

Sygn. akt: KIO 2110/20

**WYROK**

**z dnia 1 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Starachowice z siedzibą w Starachowicach przy ul. Radomskiej 45,**

przy udziale wykonawcy **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w pkt 1 odwołania odnoszącego się do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**
- 2. Oddala odwołanie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcę LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 tytułem wpisu od odwołania;**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Gmina Starachowice z siedzibą w Starachowicach przy ul. Radomskiej 45 (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Starachowice” (dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 080-0188059.

W dniu 18 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 (dalej: „Odwołujący” lub „LUG Light Factory”) o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

Odwołujący w dniu 28 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec bezzasadnego odrzucenia jego oferty złożonej w Postępowaniu w sytuacji, w której zawierała ona omyłki możliwe do poprawienia lub jej treść powinna podlegać wyjaśnieniu, ewentualnie wobec zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji braku porównywalności złożonych w Postępowaniu ofert spowodowanej wskutek wadliwych działań Zamawiającego.

Opisanym powyżej czynności i zaniechaniu Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu przedłożenie przez niego formularza - kalkulacji cenowej, w którym dla pozycji nr 29, 34, 41, 42, 44, 45, 49-55, 63, 64, 72, 73 przewidziano inne ilości oprav oświetleniowych niż w przygotowanej przez Zamawiającego kolejnej wersji kalkulacji cenowej, podczas gdy wobec podania przez Odwołującego cen

jednostkowych dla oprav oświetleniowych objętych wszystkimi wskazanymi pozycjami w obu Kalkulacjach, możliwe było skorygowanie cen globalnych dla tych oprav oświetleniowych w trybie poprawy omyłki w ofercie Odwołującego;

2. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na przedłożenie przez niego Kalkulacji cenowej, w której nie zostały wyodrębnione pozycje nr 78 (sytuacja nr 48) i 79 (sytuacja nr 49) obejmujące dostawę oprav oświetleniowych w sytuacjach sprecyzowanych przez Zamawiającego w zaktualizowanej Kalkulacji cenowej, podczas gdy globalna ilość oprav wymagana do realizacji zamówienia w zakresie wszystkich sytuacji pozostaje identyczna w obu Kalkulacjach, zaś Odwołujący w stosunku do wszystkich oprav oświetleniowych przyjął tą samą cenę jednostkową, a co za tym idzie, możliwe było skorygowanie cen jednostkowych i globalnych dla oprav oświetleniowych przewidzianych w pozycjach nr 78 i 79 w trybie poprawy omyłki w ofercie Odwołującego, ewentualnie:
3. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na przedłożenie przez niego Kalkulacji cenowej, w której nie zostały wyodrębnione pozycje nr 78 (sytuacja nr 48) i 79 (sytuacja nr 49) obejmujące dostawę oprav oświetleniowych w sytuacjach sprecyzowanych przez Zamawiającego w zaktualizowanej Kalkulacji cenowej, podczas gdy globalna ilość oprav wymagana do realizacji zamówienia w zakresie wszystkich sytuacji pozostaje identyczna w obu Kalkulacjach, zaś Odwołujący w stosunku do wszystkich oprav oświetleniowych przyjął tą samą cenę jednostkową, a co za tym idzie, możliwe było wyjaśnienie tej okoliczności w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,
4. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na przedłożenie przez niego Kalkulacji cenowej, w której nie zostały wyodrębnione pozycje nr 13 i 86 dotyczące demontażu i wykonania zabruków, dodane przez Zamawiającego w zaktualizowanej Kalkulacji cenowej, podczas gdy objęte nimi prace zostały przez Odwołującego uwzględnione w obrębie wycenionych pozycji kosztorysu, tj. pozycji 1-6, 13-18 oraz 79 i 81 Kalkulacji cenowej, a więc Odwołujący wycenił cały zakres zamówienia objęty ostatecznie Postępowaniem, a co za tym idzie, możliwe było wyjaśnienie tej okoliczności w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z powodów przywołanych w powyższych zarzutach, podczas gdy Odwołujący objął

Kalkulacją cenową identyczną ilość opraw oświetleniowych jak ta określona przez Zamawiającego w Kalkulacji cenowej, w obrębie wszystkich sytuacji opisanych przez Zamawiającego, zaś prace dotyczące zabruków objęte pozycjami nr 13 i 86 reprezentują znikomą wartość zakresu całego zamówienia, a zatem decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest niezgodna z zasadą proporcjonalności.

Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów wykonawca LUG Light Factory zarzucał naruszenie:

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie ze względu na przedłożenie przez niego Kalkulacji cenowej, podczas gdy Zamawiający nie poinformował wykonawców w sposób należyty i zgodny z zasadą przejrzystości o zamieszczeniu zaktualizowanej Kalkulacji cenowej, co w efekcie doprowadziło Odwołującego oraz wykonawcę F.H.U. INSTAL B. W. do złożenia wersji pierwotnej Kalkulacji cenowej, zaś powyższe świadczy o braku porównywalności złożonych w Postępowaniu ofert spowodowanej wskutek wadliwych działań Zamawiającego, co uzasadnia konieczność unieważnienia Postępowania.

Odwołujący wnosił o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- unieważnienie czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego (w zakresie zarzutów nr 1, nr 2) oraz wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty (w zakresie zarzutu nr 3),

ewentualnie:

- w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 5, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania,

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca LUG Light Factory podnosił, że:

Specyfikacja obowiązująca w Postępowaniu została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2020 roku. Wśród załączników do SIWZ, Zamawiający zamieścił edytowalny formularz zatytułowany „Kalkulacja ceny”, w którym wykonawcy powinni byli wskazać ceny jednostkowe dla 82 elementów wchodzących w zakres zamówienia. W dniu 19 czerwca 2020 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Postępowania wyjaśnienia do SIWZ obowiązującej w Postępowaniu. Oprócz odpowiedzi na 8 pytań zadanych przez wykonawców, Zamawiający wskazał, że z własnej inicjatywy dokonuje następujących zmian specyfikacji:

„UWAGA! Informacje Zamawiającego:

1. Zamawiający uzupełnia pkt 19 ppkt- 8 SIWZ dotyczący zmiany terminu, wykonania przedmiotu zamówienia na pisemny wniosek Wykonawcy lub przez Zamawiającego, w razie wystąpienia jednej z następujących okoliczności - o zapis:

„wystąpienia innych przyczyn zewnętrznych niezależnych od Zamawiającego oraz Wykonawcy skutkujących niemożliwością prowadzenia prac/dostaw w szczególności: związanych z opóźnieniem w terminie dostawy urządzeń”

Zamawiający informuje, że zapisy w dokumentach przetargowych określających Dostawcę są równoważne z Wykonawcą i odwrotnie.

2. W związku z powyższym na stronie internetowej <http://bip.um.strachowice.pl> zamieszczone zostaną uaktualnione załączniki do SIWZ”.

Kolejno Odwołujący podnosił, że jednocześnie, Zamawiający zamieścił na stronie internetowej folder zatytułowany Załączniki do wyjaśnień, zawierający cztery pliki. Wśród nich, umieszczono edytowalny formularz zatytułowany „Kalkulacja ceny”, tym razem zawierający 86 elementów wchodzących w zakres zamówienia.

Wykonawca LUG Light Factory stwierdził następnie, że w wyznaczonym w Postępowaniu terminie składania ofert, oferty złożyło sześciu wykonawców. Oferta

Odwołującego była najkorzystniejsza pod względem przyjętych w Postępowaniu kryteriów oceny. W dniu 18 sierpnia 2020 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, a także oferty jednego z innych wykonawców - F.H.U. INSTAL B. W. (dalej: „Instal”). Powodem ku temu był fakt, że zarówno Odwołujący, jak i Instal przedłożyli Zamawiającemu wypełnione wersje pierwotne Kalkulacji cenowej, a niezaktualizowaną wersję Kalkulacji cenowej. W ocenie Zamawiającego, powyższe świadczyło o tym, że złożona kalkulacja ceny nie obejmuje, zatem całego przedmiotu zamówienia. Uzupełnienie brakujących pozycji, poprzez ich dopisanie, nie jest możliwe na podstawie danych zawartych w kalkulacji, a brakujące pozycje nie mogą być wycenione bez ingerencji w treść oferty ze strony wykonawcy.

Odwołujący wyjaśniał, że załączył do oferty pierwotną wersję Kalkulacji ceny, pozostając w uzasadnionym przekonaniu, że formularz ten nie uległ zmianie w toku Postępowania. Jednocześnie jednak, Odwołujący zadeklarował, że złożona przez niego w Postępowaniu oferta obejmuje cały zakres zamówienia. Przygotowana przez Odwołującego Kalkulacja cenowa zawiera wycenę zamówienia w pełnym zakresie opisanym w dokumentacji postępowania oraz pozwala przy tym na ustalenie cen dla wszystkich pozycji objętych zaktualizowaną wersją Kalkulacji cenowej, a w efekcie - na ustalenie ceny globalnej oferty Odwołującego.

