Sygn. akt KIO 3959/23

WYROK

Warszawa, dnia 17 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu29 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „DARZBÓR" D.M., K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K.S J.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.P. Usługi Leśne „SMREK", T.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C.T. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Andrychów

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa - Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Nadleśnictwo Andrychów:

a)unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu II,

b)unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „DARZBÓR" D.M., K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K.S., J.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.P. Usługi Leśne „SMREK", T.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C.T. w zakresie pakietu II

c)poprawienie w Formularzu ofertowym - Kosztorysie ofertowym - stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w poz. numer 24, kolumna G „Ilość", innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez wpisanie w kolumnie wartości „40"

d)powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Andrychów 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 D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „DARZBÓR" D.M., K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K.S., J.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.P. Usługi Leśne „SMREK", T.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C.T.tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Andrychów na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „DARZBÓR" D.M., K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne K.S., J.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.P. Usługi Leśne „SMREK", T.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą C.Tkwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wpisu od odwołania oraz 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 3959/23

UZASADNIENIE:

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Andrychów (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Andrychów w roku 2024", nr referencyjny: SA.270.3.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wdniu 7 listopada 2023 r. pod numerem: 2023/S 214-675894.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne „DARZBÓR" D.M., K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usług Leśne K.S., J.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.P. Usługi Leśne „SMREK", T.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą C.T. (dalej: „Odwołujący") w dniu 29 grudnia 2023 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2023 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej na pakiet II oraz unieważnienia postępowania w zakresie tego pakietu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p. oraz w zw. z art. 255 pkt 2) p.z.p. poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo, że nie była ona niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem zawierała omyłkę niepowodującą istotnej zmiany treści oferty i możliwą do poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p., skutkujące bezpodstawnym unieważnieniem postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Konsorcjum złożonej na pakiet II, a także poprawienia omyłki w ofercie Odwołujących w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p.

oraz o:

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego równowartości kwoty wpisu oraz kosztów, o których mowa w §5.2) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Pismem z dnia 19 grudnia 2023r. Zamawiający poinformował Odwołujących o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu II na podstawie art. 255 pkt 2) p.z.p. Przyczyną unieważnienia postępowania było odrzucenie jedynej oferty złożonej na tę część zamówienia przez Odwołujących.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. twierdząc, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający zarzucił Konsorcjum, że zmieniło ilość godzin objętych kosztorysem w pozycji nr 24 (prace wykonywane ręcznie z użyciem pilarki, kod czynności GODZ PILA) z 40 na 50.

W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego jest niezgodne z przepisami prawa.

Zamawiający zobowiązał wykonawców ubiegających się o zamówienie do złożenia mu ofert w formie dokumentu wedle narzuconego wzoru. Dokument jest tabelarycznym zestawieniem poszczególnych usług, czynności z zakresu gospodarki leśnej. Na opis przedmiotu złożyło się 26 wierszy odpowiadających poszczególnym czynnościom. Do każdej czynności Zamawiający przypisał w tabeli planowany rozmiar (ilość prac do wykonania) wedle przyjętych jednostek rozliczeniowych. Wykonawcy zostali zobowiązani do uzupełnienia cen jednostkowych netto, brutto, a w konsekwencji - ceny całkowitej oferty. Zamawiający udostępnił wykonawcom formularz w wersji edytowalnej, w tym także edytowalnej w kolumnie zawierającej ilości poszczególnych czynności.

Jedną z czynności objętych opisem przedmiotu zamówienia były prace wykonywane ręcznie z użyciem pilarki. Są to, w uproszczeniu, roboty pomocnicze względem pozyskania drewna, których wielkość Zamawiający oszacował na zaledwie 40 godzin w skali całego roku obowiązywania umowy.

Omyłka Konsorcjum w uzupełnieniu kosztorysu polegała na tym, że niecelowo zmieniło ono ilość godzin przewidzianych do wykonania w ramach wspomnianej czynności z 40 na 50.

