornym jest że formularz ofertowy Formularz 2.1. stanowiący element SIWZ nie został wypełniony przez Wykonawcę ZABERD w sposób, jaki wymagał tego Zamawiający i w tym zakresie należy dostrzec niezgodność treści złożonej przez Wykonawcę ZABERD oferty z SIWZ. a ściślej z Formularzem 2.1. który wprost wskazuje co winno znaleźć sie w kolumnie nr 4 oraz kolumnie nr 6 oraz jak należy rozumieć wartość opłaty z kolumny nr 6. Pamiętamy pismo z dnia 20.05.2015r. Zamawiającego z Wyjaśnieniami jest to jedna opłata dla jednej jednostki danego elementu. Konsekwencja

takiej wadliwości oferty Wykonawcy ZABERD jest jej niezgodność z SIWZ. która winna stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zostać odrzucona.
Pomimo tak oczywistego błędu w obliczeniu ceny w ofercie Wykonawcy ZABERD oraz pomimo oczywistej niezgodności oferty Wykonawcy ZABERD z SIWZ Zamawiający zaniechał odrzucenia tejże oferty, a co gorsza rozpoczął procedurę „wyjaśniania wątpliwości i poprawiania omyłek."
W piśmie z dnia 30.06.2015r. nr O.WR.D-3.2413.33.2015.43.tm Zamawiający (wysłanym wg pieczątki dnia 29.06.2015r., czyli dzień przed sporządzeniem) wezwał Wykonawcę ZABERD do złożenia wyjaśnień. Wskazane pismo z kilku powodów budzi istotne wątpliwości Odwołującego, stąd koniecznym będzie w pewnych fragmentach niekiedy dłuższych jego zacytowanie.
Po pierwsze Zamawiający w piśmie wzywającym do wyjaśnień oczywiście kolumny 6 Formularza 2.1 już w treści wyjaśnień powołuje się na treść swojego pisma, a jakże z dnia 20.05.2015r., w którym to piśmie skierowanym do wszystkich wykonawców w ramach procedury wyjaśnień w związku z wątpliwościami Wykonawców Zamawiający wskazał — *„w* formularzu cenowym kolumna 6 *w poszczególnych pozycjach należy podać wartość opłaty za korzystanie z dróg zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt. 3 ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985r., Zwanej „opłatami elektronicznymi" w ramach wykonywania Usługi* przez 1 miesiąc dla poszczególnych elementów tj. dla jednej jednostki danego elementu np. w poz. 1 — opłata dla 1 km/l miesiąc." Odwołujący wskazała, że celowo uporczywie przytacza wskazane pismo, bo jest ono kluczowe dla niniejszego postępowania.
W tym miejscu godzi się przypomnieć, iż pismo to jest wyjaśnieniem, które wiąże Zamawiającego, jak i wszystkich wykonawców, którzy musza się do niego stosować. Wyroki KIO i sądu powszechnego przytoczono w odwołaniu.

Pomimo tak jednoznacznego pisma z wyjaśnieniami z dnia 20.05.2015r., które jest treścią SIWZ, pisma sporządzonego przez samego Zamawiającego, Zamawiający pyta Wykonawcę

