

Sygn. akt: KIO 2162/23

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2023 r. przez odwołującego Iqu Systems Sp. z o. o. w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o. o. w Warszawie przy udziale wykonawców:

– Sprint S.A. w Olsztynie przystępującego po stronie odwołującego,
– Dysten Sp. z o. o. w Zabrzu przystępującego po stronie zamawiającego,
orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Iqu Systems Sp. z o. o. w Olsztynie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Iqu Systems Sp. z o. o. w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego Iqu Systems Sp. z o. o. w Olsztynie rzecz zamawiającego Tramwaje Warszawskie Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 10 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2162/23

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż tablic systemu informacji pasażerskiej wraz z budową infrastruktury zasilającej na wybranych przystankach tramwajowych w Warszawie – nr sprawy DWZ/194/2022”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 8 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 048-140046, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie sektorowe na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w przetargu nieograniczonego.

W dniu 24 lipca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Iqu Systems sp. z o.o. ul. Marka Kotańskiego 6/A1.8D, 10-166 Olsztyn (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 223 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie w ramach wyjaśnień treści oferty Wybranego Wykonawcy niedozwolonych negocjacji treści jego oferty w zakresie cen jednostkowych niektórych elementów zamówienia wchodzących w zakres prawa opcji,
 - 2.art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp przez jego zastosowanie, tj. dokonanie niedozwolonej poprawy cen jednostkowych niektórych elementów zamówienia objętych prawem opcji oferty Wybranego Wykonawcy w wyniku przeprowadzenia negocjacji w tym zakresie,
 - 3.art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Dysten mimo oczywistej niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia opisanymi w ppkt 15.5 SWZ w zakresie cen jednostkowych niektórych elementów zamówienia objętych prawem opcji;
- Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

dokonanego 14.07.2023 r., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Dysten Sp. z o.o. w Zabrzu (dalej zwany także jako „wykonawca Dysten”) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Przedmiotem zamówienia jest dostawa z instalacją i rozmieszczeniem tablic systemu informacji pasażerskiej (dalej jako „tablice SIP”) wraz z budową infrastruktury zasilającej na wybranych przystankach tramwajowych w Warszawie oraz świadczenie napraw pozagwarancyjnych w okresie obowiązywania gwarancji. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwa zadania, z których pierwsze (zadanie 1) obejmuje dostawę 88 tablic SIP, natomiast drugie (zadanie 2) obejmuje dostawę 13 tablic SIP. Dostawa tablic SIP objęta zadaniem 1 jest zamówieniem podstawowym, natomiast dostawa tablic SIP objęta zadaniem 2 została objęta prawem opcji. Przedmiotowo dostawy w ramach obu zadań są tożsame, różnią się ilościowo.

Postanowieniem ppkt 15.5 tytułu 15 sposób obliczenia ceny oferty, rozdział I SWZ instrukcja dla wykonawców, zamawiający zastrzegł, że ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie mogą być niższe niż ceny za te same elementy zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. Wymóg ppkt 15.5 SWZ w zakresie sposobu kalkulowania ceny oferty jest szczególnie istotny dla zamawiającego, bowiem spośród ośmiu podpunktów w ramach tytułu 15 (podpunkty oznaczone numeracją od 15.1 do 15.8) jest to jedyny podpunkt, którego treść w całości została zapisana wytłuszczonym tekstem. Zatem zamawiający w ten sposób zwraca wykonawcom uwagę na szczególną istotność tego postanowienia SWZ. Czytając nawet pobieżnie SWZ nie sposób nie zwrócić na ten zapis uwagi. Zamawiający powtórzył to postanowienie wytłuszczonym tekstem we wzorze formularza oferty stanowiącym rozdział IV SWZ. Na dole strony drugiej formularza zawarto ostrzeżenie dla wykonawców w następującym brzmieniu: Uwaga: wszystkie ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie mogą być niższe niż ceny za te same elementy zamówienia w ramach zamówienia podstawowego.

W ramach formularza oferty wykonawcy obowiązani byli wskazać ceny jednostkowe i zbiorcze za dostawę tablic SIP w ramach zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji, ceny za wykonanie robót budowlanych na poszczególnych przystankach (instalacja tablic z wykonaniem przyłączy) w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji oraz wyceny napraw pozagwarancyjnych w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji. W ramach napraw pozagwarancyjnych wykonawcy zobowiązani byli wycenić i zaoferować ceny jednostkowe za 15 tożsamych czynności w ramach zamówienia podstawowego (tabela nr 3 w formularzu oferty) i prawa opcji (tabela nr 4 formularza oferty).

Za czynność wymiany zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza w pozycji l.p. 3 tabeli nr 3 w ramach zamówienia podstawowego wykonawca Dysten zaoferował cenę jednostkową 2.200,00 zł netto. Tą samą czynność w ramach zamówienia objętego prawem opcji w pozycji l.p. 3 tabeli nr 4 wyceniono na kwotę 370,00 zł. Czynność czyszczenia tablicy i słupa SIP w pozycji l.p. 6 tabeli nr 3 w ramach zamówienia podstawowego, tj. ramach zadania 1 wykonawca Dysten wycenił na cenę jednostkową netto 250,00 zł. Tą samą czynność w pozycji l.p. 6 tabeli nr 4 w ramach zamówienia objętego prawem opcji, tj. w ramach zadania 2 wykonawca wycenił na cenę jednostkową netto 200,00 zł.