Ofertowy sposób zawierania umowy o zamówienie polega na tym, że podmioty ubiegające się o kontrakty publiczne deklarują zamawiającym gotowość świadczenia za określoną cenę. Dlatego w prawie zamówień publicznych obowiązuje zasada niezmienności oferty. Jej urzeczywistnieniem jest m.in. art. 223 ust. 1 in fine p.z.p., w którym wskazano, że niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty, chyba że zachodzą szczególne okoliczności opisane w ust. 2 tego przepisu.

Jedna z takich okoliczności zaistniała właśnie niniejszej sprawie.

Otóż art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p. stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wspomniany zapis służy temu, aby unikać pochopnej eliminacji z postępowania wykonawców, którzy złożyli merytorycznie poprawne oferty, ale w sposób niecelowy popełnili błąd w ich treści, przy czym skala i okoliczności powstania tego błędu są na tyle niewielkie i nieistotne, że może i powinien zostać skorygowany. Dzięki omawianej regulacji formalizm procedury przetargowej doznaje wyłomu w zakresie nie mającym znaczenia dla istoty oferowanego świadczenia, odrzuceniu bowiem podlegać będzie oferta,

której treść będzie niezgodna ze specyfikacją w sposób „zasadniczy i nieusuwalny".
Pierwszą przesłanką dokonania korekty treści oferty jest niezamierzony charakter omyłki. Omyłka korygowana w omawianym trybie musi polegać na niecelowej niezgodności z SWZ, nie może być efektem świadomego działania wykonawcy. Znaczy to tyle, że „(…) umyślne zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust 2 pkt 3."
Kolejna, kluczowa kwestia wyłaniająca się na tle omawianej normy to ustalenie, na czym polega nieistotność zmiany oferty, która miałaby nastąpić w rezultacie usunięcia omyłki.
W literaturze przedmiotu formułuje się w tym zakresie następujące wytyczne:

- Istotność zmiany oferty należy oceniać w kontekście całości oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.
- Dozwolony jest zakres zmian, „(…) których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. (…) Istotność omyłki powinna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniłaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta – można rozważyć nieistotność omyłki."
- Za nieistotne łatwiej będzie uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych.
- Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. muszą mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, co następuje.
Odwołujący dokonali zmiany liczby godzin objętych pozycją nr 24 kosztorysu w sposób nieuświadomiony. W postępowaniu nie występują okoliczności, które mogłyby w najmniejszym stopniu uprawdopodobnić zamierzone działanie oferentów. Nie ma żadnego powodu, aby racjonalnie zakładać, że intencją Konsorcjum była chęć zaoferowania Nadleśnictwu wykonania 50 zamiast 40 godzin prac ręcznych z pilarką, tym bardziej, że ta wielkość, jak dodatkowo wyjaśniam poniżej, w kontekście rzeczywistego zakresu usług wykonywanych na podstawie zawartej umowy, ma charakter zaledwie szacunkowy.
Poprawienie omyłki, której dopuściło się Konsorcjum nie spowoduje istotnych zmian
oferty bowiem:
Po pierwsze: omyłka dotyczy zaledwie jednej spośród 26 pozycji kosztorysu.
Po drugie: czynności objęte omyłką są zaplanowane przez Zamawiającego w skali całkowicie marginalnej na tle całości przedmiotu zamówienia. Okres świadczenia usług ma bowiem trwać rok czasu, a sporny wiersz kosztorysu dotyczy tylko czterdziestu godzin, czyli pracy, która może być wykonana w ciągu zaledwie pięciu dni roboczych. Skala omyłki Konsorcjum to z kolei wyłącznie 10 godzin pracy, czyli nieco więcej niż jeden dzień roboczy (na 365 dni w roku obowiązywania umowy).
Po trzecie: całkowita wartość oferty Konsorcjum wyniosła 1.324.469,88 PLN brutto. Zmiana kosztorysu niecelowo dokonana przez Odwołujących ma wartość, wedle zaoferowanej stawki, tylko 864,00 PLN brutto. Jest to w rezultacie 0,065% całkowitej ceny ofertowej brutto.
Cała wartość czynności, której dotyczy omawiana omyłka, przy podstawieniu prawidłowej liczy godzin (40), będzie zatem stanowiła tylko 0,26% całkowitej ceny ofertowej brutto.
Cała wartość czynności, której dotyczy omawiana omyłka, przy podstawieniu nieprawidłowej liczby godzin (50), będzie zatem stanowiła tylko 0,33% całkowitej ceny ofertowej brutto.
Po czwarte: przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na zamówienie w omawianej części kwotę 1.302.505,83 PLN brutto. Okazuje się zatem, że skala cenowa omyłki wynosząca 864,00 PLN brutto stanowi 0,066% środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia.
Cała wartość czynności, której dotyczy omawiana omyłka, przy podstawieniu prawidłowej liczy godzin (40), będzie zatem stanowiła tylko 0,27% środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia. Cała wartość czynności, której dotyczy omawiana omyłka, przy podstawieniu nieprawidłowej liczby godzin (50), będzie zatem stanowiła tylko 0,33% środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia.
Po piąte: przedmiotem spornej czynności są prace pomocnicze, warte zaledwie kilka tysięcy złotych, a więc poboczne względem najistotniejszych elementów zamówienia, takich jak np.: pozyskanie drewna (kod czynności: CWD-D, łącznie ponad 5,5 tyś m3, cena łączna brutto ponad 1.000.000 PLN), koszenia (KOSZ UA, KOSZ UB, KOSZ UC, cena łączna brutto – 50.000 PLN), czy też czyszczenia wczesne i późne (CW-W, CPW, cena łączna brutto – ok. 100.000 PLN).
Po szóste: zgodnie z treścią pkt 3.1.3) SWZ, zakresy rzeczowe zestawione w załącznikach wchodzących w skład Załącznika nr 2 do SWZ (zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia) mają charakter szacunkowy. Z treści wzoru umowy wynika nadto, że Zamawiający nie ma obowiązku zlecenia wykonawcy całości czynności zadeklarowanych w kosztorysie, a zaledwie 70% (§1.4 wzoru umowy). Jednocześnie, w treści SWZ zastrzeżono możliwość skorzystania z

prawa opcji. Oznacza to, że przedmiotem niniejszego zamówienia w zakresie czynności GODZPILA nie musi być rzeczywiście liczba 40 godzin. Może to być faktycznie liczba znacznie mniejsza albo znacznie większa.
Po siódme: poprawienie spornej omyłki nie będzie miało żadnego wpływu na kolejność ofert w postępowaniu na pakiet II, bowiem Konsorcjum było jedynym podmiotem ubiegającym się o zamówienie w tym zakresie.
Po ósme: omawiana omyłka ma tę cechę, że Zamawiający jest stanie w prosty sposób ustalić prawidłową treść oświadczenia woli Konsorcjum poprzez podstawienie prawidłowej liczby godzin do zaoferowanej stawki. Nie dojdzie zatem do uzupełnienia treści oferty oraz poszukiwania przez Nadleśnictwo, ustalania treści oświadczenia woli oferenta. Oświadczenie to ma charakter oczywisty i jest dostrzegalne także dla każdego, zewnętrznego obserwatora.