1. *„czy w kolumnie 6 formularza cenowego oferty, Wykonawca podał opłatę drogową zgodnie z wyjaśnieniem udzielonym przez Zamawiającego w piśmie O.WKD 3.2413*33.2015.28.tm z dnia 20.05.2015, tj. wartość opłaty za korzystanie z dróg zgodnie z art. 13, ust. 1 pkt. 3 ustawy o drogach publicznych w ramach wykonywania usługi przez 1 miesiąc dla poszczególnych elementów, czyli na przykładne 1 pozycji formularza cenowego opłata za korzystanie z dróg w wysokości 10,00 odnosi się do 1 km odcinka Drogi wraz Z elementami w okresie 1 miesiąca dla tego elementu; W przypadku, gdy odpowiedź na powyższe pytanie będzie twierdząca, proszę o wskazanie na przykładne 2 pozycji formularza cenowego, sposobu obliczenia certy netto utrzymania jednostki elementu Drogi (oznakowanie pionowe z a cenę utrzymania 0,90 zł netto)*
2. *czy w kolumnie 6 formularza cenowego oferty, Wykonawca podał opłatę drogową za utrzymanie łącznej liczby elementów Drogi wskazanej w kolumnie 5 przez 1 miesiąc, czyli na przykładzie 1 pozycji formularza cenowego opłata w wysokości 10 zł wskazana w kolumnie nr 6 formularza cenowego to opłata ponoszona przez wykonawcę dla utrzymania 51,461 km drogi w okresie 1 miesiąca, co oznacza* że *Wykonawca skalkulował opłatę za korzystanie z drogi dla jednego kilometra w wysokości 0,1943 zł?*

Tym samym sam Zamawiający pyta Wykonawcę, czy ten zastosował się do pisma z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 20.05.2015r., do którego miał bezwzględny obowiązek się zastosować każdy Wykonawca, czy też się do niego nie zastosował. Każdy kto zapozna się z treścią Formularza 2.1 Wykonawcy ZABERD od razu widzi, że oczywiście Wykonawca ZABERD nie zastosował się do wskazanego pisma, gdyż w kolumnie 4 nie ujął opłaty z kolumny 6, która winna być wskazana *dla jednej jednostki danego elementu np. w poz. 1 — opłata dla 1 km/l miesiąc (pismo* z dnia 20.05.2015r. Zamawiającego z Wyjaśnieniami jest to jedna opłata dla jednej jednostki danego elementu czyli w tym konkretnym przykładzie 1 kilometra). De facto Zamawiający pyta — czy Wykonawca zastosował sposób obliczenia ceny wskazany w SIWZ, Formularzu 2.1 oraz wiążących wszystkich wykonawców — czy też go nie zastosował.
Odwołujący sygnalizacyjnie pod rozwagę Wysokiej Izby pełnomocnik oddaje treść samego wezwania do „wyjaśnień", które od razu zawiera odpowiedź, o czym szerzej w dalszej części odwołania.

W odpowiedzi Wykonawca ZABERD odpowiada pismem z dnia 1.07.2015r., że „wybiera opcję nr 2 zaproponowaną, mu przez Zamawiającego" i wskazuje: *„W kolumnie 6formularza cenowego określona została opłata drogowa z a korzystanie z dryg, w związku z*

utrzymaniem łącznej liczby danego elementu, podanej w kolumnie nr 5 w okresie (1) miesiąca — odpowiednio dla poszczególnych elementów formularza cenowego. Czyli np. dla pozycji nr 1 — podana w kolumnie nr 6, opłata 10 zj odnosi się — obejmuje łączną opłatę miesięczną z? korzystanie z drogi w związku z utrzymanie odcinka określonego w kolumnie nr 5 — to jest— 51,461 km"
Tym samym składając pismo o wskazanej treści Wykonawca ZABERD oświadcza wprost – nie zastosowaliśmy się do wyjaśnień Zamawiającego, gdyż opłata z kolumny nr 6 w naszej ofercie obejmuje „łączną liczbę danego elementu", a zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 20.05.2015r. miała obejmować dla przypomnienia ..jedną jednostkę danego elementu np. w poz. 1 - opłata dla 1 km/l miesiąc."
Takim oświadczeniem Wykonawca ZABERD przyznał się, że błędnie obliczył cenę oraz, że jego oferta sprzeczna jest z zapisami SIWZ.
W tak zaistniałych okolicznościach Zamawiający nie miał wyjścia i winien stosownie do art.: 89 ust 1 pkt. 6 ustawy odrzucić ofertę Wykonawcy ZABERD, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny; lub stosownie do art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy odrzucić ofertę Wykonawcy ZABERD, gdyż oferta sprzeczna jest z SIWZ.