Reasumując za czynność wymiany zasilacza wraz z ceną zasilacza wykonawca Dysten w ramach zamówienia objętego prawem opcji wskazał cenę jednostkową netto o 1.830,00 zł niższą niż w ramach zamówienia podstawowego. Natomiast za czynność czyszczenia tablicy i słupa SIP w ramach zamówienia objętego prawem opcji cenę jednostkową netto o 50,00 zł niższą niż w ramach zamówienia podstawowego. Tym samym oferta wykonawcy Dysten w zakresie cen jednostkowych za czynności napraw pozagwarancyjnych: wymiany zasilacza wraz z ceną zasilacza oraz czyszczenia tablicy i słupa SIP jest wprost niezgodna z warunkiem zamówienia zastrzeżonym zapisem ppkt 15.5 rozdziału I SWZ, ponieważ obie ceny jednostkowe za tożsame elementy zamówienia w ramach prawa opcji zostały wycenione niżej niż ceny jednostkowe za te elementy dotyczące zamówienia podstawowego.

W toku badania i oceny ofert zamawiający wystąpił do wykonawcy Dysten pismem z 01.06.2023 r., w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p., o wyjaśnienia treści oferty w zakresie ww. niezgodności. Zgodnie z wyjaśnieniami, będącymi odpowiedzią na to wezwanie, wykonawca określił nowe ceny jednostkowe za czynności wymiany zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza oraz czyszczenia tablicy i słupa SIP w ramach zamówienia objętego prawem opcji. Wykonawca Dysten wskazał, że cena jednostkowa za usługę wymiany zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza w zadania 2, tj. zamówienia objętego prawem opcji wynosi 2.200,00 zł. Natomiast cenę jednostkową za czynność czyszczenia tablicy i słupa SIP w ramach zamówienia objętego prawem opcji wykonawca określił na kwotę 250,00 zł netto. Zatem w ocenie odwołującego doszło do zmieniania treści oferty w zakresie ww. cen jednostkowych. Celem tego zabiegu było oczywiście doprowadzenie w tym zakresie treści oferty do zgodności z wymogiem określonym zapisem ppkt 15.5. rozdziału I SWZ.

W wyjaśnieniach treści oferty wykonawca Dysten wskazał, że przedmiotowa niezgodność jest efektem błędu ludzkiego, a za prawidłowe ceny należy przyjąć ceny jak dla zamówienia podstawowego. W wyjaśnieniach Dysten wniósł o poprawienie przedmiotowych cen jednostkowych jego oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

W dniu 16.06.2023 r. zamawiający wystosował do wykonawcy Dysten zawiadomienie w trybie art. 223 ust. 3 p.z.p., że w jego ofercie, w tabeli nr 4 „Formularz napraw pozagwarancyjnych – zakres opcjonalny”, dokonał poprawy innych omyłek polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (SWZ), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty zgodnie z jego wnioskiem, czyli – w poz. nr 3 - wymiana zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza – została poprawiona cena jednostkowa z 370,00 zł na 2 200,00 zł, tj. na taką cenę, jaka została określona dla tej samej czynności w tabeli nr 3 dotyczącej zakresu zamówienia podstawowego; – w poz. nr 6 - czyszczenie tablicy i słupa SIP – została poprawiona cena jednostkowa z 200,00 zł na 250,00 zł, tj. na taką cenę, jaka została określona dla tej samej czynności w tabeli nr 3 dotyczącej zakresu zamówienia podstawowego, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W dniu 14.07.2023 r. zamawiający, przy braku sprzeciwu wykonawcy Dysten co do poprawy jego ofert, dokonał wyboru jego oferty.

W świetle powyższego oczywistym dla odwołującego jest, że zamawiający i wykonawca Dysten w toku badania i oceny ofert dopuścili się niedopuszczalnego negocjowania treści oferty w zakresie niektórych cen jednostkowych w celu doprowadzenia do jej zgodności z jasno wyartykułowanym, istotnym warunkiem zamówienia, któremu wprost urągała oferta. Wybrany wykonawca złożył nową ofertę w tym zakresie, po terminie składania ofert, natomiast zamawiający ją przyjął. Doprowadzono do zmiany dwóch cen jednostkowych po terminie składania ofert, wprost niespełniających jasno wyartykułowanego warunku zamówienia, jedynie w oparciu o życzenie wykonawcy, bez jakichkolwiek obiektywnych i jasnych zasad określania tych cen. Na podstawie oferty wykonawcy Dysten, ani dokumentów zamówienia, nie sposób określić obiektywnie sposobu poprawy oferty w zakresie przedmiotowych cen jednostkowych, aż do momentu udzielenia wyjaśnień przez Dysten i określenia nowych cen za ww. usługi w ramach prawa opcji zamawiający nie potrafił samodzielnie dokonać poprawy niezgodności treści oferty. Zamawiający potrafił jedynie wskazać, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Nieprawdziwe jest twierdzenie wykonawcy Dysten, podniesione w wyjaśnieniach treści jego oferty, jakoby jedyny „logiczny i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego” sposób poprawienia jego oferty w zakresie ww. niezgodności może polegać jedynie na podwyższeniu cen jednostkowych przedmiotowych usług w ramach prawa opcji do cen wyższych za te czynności, zaoferowanych w zamówieniu podstawowym. Wykonawca zaproponował zamawiającemu sposób poprawienia cen jednostkowych jego oferty w sposób najbardziej korzystny dla siebie w momencie, kiedy już znał ceny wszystkich pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, co wprost urąga fundamentalnym zasadom p.z.p. - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Aby zadośćuczynić wymogowi określonymu zapisem ppkt 15.5 rozdziału I SWZ, równie dobrze można było dokonać poprawy cen zaoferowanych w ramach zamówienia podstawowego przez przepisanie tamże cen jednostkowych określonych w ramach prawa opcji (niższych) do zamówienia objętego zakresem podstawowym.