W złożonej pismem z 16 stycznia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.
W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Zamawiający nie może bezkrytycznie podchodzić do informacji pozyskanych w trakcie prowadzonego postępowania. Każda informacja musi być przez zamawiającego zbadana, aby wykluczyć błędy w wyborze oferty najkorzystniejszej. Celem nadrzędnym jest bowiem wybór oferty zgodnej z warunkami zamówienia, a nie ewentualne sanowanie jej błędów na późniejszym etapie, czy to przed zawarciem umowy czy też już po zawarciu umowy w trakcie jej realizacji. Takie działanie wypaczałoby bowiem zasadę uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Odwołujący nie kwestionuje, iż wystąpiła przesłanka przewidziana w art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p., tj. treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Spór pomiędzy stronami dotyczy tego, czy Zamawiający zobowiązany był do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Kosztorys ofertowy nie stanowi przedmiotowego lub podmiotowego środka dowodowego, który może podlegać złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 lub złożeniu lub uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p. Kosztorys ofertowy stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy. Zasady doświadczenia życiowego jednocześnie wskazują, iż jakiekolwiek niezgodności oferty z SWZ mogą rodzić w przyszłości poważne konflikty.

Artykuł 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. stanowi wyjątek od ogólnej reguły zakazu dokonywania zmian w treści oferty, a wszystkie wyjątki muszą być stosowane w sposób przemyślany, ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji. (…)

Jednakże zmiany w kosztorysie, takie jak wystąpiły w niniejszej sprawie, nie mogą podlegać poprawieniu przez Zamawiającego, jako że stanowiłoby to zbyt daleką ingerencję.
Nie mają przy tym znaczenia okoliczności wskazywane przez Odwołującego, a związane z proporcją do całkowitej ceny ofertowej brutto. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja prowadziłaby do wniosku, iż Zamawiający może poprawić każdą omyłkę, o ile tylko przedstawia ona stosunkowo niewielką część ogólnej ceny brutto, co prowadziłoby do daleko idących nadużyć. Ustawodawca nie posłużył się odniesieniem do ogólnej wartości zamówienia, ale do istotności zmian w treści ofert. Jak wskazuje się w doktrynie jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest Wykonawca. Zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnej jego wyceny tym bardziej, że podana przez Zamawiającego w ramach poprawienia oferty cena byłaby dowolną ceną przyjętą przez Zamawiającego, co z zasady budzi wątpliwości lub ceną przyjętą po uzgodnieniach z Wykonawcą, co z kolei jest sprzeczne z zakazem prowadzenia negocjacji. Zamawiający ofertę może „poprawiać", ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu.

W niniejszym przypadku poprawa omyłki przez Zamawiającego zmieniłaby ostateczną wartość zamówienia (iloczyn ilości godzin i ceny), co jest niedopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj.

istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi z zakresu gospodarki leśnej. Przedmiot zamówienia został podzielony na części – IX pakietów. Postępowanie odwoławcze dotyczy pakietu II – leśnictwa: Roczyny-Rzyki.

W pakiecie II ofertę złożył tylko Odwołujący.

Zgodnie z pkt 13.4 lit. a) SWZ Wykonawca obowiązany był złożyć ofertę zawierającą *Formularz Oferty wraz z zawartym w nim Kosztorysem Ofertowym (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ)* Wzór kosztorysu zawierał podział na usługi oraz: l.p., nr poz. w STWPL, Kod czynności do rozliczenia, Czynność – opis prac, Jedn. Miary, Ilość, Cena jednostkowa netto w PLN, Wartość całkowita netto w PLN, Stawka VAT, Wartość VAT w PLN, Wartość całkowita brutto w PLN. Zamawiający udostępnił formularz w wersji edytowalnej (.xls). Wykonawca zobowiązany był wpisać cenę jednostkową netto w PLN. Po wprowadzeniu ceny jednostkowej automatycznie zmieniały się dane w kolejnych kolumnach, tj. Wartość całkowita netto w PLN, Wartość VAT w PLN oraz Wartość całkowita brutto w PLN.

W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział możliwość zlecenia wykonawcy dodatkowego zakresu rzeczowego w stosunku do każdej z pozycji kosztorysu ofertowego – Opcja.