Tymczasem Zamawiający pismem z dnia 02.07.2015r. stosownie do art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy „poprawia inną omyłkę" w formularzu cenowym Wykonawcy ZABERD w kolumnie 6 stosownie do odpowiedzi udzielonej przez Wykonawcę ZABERD.
Wskazane działanie Zamawiającego jest sprzeczne z prawem, jako takie jest niedopuszczalne.
Zamawiający dokonując takiego „poprawienia innej omyłki" po pierwsze działa wbrew własnym wyjaśnieniom z pisma z dnia 20.05.2015r.. które są wiążące dla Zamawiającego, jak i wszystkich Wykonawców! Pamiętamy pismo z dnia 20.05.2015r. Zamawiającego z Wyjaśnieniami jest to jedna opłata dla jednej jednostki danego elementu! Tym samym sam Zamawiający postępuje sprzecznie z SIWZ. Identycznie Wykonawca, który oświadcza wprost, że skalkulował cenę inaczej niż wskazywał SIWZ, Formularz 2.1. jak i wyjaśnienia Zamawiającego. Takie postępowania Zamawiającego jest niedopuszczalne i sprzeczne z art. art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, który w ogóle nie ma zastosowania do niniejszego stanu faktycznego. Jeśli Zamawiający chciał rozważyć możliwość „poprawienia innej omyłki" stosownie do art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy winien zastosować następujący tok myślowy:
- występuje niezgodność w ofercie Wykonawcy ZABERD z SIWZ i postanowieniami Formularza 2.1 oraz z pismem Zamawiającego z dnia 20.05.2015r., spełniona pierwsza przesłanka zastosowania art. 87. ust. 2 pkt. 3 ustawy — występuje inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ;
- poprawia omyłkę w postaci niezgodności oferty z SIWZ czyli logicznie należy ja poprawić,

tak, aby spełniała warunki zawarte w SIWZ (w realiach przetargu z Formularzem 2.1. i pismem Zamawiającego z dnia 20.05.2015r.) temu służy ten przepis, a skoro tak do każdej wartości w kolumnie nr 4 dodaję wartość opłaty z kolumny 6, gdyż w kolumnie nr 4 musi zostać zawarta cena wraz z opłatą z kolumny 6 (zgodnie z wykładnią autentyczną Zamawiającego). Pamiętamy pismo z dnia 20.05.2015r. Zamawiającego z Wyjaśnieniami jest to jedna opłata dla jednej jednostki danego elementu:
Przykład poprawy zgodnie z SIWZ– jak wcześniejsze tabele
- obliczył Odwołujący różnicę tylko w tym jednym wierszu i widać, że wynosi ona 7.650.000.00 zł
(7 665 300,00 zł — 15.300,00 zł), co w efekcie daje różnicę w wysokości ok 1/6 całej ceny, co powoduje, że następuje „istotna zmiana oferty" złożonej *przez* Wykonawcę ZABERD, a skoro tak brak spełnienia drugiej przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, tym samym nie można zastosować procedury z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, gdyż nie spełniona została druga z przesłanek zastosowania tej procedury.
Zamawiający dokonał wadliwe wykładni art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy i wadliwie go zastosował.