Tożsame usługi wymiany zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza oraz czyszczenia tablicy i słupa SIP wykonawca Dysten inaczej wycenił w ramach zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji. Podobnie różnie wyceniono osiem innych usług, oferowanych w zakresie napraw pozagwarancyjnych w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji. Wykonawca nie wyjaśnił, jak kalkulował te ceny na potrzeby obu części zamówienia oraz z czego wynikają różnice. Jednak faktem pozostaje ich zróżnicowanie.

W końcu wykonawca Dysten nie wyjaśnił w wyjaśnieniach, na czym polegał ów ludzki błąd. Skoro zaoferowano dwie różne ceny jednostkowe za tożsame usługi, ale świadczone w ramach realizacji dwóch części zamówienia, to równie dobrze można przyjąć, że błąd mógł polegać na nieopatrznej zamianie cen jednostkowych w tożsamych pozycjach między zadaniem 1 i zadaniem 2, tj. cen jednostkowych między zamówieniem podstawowym, a zamówieniem w ramach prawa opcji. Tak więc zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że jednym ze sposobów doprowadzenia oferty do stanu zgodności z warunkami zamówienia byłaby zamiana cen jednostkowych za naprawy pozagwarancyjne określonych w pozycjach 3 i 6 tabel 3 i 4. W ten sposób niższe ceny jednostkowe za te usługi zostałyby przypisane do wyceny za naprawy pozagwarancyjne w ramach zamówienia podstawowego, a wyższe do zamówienia w ramach prawa opcji. Oczywiście taka poprawa, choć z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego i logiki równie uzasadniona, to jest znacznie mniej korzystna dla wykonawcy Dysten.

Kolejnym, możliwym sposobem doprowadzenia cen jednostkowych do stanu zgodności z warunkami zamówienia, jest wpisanie dowolnych kwot cen jednostkowych za usługi określone w pozycjach 3 i 6 oferowanych zadaniu 2 (zamówienie w ramach prawa opcji), pod warunkiem, że kwoty te będą wyższe od cen jednostkowych za te usługi określone w ramach. Analogicznie można dokonać poprawy tej oferty przez wpisanie dowolnych cen jednostkowych niższych za realizację usług w ramach zamówienia podstawowego od cen określonych w ramach zamówienia objętego prawem opcji. Sama oferta nie wskazuje na żadną regułę w zakresie sposobu wyliczania cen jednostkowych jego oferty. Wykonawca Dysten w wyjaśnieniach treści swojej oferty twierdzi, że w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji wyceniane są te same czynności, stąd oczywiste, że wycena powinna być taka sama. Jednak tu trzeba zwrócić uwagę, że: - w ramach napraw pozagwarancyjnych dla zadania 1 (zamówienia podstawowego)

i zadania 2 (zamówienia w ramach prawa opcji) wykonawcy mieli wycenić 15 takich samych czynności, - wykonawca Dysten w swojej ofercie z 15 czynności składających się na naprawy pozagwarancyjne tylko 5 wycenił tak samo, jak ceny jednostkowe za tożsame czynności w zadaniu 1 i zadaniu 2 (ceny jednostkowe za pozycje nr 7, 8, 10, 11 i 15 tabeli 3 i tabeli 4 formularza ofertowego), - ceny jednostkowe za pozycje 3 i 6 wyceniane w ramach zamówienia objętego prawem opcji są niższe w porównaniu do cen za te usługi objęte zamówieniem podstawowym, - ceny jednostkowe za pozycje 1a, 1b, 2, 4, 9, 12, 13 i 14 oferowane w ramach zamówienia objętego prawem opcji są wyższe, czasem o kilkadziesiąt, a czasem kilkaset procent, od cen jednostkowych za te pozycje wyceniane w ramach zamówienia podstawowego.