Strony nie kwestionowały również faktu, że w załączonym przez Odwołującego kosztorysie w poz. numer 24 zamiast 40 godzin zostało wpisane 50 godzin.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wskazując: *W Ofercie nr 7 na Pakiet nr II Roczyny-Rzyki, Wykonawca zmienił ilość godzin w pozycji numer 24 w formularzu ofertowym Zamawiającego (ilość godzin z 40 na 50 – kod czynności do rozliczenia: GODZ PILA) co jest niezgodne z warunkami zamówienia.*

Z uwagi na powyższe, Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 ust. 2 ustawy Pzp.

Osią sporu pomiędzy Stronami było ty, czy Zamawiający był obowiązany poprawić ilość godzin na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp uznając, że jest to inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

Izba zważyła, co następuje:

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

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że godnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający poprawia w ofercie*: *3)* inne *omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy Pzp *W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki*.

Zgodnie z art. 255 pkt 2) ustawy Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.*

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p. oraz w zw. z art. 255 pkt 2) Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo, że nie była ona niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem zawierała omyłkę niepowodującą istotnej zmiany treści oferty i możliwą do poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) p.z.p., skutkujące bezpodstawnym unieważnieniem postępowania, jest zdaniem Izby zasadny.

W pierwszej kolejności niezbędne jest wskazanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz wzoru umowy, które rzutują na ocenę czy w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający obowiązany był poprawić ilość godzin na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp uznając, że jest to inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z Rozdziałem 3 pkt 3.1 ppkt 3) SWZ *Zakresy rzeczowe zestawione w załącznikach wchodzących w skład Załącznika nr 2 mają charakter szacunkowy*.

Rozdział 3 pkt. 3.6 *W stosunku do każdego Pakietu Zamawiający jest uprawniony zlecić Wykonawcy dodatkowy zakres rzeczowy w stosunku do każdej z pozycji kosztorysu ofertowego stanowiącego część Oferty („Opcja”)*. (…)

Zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy *Wskazane w SWZ ilości prac wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy (a wycenione przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym stanowiącym część Oferty), niezależnie od jednostki miary, w której zostały wyrażone, mają charakter szacunkowy. Ilości prac zleconych do wykonania w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy mogą być mniejsze od ilości przedstawionej w SWZ (…).*

Dalej, zgodnie z §3 ust. 1 wzoru umowy *Wykonawca będzie wykonywał Przedmiot Umowy na podstawie zleceń przekazywanych przez Przedstawicieli Zamawiającego (…).*

Zgodnie z § 11 ust. 3 wzoru umowy *Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie prac stanowiących przedmiot udzielonych Zleceń obliczane będzie na podstawie ilości odebranych prac, według Cen Jednostkowych, z zastrzeżeniem postanowień dot. Wskaźników Zwiększających oraz Waloryzacji (…)*.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie wykonawcy uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek, mianowicie: niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli oraz poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Izby, w realiach niniejszej sprawy, wyżej wskazane przesłanki zostały spełnione. Odwołujący oświadczył, że zmiana ilości godzin objętych pozycją nr 24 kosztorysu została dokonana w sposób nieuświadomiony. Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji przemawiającej za przyjęciem świadomego działania Odwołującego. Izba również nie znalazła podstaw żeby stwierdzić celowe działanie Odwołującego.

Z przytoczonych powyżej postanowień specyfikacji oraz wzoru umowy, jak również z oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie, wynika, że ilość prac wchodzących w zakres przedmiotu umowy ma charakter szacunkowy. Ilości te mogą zostać zmniejszone lub zwiększone. Nadto, wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy na podstawie zleceń przekazywanych przez Przedstawicieli Zamawiającego. Co za tym idzie poprawienie ilości godzin w poz. numer 24 Kosztorysu Ofertowego z „50" na „40" nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Dodatkowo, wyliczenia Odwołującego wskazane w treści uzasadnienia odwołania również potwierdzają, że poprawienie omyłki, której dopuścił się Odwołujący nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) oraz 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……