Wskazany przepis służby do poprawiania oferty zgodnie do zapisów SIWZ w przypadku, gdy oferta nie odpowiada SIWZ. Zamawiający dokonując poprawienia innych omyłek stosownie do pisma z dnia 02.07.2015r. postąpił dokładnie odwrotnie, gdyż dokonał poprawienia omyłek wbrew swojemu wcześniejszemu stanowisku wskazanemu w wyjaśnieniach w piśmie z dnia 20.05.2015r.. a tym samym brew zapisom SIWZ. Przepis ten ma na celu poprawienie innych omyłek tak, aby oferta odpowiadała SIWZ, a skoro tak to Zamawiający poprawiając ja niezgodnie do zapisów SIWZ w ogóle nie rozumie tego przepisu i postąpił wbrew jego wykładni, a nadto zastosował go w sposób wadliwy, co uzasadnia podniesiony w odwołaniu zarzut.(Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 30.06.2015r., 0,WR.D-3.2413.33.2015.43.tm; pismo Wykonawcy ZABERD z dnia 01.07.2015; pismo Zamawiającego z dnia 02.07.2015r., O.WR.D-3.2413.33.2015.44tm).

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 87 ust. 1 in fine ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Odwołujący wskazuje, co następuje.
Po pierwsze Zamawiający w piśmie wzywającym do wyjaśnień z dnia 30.06.2015r. O.WR.D-3.2413.33.2015.43.tm formułuje pismo w taki sposób, aby od razu sugerować odpowiedź, bądź wybór odpowiedzi. Pismo zawiera pytania, w których już „na pierwszy rzut oka" widać odpowiedź, którą Zamawiający sam sugeruje. Zamawiający winien formułować pytania w sposób otwarty tak, aby to Wykonawca formułował odpowiedź, a nie wybierał z odpowiedzi wskazanych mu przez Zamawiającego. Takie działanie w ocenie pełnomocnika Odwołującego stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy jest to nic innego jak niedopuszczalne negocjacje między Zamawiającym, a Wykonawcą.

Zamawiający od razu w pierwszym piśmie przedstawia możliwe warianty odpowiedzi, z których jeden od razu dyskwalifikuje ofertę Wykonawcy, której cena wzrośnie do wielkości powodującej przesunięcie się na liście rankingowej poza pierwsze miejsce. Tym samym Wykonawca posiada wskazany od razu przez Zamawiającego „wybór" innego wariantu, który choć niezgodny z prawem pozwoli podjąć próbę sanowania błędu Wykonawcy, niestety dla Zamawiającego nieudolną (tak dla Zamawiającego, który w sposób ewidentny faworyzuje Wykonawcę ZABERD i dąży ponad przepisami do wyboru oferty tego Wykonawcy).
Odwołujący podniósł, iż wskazana powyżej korespondencja, jaka odbywała się między Zamawiającym, a Wykonawcą tj.: pismo Zamawiającego z dnia 30.06.2015r., O.WR.D-3.2413.33.2015.43.tm, pismo Wykonawcy ZABERD z dnia 01.07.2015, pismo Zamawiającego z dnia 02.07.2015r., O.WR.D-3.2413.33.2015.44tm stanowią niedopuszczalne negocjacje Zamawiającego z Wykonawcą. Niedopuszczalnym jest, aby Zamawiający w swoich pisma wskazywał odpowiedź Wykonawcy formułując dwa alternatywne „pytania" jednoznacznie sugerując w nich odpowiedź. Zamawiający całkowicie lekceważy zasadę zachowania uczciwej konkurencji wskazaną w art 7 ust. 1 ustawy.
W tym stanie sprawy Odwołujący podnosi, że między Zamawiającym, a Wykonawcą ZABERD doszło do niedopuszczalnych negocjacji we wskazanej korespondencji. Nie sposób nie zauważyć, iż Zamawiający zasugerował w pierwszym piśmie Wykonawcy jakiej odpowiedzi oczekuje. Wykonawca oczywiście odpowiedzi tej udzielił. Następnie Zamawiający ofertę Wykonawcy, a takie „dostosował" Wykonawca zaakceptował dostosowanie. Takie działania Zamawiającego jednoznacznie przesądzają o naruszeniu jednej z fundamentalnych zasad postępowania przetargowego tj. zachowania uczciwej konkurencji na każdym etapie postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępoania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępoania oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lipca 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do po stronie Zakład postępowania odwoławczego Zamawiającego wykonawcę Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone pisemnie i ustnie do protokołu.