Reasumując, jeśli wziąć za dobrą monetę stanowisko wykonawcy Dysten o oczywistości tego, że te same czynności wyceniane w ramach zamówienia podstawowego i prawa opcji powinny mieć takie same ceny, to w zakresie napraw pozagwarancyjnych 10 z 15 czynności zostało błędnie wycenionych, ponieważ posiadają różne ceny jednostkowe w zależności od tego, czy objęte są zamówieniem podstawowym czy zamówieniem w ramach prawa opcji. Przy okazji wyjaśnień treści oferty wykonawca dopuścił się zmian oferty w zakresie niektórych cen jednostkowych oferty. Zamawiający nie miał wiedzy, w jaki sposób doprowadzić treść oferty w zakresie cen jednostkowych do zgodności z warunkami zamówienia, kiedy zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty. W tym przypadku natomiast istnieje co najmniej kilka możliwości doprowadzenia tej oferty do zgodności z wymogiem określonym zapisem ppkt 15.5 rozdział I SWZ. Wykonawca Dysten wskazał korzystniejszy dla siebie sposób „korekty” oferty, nie wyjaśniając zasadności takiego rozwiązania, po terminie składania ofert, znając wycenę innych ofert. Co więcej wyjaśnienia są niespójne, bowiem sugerują, że inne ceny jednostkowe większości czynności w ramach napraw pozagwarancyjnych również zostały błędnie przez niego zaoferowane. W końcu wykonawca Dysten w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że zaoferowane ceny w pozycjach 3 i 6 w zakresie zamówienia objętego prawem opcji ma charakter omyłki, tj. przypadkowego, niezamierzonego błędu.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, poprawa oferty w zakresie błędnie zaoferowanych cen jednostkowych nie jest dopuszczalna, a zamawiający i wykonawca Dysten dopuścili się zakazanego negocjowania treści oferty po terminie składania ofert. Oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia określonymi zapisem ppkt 15.5 rozdziału I SWZ na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. czego zamawiający zaniechał.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców Sprint S.A. ul. Jagiellończyka 26, 00-140 Olsztyn, który zgłosił przystąpienie po stronie odwołującego i Dysten Sp. z o.o. ul. Grunwaldzka 91, 41-800 Zabrze, który zgłosił przystępującego po stronie zamawiającego (dalej zwanego „przystępującym Dysten”). Przystępujący Dysten przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Złożona przez przystępującego Dysten oferta była sprzeczna z brzmieniem pkt 15.5 tytułu 15 SWZ dotyczącego sposobu obliczenia ceny oferty, gdzie zamawiający zastrzegł, że ceny jednostkowe w ramach zamówienia z prawa opcji nie mogą być niższe niż ceny za te same elementy zamówienia w ramach zamówienia podstawowego. W swoim formularzu ofertowym przystępujący, w tabeli nr 4 formularz napraw pozagwarancyjnych – zakres opcjonalny (str. 11 formularza oferty Dysten), w poz. 3 wymiana zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza, podał cenę jednostkową netto 370,00 zł, co zamawiający, który skorygował wadę oferty, zmienił na 2 200,00 zł (cena oferty przystępującego za tą pozycję z formularza dotyczącego zakresu podstawowego), zaś w poz. 6 czyszczenie tablicy i słupa SIP, podano cenę jednostkową netto 200,00 zł, co zamawiający skorygował na 250,00 zł (cena oferty przystępującego za tą pozycję z formularza dotyczącego zakresu podstawowego). Zatem przystępujący Dysten, wbrew wymogowi z pkt 15.5 SWZ, w dwóch pozycjach formularza oferty

dotyczącego prawa opcji podał ceny niższe niż te, które zaoferowano w tych samych pozycjach dla zamówienia podstawowego. Zamawiający dokonał poprawy formularza ofertowego i zmienił te dwie ceny jednostkowe na takie, jakie podano w zamówieniu podstawowym. Dokonano także arytmetycznych konsekwencji poprawienia omyłki (zmiana ceny całkowitej napraw pogwarancyjnych brutto – zamówienie z prawa opcji z 63 343,77 zł na 68 460,57 zł, zmiana ceny całkowitej oferty brutto z 9 703 060,71 zł na 9 708 177,51 zł).

Z powyższym nie zgodził się odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie w ramach wyjaśnień treści oferty przystępującego Dysten niedozwolonych jej negocjacji w zakresie cen jednostkowych niektórych elementów zamówienia wchodzących w zakres prawa opcji (zarzut nr 1), art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. poprzez niedozwoloną poprawę cen jednostkowych niektórych elementów zamówienia z prawa opcji w wyniku przeprowadzonych negocjacji (zarzut nr 2), a także art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenie oferty przystępującego Dysten wobec jej niezgodności z warunkami zamówienia, tj. z pkt 15.5 SWZ w zakresie cen jednostkowych niektórych elementów zamówienia objętych prawem opcji.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone.

Nie potwierdziło się w materiale procesowym, aby w przetargu doszło do niedopuszczalnego negocjowania treści oferty w zakresie dwóch wadliwych cen jednostkowych dotyczących prawa opcji. Izba zweryfikowała dokonane przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające prowadzone w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. – wezwanie zamawiającego z dnia 1 czerwca 2023 r. wraz z udzieloną w jego wyniku przez przystępującego Dysten odpowiedzią z dnia 14 czerwca 2023 r., i stwierdziła, że czynności zamawiającego były prawidłowe.

Skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 223 ust. 1 p.z.p., kiedy w toku badania i oceny ofert zamawiający zauważy, że weryfikowana oferta posiada wadę, jest całkowicie uzasadnione i racjonalne, ponieważ jest niezbędne dla ustalenia czy w ogóle doszło do popełnienia przez wykonawcę omyłki, którą zgodnie z ustawą p.z.p. zamawiający jest zobligowany poprawić. Zamawiający powinien zapytać wykonawcę o okoliczności dotyczące sporządzenia oferty, co pozwoli mu na zweryfikowanie czy powinien, a następnie w jaki sposób, poprawić zaistniały błąd, aby przywrócić treść oferty do brzmienia zgodnego z zamiarem wykonawcy ją składającego. Należy także odróżnić skorzystanie z udzielonych wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy w treść złożonej oferty. O ile poprawa omyłki jest samodzielną czynnością zamawiającego, dokonywaną bez udziału wykonawcy, to jednak często nie należy pomijać etapu zapytania wykonawcy o okoliczności związane z dostrzeżonym błędem i nie będzie to automatycznie skutkowało prowadzeniem nieuprawnionych negocjacji. Ustawodawca zakazał bowiem negocjacji treści oferty, co oznacza sytuację, kiedy udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia nie służą do prawidłowej rekonstrukcji oświadczenia woli zawartego w ofercie, a skutkują powstaniem nowej treści oferty – poprzez uzupełnienie jej danymi, które z jej brzmienia nie wynikają.

W ustalonym stanie rzeczy uzyskane przez zamawiającego wyjaśnienia dotyczą odtworzenia treści oferty przystępującego Dysten i nie są nieuprawnionymi negocjacjami. Przystępujący odnosił się do sposobu rozumienia treści, jakie zawiera złożona przez niego oferta, nie wychodząc poza jej zakres. W toku wyjaśnień nie wprowadzono do oferty nowego elementu, który by się w niej pierwotnie nie znajdował. Dane do poprawy omyłki zostały zawarte w formularzu ofertowym. Dysponując danymi z oferty przystępującego Dysten zamawiający mógł samodzielnie ją poprawić, poprzez doprowadzenie do zgodności oświadczenia złożonego w ofercie z zamiarem, jaki towarzyszył złożeniu oferty, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z jej treści, czyli bez podejmowania negocjacji z wykonawcą. Zatem zarzut nr 1 z *petitum* odwołania, dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p., został przez Izbę oddalony jako zarzut bezpodstawny.

Skład orzekający nie znalazł także uzasadnionych podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. stwierdzając, co następuje. Jak wcześniej wskazano, oferta przystępującego Dysten, w zakresie dwóch cen jednostkowych z formularza ofertowego dotyczącego prawa opcji, była niezgodna z wymaganiami zamawiającego w przedmiocie konieczności zaoferowania w ramach opcji cen nie niższych niż dla zamówienia podstawowego (pkt 15.5 SWZ). Zamawiający dokonał poprawy spornej treści formularza ofertowego przystępującego, zgodnie z informacją z dnia 16 czerwca 2023 r., co zdaniem Izby zostało dokonane w sposób obiektywnie właściwy.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający jest zobowiązany poprawić w ofercie inne pomyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie: „Poprawienie nieprawidłowości występujących w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy p.z.p. [obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – przyp. Izba] jest zatem uzależnione od spełnienia dwóch przesłanek - (1) niedokładność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania (tak: Sąd Okręgowy w Krakowie, sygn. akt XII GA 429/09 „Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp”), zaś (2) treść oferty nie może się zmienić (por. wyroki KIO z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11, z 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1127/10, z 12 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1610/10). Co więcej - nawet okoliczność, że zmiana dotyczyłaby elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Relewantne pozostaje tu bowiem wyłącznie ustalenie, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Innymi słowy - jeśli poprawienie omyłek nie rzutuje na treść oświadczenia woli przystępującego wykonawcy, to nie ma przeszkód, by takiej poprawy w istocie dokonać”. (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.08.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 540/18).

W ocenie Izby poprawienie tzw. innej omyłki jest właściwym dla ustawy p.z.p. trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli zawartych w ofercie, pozwalającym na sanowanie zaistniałych wad, będących wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Przede wszystkim omyłki powinny mieć charakter niezamierzonego działania, kiedy bowiem popełniono świadomy błąd i wadliwa treść oferty odpowiada intencji wykonawcy, zamawiający nie ma podstaw do poprawienia oferty wbrew woli przedsiębiorcy ją składającego. Wtedy nie mamy do czynienia z omyłką, a z wadą będącą skutkiem celowego działania wykonawcy (np. z powodu wadliwego zrozumienia treści dokumentacji postępowania).

Podobnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie „Po pierwsze więc - bezdyskusyjnie - zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Jako przykład często wskazuje się sytuację gdy wykonawca umyślne zastosował w ofercie materiał całkowicie odmienny od projektu błędnie uznając, iż spełnia on wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ. Analogicznie należy traktować sytuację gdy ktoś postanawia świadomie i z pełną odpowiedzialnością za tę decyzję zastosować inną technologię niż jest wymagana uznając, iż mieści się w granicach SIWZ czy Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ)”. (tak wyrok z Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.07.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 406/18).