1. Pozycje nr 29, 34, 41, 42, 44, 45, 49-55, 63, 64, 72, 73

W odniesieniu do przedmiotowych pozycji Odwołujący wskazywał, że wszystkie one dotyczą dostawy opraw oświetleniowych dla różnych „sytuacji” (od 1 do 49) przewidzianych przez Zamawiającego. Jedyne różnice między Kalkulacją cenową pierwotną i zaktualizowaną sprowadza się do zmiany ilości wymaganych przez Zamawiającego opraw w przywołanych powyżej pozycjach (tj. wartości wprowadzonej przez niego w kolumnie D).

Odwołujący zaznaczał, że zarówno Kalkulacja ceny pierwotna i zmieniona zawierają kolumnę Cena jednostkowa, w której wykonawcy byli zobowiązani do podania cen za jedną oprawę, którą zamierzają zastosować w danej sytuacji (kolumna E). Co więcej, była to w istocie jedyna pozycja, którą wykonawcy winni wypełnić w Kalkulacjach. Następnie, cena globalna dla wszystkich opraw dla danej sytuacji była przeliczana poprzez przemnożenie wartości jednostkowej wprowadzonej przez wykonawcę (wartość z kolumny E) przez ilość wymaganych opraw wskazanych uprzednio przez Zamawiającego (wartość z kolumny D). Zdaniem

Odwołującego, mimo że przedłożył on wraz z ofertą wersję pierwotną Kalkulacji ceny, to na podstawie wypełnionego przez niego formularza w pełni możliwe jest ustalenie przez Zamawiającego ceny globalnej dla ilości opraw wymaganych w zmienioną Kalkulacją ceny w zakresie przedmiotowych pozycji. Odwołujący wskazał na ceny jednostkowe dla wszystkich opraw, a więc jedynym koniecznym do podjęcia działaniem było ich przemnożenie przez ilości wskazane w kolumnie D zaktualizowanej Kalkulacji ceny (a nie w kolumnie D wersji pierwotnej Kalkulacji ceny). Odwołujący nie zgadzał się z oceną Zamawiającego, który wskazał, że ustalenie tych wartości nie jest możliwe na podstawie danych zawartych w kalkulacji. Wręcz przeciwnie, w zaistniałej sytuacji Zamawiający był wręcz zobowiązany do zastosowania mechanizmu opisanego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. do poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją (w zakresie zaoferowanych ilości opraw dla poszczególnych sytuacji), niepowodującej jednak istotnych zmian w treści oferty. W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezzasadnie zaniechał poprawy w ofercie Odwołującego omyłek w zakresie ilości opraw wymaganych dla sytuacji objętych pozycjami nr 29, 34, 41, 42, 44, 45, 49-55, 63, 64, 72 oraz 73, mimo spełnienia się przesłanek do zastosowania mechanizmu poprawy omyłek w tym zakresie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

## 2. Pozycje nr 78 i 79

W odniesieniu do przedmiotowych pozycji, w pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że podobnie jak te analizowane powyżej - dotyczą one dostawy opraw oświetleniowych dla różnych sytuacji przewidzianych przez Zamawiającego. Innymi słowy, w porównaniu do pierwotnej wersji Kalkulacji ceny, w zaktualizowanej wersji Kalkulacji ceny Zamawiający przewidział dodatkowe dwie sytuacje i oczekiwał od wykonawców podania cen jednostkowych opraw oświetleniowych, które zamierzają oni zastosować w ich zakresie. Odwołujący zaznaczał, że choć wersja zmieniona Kalkulacja ceny zawiera o dwie sytuacje więcej niż wersja pierwotna Kalkulacja ceny, to ostatecznie globalna ilość opraw wymagana do realizacji zamówienia we w zakresie wszystkich sytuacji pozostaje identyczna (tj. łącznie 2768 opraw we wszystkich zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach). Co za tym idzie, w ocenie Odwołującego obie Kalkulacje nie różnią się pod względem zakresu zamówienia - na ich podstawie, Zamawiający oczekiwał wyceny dostawy dokładnie takiej samej ilości opraw oświetleniowych. W świetle powyższego, skoro, jak zostało wskazane powyżej, Odwołujący