Zamawiający 17 lipca 2015 roku (prezentata na piśmie) przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie.* Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uczestnik postępoania odwoławczego na posiedzeniu z udziałem stron złożył pismo z dnia 20 lipca 2015 roku *Pismo procesowe Odwołującego.*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron postępowania i uczestnika postępoania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował:
- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) zawiera błąd w obliczeniu ceny,*

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt*
- art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Zamawiający poprawia w ofercie (…) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona,*
- *art. 87 ust. 1 ustawy in fine - (...)niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcom negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści,*
- art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielnie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, co wskazała w piśmie procesowym wezwał uprzednio wykonawcę do wyjaśnienia elementów ceny oferty w postępowaniu (z art. 90 ust. 1 ustawy) i w oparciu o informacje jakie zostały Zamawiającemu przedstawione w złożonych wyjaśnieniach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zawierające sposób kalkulacji cen jednostkowych - z wyjaśnień tych wynikało również, że sposób obliczenia poszczególnych cen jednostkowych elementów drogi uwzględniał w cenie jednostkowej dla danego elementu Drogi (podanej w kolumnie 4) oprócz robocizny, pracy sprzętu, materiałów także opłatę za

korzystanie z dróg. W wyniku uzyskanych informacji, Zamawiający korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień bowiem wysokość jednostkowej opłaty za korzystanie z dróg wskazane w kolumnie 6 w Formularzu Cenowym oferty była odmienna od jednostkowej opłaty za korzystanie z dróg w złożonych wyjaśnieniach. W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, że w kolumnie 6 Formularza cenowego określił opłatę drogową za korzystanie z dróg w okresie 1 miesiąca dla poszczególnych elementów Formularza Cenowego, czyli za utrzymanie łącznej liczby elementów drogi. Izba wskazuje, że w art. 87 ust. 1 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo do żądania wyjaśnień i nałożył na Zamawiającego obowiązek rzetelnej oceny ofert. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielnie

zamówienia. W tym wypadku Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował procedurę z art. 87 ust. 1 ustawy, pytanie jakie skierował do wykonawcy są wynikiem wiedzy jaką posiadał dokonując badania oferty a ich konstrukcja w ocenie Izby nie sugeruje odpowiedzi, jak twierdzi Odwołujący. Żaden z przepisów ustawy nie określa w jaki sposób Zamawiający ma konstruować pytania, jednocześnie cel jakiemu służy procedura wyjaśnień oferty uprawnia Zamawiających do jasnego, precyzyjnego, jednoznacznego określania pytań bądź wskazywania elementów, które mają zostać wyjaśnione. Lakoniczne, niezrozumiałe oraz nieodnoszące się do konkretnych elementów wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadziłoby do fałszywego stosowania procedury wyjaśnienia treści oferty. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie'' Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. Izba zaznacza, że Zamawiający wyjaśniał elementy oferty, które w ofercie zostały zawarte, w kolumnie 6. Jak wskazuje Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości* żądania *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał.* (...)W *przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia* **7** *kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)".* W orzeczeniu tym Sąd Okręgowy w sposób jednoznaczny wyjaśnił, że wszystkie wątpliwe dla Zamawiającego elementy oferty, które w niej są zawarte mogą podlegać wyjaśnieniu a tylko ich zupełny brak w ofercie będzie stanowił ich uzupełnienie a nie poprawę, gdyby taka była konieczna.