Z materiału procesowego wynika, że do wady oferty przystępującego Dysten nie doszło wskutek popełnienia świadomego błędu, a przyjęcie, że wola wykonawcy było złożenie oferty niezgodnej z SWZ jest sprzeczne z pozostałą treścią formularza ofertowego. Analiza oferty wskazuje, że przystępujący znał i zastosował wymóg zamawiającego określony w pkt 15.5 SWZ dla kilkunastu pozostałych pozycji formularza ofertowego dotyczących prawa opcji. Nie może być zatem mowy o przypadkowym, prawidłowym wypełnieniu oferty w tak znaczącej liczbie pozycji, bez świadomości i zamiaru spełnienia przedmiotowego wymagania. Skoro przystępujący Dysten miał świadomość tego wymogu SWZ i starał mu się zadośćuczynić, to oczywistym jest, że intencją towarzyszącą złożeniu oferty było zachowanie wskazanego wymagania również dla poz. 3 (wymiana zasilacza tablicy wraz z ceną zasilacza) i poz. 6 (czyszczenie tablicy i słupa SIP) formularza ofertowego dotyczącego prawa opcji. Dokonując więc rekonstrukcji oświadczenia woli przystępującego Dysten, mając na uwadze wszystkie elementy złożonej oferty, nie sposób przyjąć innego założenia niż to, że właściwie odczytano wymagania SWZ, a w dwóch pozycjach tabeli doszło do ludzkiego błędu o charakterze niecelowym, podczas wypełniania niemal dziesięciu stron tabelki formularza ofertowego. Dodatkowo, sama skala wady świadczy o tym, że była ona wynikiem działania przypadkowego, typowej omyłki przy pracy nad kalkulacją cenową.

Kolejnym warunkiem poprawienia innej omyłki jest nieistotność zmiany treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy zaistniałego błędu – przyjmuje się, że o tym decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Poprawienie zaistniałej omyłki nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty przystępującego Dysten i jest zgodne z jego intencją wynikającą z całości brzmienia złożonej oferty. Omyłkę poprawiono również jedynie w dwóch pozycjach formularza ofertowego, które nie dotyczą podstawowego zamówienia, a aspektu opcjonalnego – są to naprawy pogwarancyjne, które zostaną lub nie zostaną wykonawcy zlecone, w zależności od potrzeb zamawiającego. Dalej Izba stwierdziła, że skala poprawy oferty nie jest znacząca – doszło do zmiany ceny o 5116,80 zł, przy całkowitej cenie oferty w wysokości 9 798 177,51 zł, tj. nastąpiła zmiana ceny napraw pogwarancyjnych zamówienia opcjonalnego z 63 343,77 zł na 68 460,57 zł. Zatem zakres dokonanych zmian, które są wręcz marginalne, nie narusza istoty zobowiązania wynikającego z oferty, a dodatkowo dokonana poprawa nie ma żadnego znaczenia dla wyników oceny ofert w ustanowionych przez zamawiającego kryteriach.

Natomiast w zakresie stanowiska odwołującego dotyczącego istotności wymagania z pkt 15.5 SWZ, na co miało wskazywać pogrubienie tej treści i powtórzenie we wzorze formularza ofertowego przez zamawiającego, Izba zauważyła, że umknęło uwadze strony, iż zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. weryfikacja istotności dokonanych zmian nie dotyczy

wagi wymagania zamawiającego, z którym oferta przed poprawieniem omyłki jest sprzeczna, a dotyczy istotności zmian zachodzących w treści oferty. Ustawodawca nie ograniczył możliwości poprawienia omyłki do „mniej ważnych” treści SWZ, ponieważ w omawianej normie nie zawarto takiej przesłanki. Poprawienie omyłki może dotyczyć niezgodności z każdym wymaganiem dokumentacji postępowania, o ile spełnione zostaną wszystkie wymogi określone w art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Oczywistym jest, że są wymagania SWZ np. parametry merytoryczne oferowanego przedmiotu zamówienia, które są oceniane w kryteriach oceny ofert, których ewentualnej poprawy należy dokonywać z dodatkową ostrożnością (czego nie dotyczy rozpoznawany spór), co nie oznacza, że przesłankę dotyczącą zakazu dokonywania istotnych zmian w treści oferty można rozszerzyć na zakaz dokonywania zmian treści oferty wobec niezgodności jej z istotną treścią dokumentacji postępowania. W szczególności, że wymóg z art. 15.5 SWZ jest ograniczeniem formalnym dotyczącym limitowania wynagrodzenia wykonawcy, a relewantne dla możliwości poprawienia omyłki pozostaje ustalenie czy dojdzie do istotnej zmiany treści oferty, a nie czy wada tkwi w jej istotnych postanowieniach.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie wskazano, iż „Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty (w tym wypadku nie występuje), nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na postawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach”. (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.07.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 406/18).

Odnosząc się zaś do argumentacji odwołującego, że możliwe są inne, hipotetyczne sposoby poprawienia omyłki, a poprawa oferty przez zamawiającego została dokonana bez jakichkolwiek obiektywnych i jasnych zasad określania tych cen, skład orzekający wskazuje, iż nie znalazła ona potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy. Takie stanowisko jest bardzo powszechne w tego typu sprawach, co nie oznacza, że jeżeli jesteśmy w stanie wymyślić inne sposoby poprawy zaistniałego błędu, odmienne od tego, który zastosował zamawiający, to automatycznie mamy do czynienia z omyłką, której nie można konwalidować. Istota sprawy dotyczy bowiem zweryfikowania czy doszło do wady oferty, którą można poprawić w oparciu o jej treść, tak aby doprowadzić ją do stanu zgodności z wymaganiami SWZ, a nie na badaniu kolejnych wymyślnych sugestii na poprawienie zaistniałego błędu, które niewiele mają wspólnego z treścią oferty i ze sposobem dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia.

Z okoliczności sprawy wynika, że zamawiający miał wskazane w ofercie podstawy dotyczące sposobu poprawienia zaistniałej omyłki. Wytocznymi do doprowadzenia oferty do treści zgodnej z wolą wykonawcy były dane zawarte w formularzu ofertowym. Jak wcześniej zaznaczono, zamawiający w sposób uzasadniony założył, że przystępujący Dysten miał świadomość i respektował wymóg określony w pkt 15.5 SWZ, z którego dodatkowo wynika, że to cena jednostkowa z zamówienia podstawowego ma priorytetowe znaczenie i stanowi punkt odniesienia dla cen z prawa opcji. Zgodnie z logiką i doświadczeniem życiowym zamówienie podstawowe, jako bezwzględnie wykonywane powinno być wycenione pierwsze, na co wskazuje także układ formularza ofertowego. Sporne dwie pozycje dotyczą również tożsamychn czynności napraw, gdzie zamówienie podstawowe determinuje wycenę w ramach opcji, a nie odwrotnie. Zatem na podstawie materiału procesowego doprowadzenie do zgodności oświadczenia zawartego w ofercie z zamiarem, jaki od początku towarzyszył złożeniu oferty przez przystępującego Dysten, ma konkretny, obiektywny kierunek poprawy. Zamawiający również trafnie wskazał na inne okoliczności związane z oceną i badaniem ofert w postępowaniu, które dodatkowo świadczą o prawidłowości poczynionych przez niego założeń – ceny pozostałych złożonych ofert dla poz. 3 i poz. 6 zamówienia podstawowego są bardzo zbliżone do cen zamówienia podstawowego przystępującego Dysten. Zamawiający porównał sposoby wycen przez innych przedsiębiorców i doszedł do przekonania, że zastosowany sposób poprawienia omyłki odpowiada rynkowemu sposobowi wyceny. Innymi słowy, skoro inni wykonawcy wycenili te ceny na zbliżonym poziomie, istniała dodatkowa przesłanka utwierdzająca zamawiającego jaką cenę należało przyjąć, poprzez porównanie do innych cen zaoferowanych w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, nie znajduje potwierdzenia w sposobie przygotowania oferty określonym w SWZ, budowie formularza ofertowego oraz kolejności dokonywanej wyceny poszczególnych aspektów zamówienia przez racjonalnie działający podmiot, stanowisko odwołującego, że należało poprawić omyłkę poprzez przepisanie cen jednostkowych z poz. 3 i poz. 6 z prawa opcji do tożsamychn pozycji zamówienia podstawowego. Trudno także podzielić argumentację o możliwości wskazania dowolnych cen jednostkowych, skoro mamy wycenione te same pozycje. Nie zmienia tego okoliczność, że część czynności w zakresie napraw pogwarancyjnych jest wyceniona za tą samą cenę dla zamówienia podstawowego i dla prawa opcji, a część nie, ponieważ istotnym jest jakiego konkretnie elementu dotyczy jednostkowa, wyceniana pozycja. W tym zakresie odwołanie jest merytorycznie puste, obciążony ciężarem dowodu odwołujący ograniczył się do liczbowego wskazania ile pozycji wyceniono tak samo w opcji i w zamówieniu podstawowym, a ile wyceniono różnie, pomijając, że każdy element oferty należy rozpatrywać indywidualnie i poziom wyceny konkretnej naprawy może być zależny od różnych czynników dostępnych indywidualnie danemu wykonawcy.

Przykładowo wskazywane przez zamawiającego posiadanie na stanie magazynowym części do napraw – kiedy wykonawca posiada dane części, to może dla obydwu zadań zaoferować wykonanie zamówienia w danej pozycji za tożsamą cenę, zaś kiedy dotyczy to elementu z pozycji dla której wykonawca posiada części, które wystarczą jedynie na wykonanie zamówienia podstawowego, to w tej samej pozycji dla opcji (gdy należy założyć dokupienie części do napraw) wycena może być droższa. Wycena zależy też od tego, jakie tablice są utrzymywane, okolicznością notoryjną jest fakt, że urządzenia tańsze w zakupie są często droższe w utrzymaniu. Nie można w sposób obiektywnie uzasadniony twierdzić, że należy dany element wyceniać w określony sposób, bez merytorycznego odniesienia się do kosztu tego elementu, poprzestając na wskazaniu ilości pozycji z tabelki oferty, z pominięciem tego, co jest w danej pozycji wyceniane.

Podobnie w zakresie poszczególnych czynności konserwacyjnych, co także w odwołaniu ograniczono do subiektywnej oceny, bez wskazania okoliczności faktycznych, które do tej oceny odwołującego doprowadziły. Postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, strony mają obowiązek wykazania okoliczności faktycznych, na kanwie których budują swoją argumentację i przedstawiania dowodów na poparcie swoich twierdzeń (art. 534 ust. 1 p.z.p.). Skupienie się na aspekcie ilościowym, i pominięcie merytorycznego sposobu wyceny pozycji dotyczącej wymiany zasilacza tablicy z ceną zasilacza oraz pozycji dotyczącej czyszczenia tablicy i słupa SIP, pozbawia skład orzekający możliwości zweryfikowania argumentacji odwołującego i uznania jej uzasadnioną.