Niezależnie od wyjaśnień poczynionych w trybie art. 90 ustawy, Zamawiający był uprawniony

do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie cen podanych w kolumnie nr 6 z uwagi na to, jak wskazywał Odwołujący, że ceny w kolumnie 4 były np. niższe niż w kolumnie 6 a Zamawiający w trakcie postępoania przetargowego dokonał zmiany w zakresie kolumny 6 wskazując, że *w formularzu cenowym kolumna 6 w poszczególnych pozycjach należy podać wartość opłaty za korzystanie z dróg zgodnie z art. 13 ust. 1 pkt. 3 ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985r. t Zwanej „opłatami elektronicznymi" w ramach wykonywania Usługi przez 1 miesiąc dla poszczególnych elementów ti. dla jednej jednostki danego elementu np. w poz. 1 — opłata dla 1 km/1 miesiąc.*
Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09).
W rozpoznawanej sprawie omyłka w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego niewątpliwie miała charakter niezamierzony, na co wskazuje fakt, że wykonawca ten zastosował się do pierwotnej wersji określającej zakres danych jakie należało podać w kolumnie nr 6 tj. opłatę za korzystanie z dróg przez jeden miesiąc dla poszczególnych elementów. Istotne również jest to, że w kolumnie 4, w której wykonawcy obowiązani byli podać „cenę netto utrzymania jednostki elementu drogi przez 1 miesiąc wraz z opłatą z kolumny 6" wykonawca ten przedstawił ceny obejmujące opłatę za korzystanie z drogi dla jednostki danego elementu, co wykazał w wyjaśnieniach składanych w zakresie wielkości zaoferowanej ceny w postępowaniu. Potwierdza to również nieistotny charakter tej omyłki, bowiem dokonana przez Zamawiającego w obrębie kolumny 6 poprawa omyłki nie prowadzi do zmiany ceny oferty a polega jedynie na dokonaniu oczywistych działań arytmetycznych. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że wartości w kolumnie 6 przedstawione za pismem z dnia 2 lipca 2015 roku, tj. po dokonaniu poprawy omyłki uzyskał dokonując dzielenia wartości zawartych w kolumnie 6 przez dane z kolumny 5 – ilość elementów drogi wynikająca z dokumentacji projektowej / wykonawczej/ powykonawczej/ poaudytowej.

Niezamierzony charakter omyłki wynika również z wcześniej już podnoszonego przez Izbę argumentu a mianowicie, z faktu, że ceny z kolumny 6 w wielu przypadkach są wyższe niż te podane w kolumnie 4, tym samym nie mogły się zawierać w oferowanych cenach. Izba wskazuje również, że oczywistość omyłki jak i nieumyślny jej charakter wynika również z wyjaśnień prowadzonych przez Zamawiającego w trybie art. 90 ustawy, które nie stanowiły negocjacji z Zamawiającym lecz wyjaśnienia elementów zaoferowanej ceny.
W orzeczeniu Sądu Okręgowego w Krakowie czytamy: *Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki".* (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku sygn. akt XII Ga 429/09). W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie popełniona została przez wykonawcę właśnie taka niezamierzona omyłka, która w zakresie oceny złożonej oferty jest nieistotna a jednocześnie Zamawiający posiadał narzędzia do jej poprawienia. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy służy eliminowaniu z ofert między innymi omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które to błędy, jak w rozpoznawanym przypadku, nie powodują istotnej zmiany oferty.
Reasumując, Izba uznała, że w ofercie popełniono inną omyłkę, w wyniku poprawy której nie doszło do istotnej zmiany oferty – tj. doszło do prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz prawidłowego zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy – tym samym nie doszło do popełnienia błędu w obliczeniu ceny oferty, Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.
W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, Izba wskazuje, że odzwierciedleniem znajomości

wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. W złożonej ofercie omyłkowo wykonawca podał w kolumnie 6 dane jakie odpowiadały pierwotnemu wymaganiu Zamawiającego, jednocześnie doliczył w kolumnie 4 takie wartości (dla jednej jednostki danego elementu) jakie były wymagane przez Zamawiającego po zmianach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaznaczyć należy, że w tym przypadku Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej kwalifikacji omyłki jak również w sposób prawidłowy dokonał jej poprawy, co spowodowało, że odpadła podstawa odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

18

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

19