Odwołujący także gołostownie zarzucał brak reguły w sposobie wyliczenia cen jednostkowych oferty, podnosząc, że skoro ceny w zamówieniu podstawowym i zamówieniu opcjonalnym z poz. 3 i poz. 6 powinny być takie same, to w zakresie napraw gwarancyjnych kilka pozycji z różnymi cenami jednostkowymi z formularza ofertowego przystępującego zostało wycenione wadliwie. Jednakże nic takiego nie wynika z oferty przystępującego Dysten. Zamawiający nie wymagał też zastosowania takiej „reguły” w sposobie sporządzenia oferty określonym w SWZ i nie można uzależnić od tego możliwości poprawienia innej omyłki, ponieważ nie wynika to z treści art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zamawiający miał wystarczające dane określone w ofercie przystępującego, żeby dokonać poprawy zauważonej omyłki, a wymaganie jakichś dodatkowych przesłanek, które zostały podniesione przez odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego, ponieważ nie zastosował ich w konstrukcji swojej oferty, jest nieuprawnione.

W szczególności o wadzie ocenianej oferty nie świadczy oferta złożona przez przystępującego Dysten w wcześniejszym postępowaniu. Przystępujący wyjaśnił, że nie wygrał tamtego przetargu więc zrewidował swój sposób wyceny, na co pozwoliło mu poznanie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wybranego wykonawcy, który był od przystępującego tańszy. Co istotne w zakresie głównej pozycji formularza ofertowego dotyczącej tablicy w tamtym postępowaniu przystępujący zaoferował 43 230,74 zł netto, a obecnie 34 500,00 zł, cenę zmniejszono o około 20% co powoduje, że poszczególne czynności dotyczące utrzymania, konserwacji, wymiany, etc. tablic nie kosztują tyle samo. Czynności utrzymaniowe zostały skalkulowane na nowo, a takich cen, jak we wcześniejszym postępowaniu, zwłaszcza dla zamówienia podstawowego, nie ma. Przystępujący zaznaczał, że podwyższenie ceny za elementy z poz. 3 i poz. 6 wynikało z utrzymywania innych urządzeń niż wcześniej zaoferowane. Jest to spójne ze stanowiskiem zamawiającego dotyczącym sposobu wyceny poszczególnych elementów zamówienia – szczególnie w zakresie cen tablic, które obecnie oscylują pomiędzy około 34 500,00 zł - 61 000,00 zł, kiedy wyceniono je wcześniej na około 33 000,00 zł - 71 000,00 zł. Co także istotne obecne zamówienie dotyczy znacznie większego zakresu niż wcześniejsze postępowanie, co przekłada się na sposób wyceny przez racjonalnego przedsiębiorcę.

Natomiast odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do merytorycznych aspektów poprawionych przez zamawiającego elementów oferty, pomimo, że działa na tym samym rynku co przystępujący i także dokonywał szczegółowej kalkulacji swojej ceny w postępowaniu. Aby skutecznie podważyć ocenę zamawiającego, że dla opcji w poz. 3 cena jednostkową 370,00 zł, powinna zostać skorygowana na 2 200,00 zł, a w poz. 6 cena jednostkowa 200,00 zł, powinna zostać zmieniona na 250,00 zł, odwołujący winien wykazać błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego poprawiając ofertę przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez przyzmat zasad racjonalnej oceny, wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający poprawiłby ofertę przystępującego Dysten w sposób odmienny, niż zamawiający w niniejszym przetargu. Tymczasem znacząca część odwołania ma charakter spekulacji, kiedy odwołujący przedstawia własną, dość ogólną, skupiającą się na ilości pozycji w formularzu ofertowym ocenę i na tym poprzestaje, co jest znacząco niewystarczające do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego. Zaś co do przedłożonej do materiału dowodowego informacji o poprawieniu omyłki we wcześniej ogłoszonym postępowaniu, to z daty dokumentu wynika, że przystępujący dowiedział się o tych okolicznościach po terminie składania ofert, więc nie ma związku pomiędzy tamtą czynnością zamawiającego, a treścią obecnie ocenianej oferty.

Konkludując, zaistniała omawiana wada w formularzu ofertowym przystępującego Dysten stanowi omyłkę, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, zaś dokonany przez zamawiającego sposób jej poprawy jest zgodny z informacjami wynikającymi z brzmienia oferty, obiektywny i racjonalnie uzasadniony, zaś odwołujący nie

udowodnił okoliczności przeciwnych, zatem zarzut nr 2 został oddalony jako niewykazany. W konsekwencji powyższego, skoro nie potwierdziło się, że zamawiający wadliwie dokonał poprawy innej omyłki w ofercie przystępującego Dysten, a zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., zgodnie z wytycznymi tej normy, spowodowało prawidłowe przywrócenie treści oferty do stanu zgodnego z dokumentacją zamówienia, nie mógł zostać uwzględniony zarzut nr 3 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, zasądzone zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

Przewodniczący:

.....