przyjął jednolitą cenę jednostkową dla wszystkich oprav oświetleniowych, niezależnie od przewidzianej przez Zamawiającego sytuacji oraz wymaganych w jej obrębie ilości oprav, to wskazana przez niego globalna cena ofertowa nie uległaby żadnej zmianie, gdyby do oferty załączyłby wersję zmienioną Kalkulację ceny, a nie wersję pierwotną Kalkulacji ceny. Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający był uprawniony, a wręcz zobowiązany do zastosowania mechanizmu poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej jednak istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponownie bowiem, spełnione zostały obie przesłanki wskazane w ww. przepisie. Odwołujący omyłkowo spowodował niezgodność oferty z SIWZ (poprzez brak ujęcia w wersji pierwotnej Kalkulacji ceny odrębnie pozycji nr 78 i 79), zaś poprawa tej omyłki nie powodowałaby istotnej (ani wręcz żadnej) zmiany w treści jego oferty. Nawet zaś w przypadku pojawienia się u Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie, należy zaznaczyć, że był on uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego nie sposób byłoby przy tym twierdzić, że przez zastosowanie przez Zamawiającego wskazanego mechanizmu, mogłoby dojść do negocjacji treści złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu oferty. Nie ulega, bowiem wątpliwości, że Odwołujący objął wykonanie prac objętych pozycjami nr 78 i 79 treścią swojej oferty. W tym kontekście, Odwołujący wskazywał, że wykonawca obowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, a niezłączonym do oferty własnym kosztorysem, ponieważ zakres przedmiotu świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca nie wynika ze złożonego przez tego wykonawcę kosztorysu, ale z całej dokumentacji technicznej Zamawiającego (tu: dokumentacją projektową, opisem przedmiotu zamówienia oraz projektem umowy). Skoro, więc Odwołujący jednoznacznie zadeklarował w formularzu ofertowym, że wykona zamówienie w zakresie wyznaczonym przygotowaną przez Zamawiającego specyfikacją, a ponadto ceny jednostkowe dla wszystkich oprav mających być użytych podczas realizacji zamówienia w tak wyznaczonym zakresie (niezależnie od sytuacji) wynikały wprost z przedłożonej przez Odwołującego Kalkulacji ceny, a dodatkowo łączna liczba oprav nie ulegał zmianie, to w opinii Odwołującego nie sposób twierdzić, że w trybie art. 87 ust. 1 Pzp mogłoby dojść do jakichkolwiek niedopuszczalnych negocjacji treści złożonej oferty. Odwołujący nie zgadzał się, więc z oceną Zamawiającego jakoby uzupełnienie brakujących pozycji, poprzez ich dopisanie nie jest możliwe na podstawie danych zawartych w kalkulacji, a brakujące pozycje nie mogą być wycenione bez ingerencji w treść oferty ze strony wykonawcy. W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, że

Zamawiający bezzasadnie zaniechał poprawy w jego ofercie omyłek w zakresie pozycji nr 78 i 79, względnie - wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tej kwestii.

### 3. Pozycje nr 13 i 86

Odwołujący wyjaśniał, że powyższe pozycje dotyczą demontażu zabruków wykonanych z kostki brukowej lub płyt chodnikowych (pozycja nr 13) oraz wykonania zabruków na podbudowie cementowo-piaskowej z nowego materiału dostarczonego przez wykonawcę (pozycja nr 86). Wprawdzie pozycje te w istocie zostały przez Zamawiającego wyodrębnione dopiero w zmienionej wersji Kalkulacji ceny, jednak nie oznacza to, że nie zostały one uwzględnione w cenie ofertowej Odwołującego. Odwołujący podnosił, że zadeklarował, wprost, iż wykona zamówienie w zakresie wyznaczonym przygotowaną przez Zamawiającego ostateczną specyfikacją - tj. dokumentacją projektową, opisem przedmiotu zamówienia czy projektem umowy. Zobowiązanie wykonawcy, które zostaje objęte ofertą wynika z zakresu i opisu prac koniecznych do wykonania. Z kolei zakres prac zostaje określony w dokumentacji, za pomocą, której Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia. Co za tym idzie, formularz stanowiący wykaz cen kosztorysowych ma charakter wtórny do zakresu prac, który wycenia wykonawca. Co więcej, w formularzu tym, wykonawca nie specyfikuje wszystkich prac koniecznych do wykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – w opinii Odwołującego nie oznacza to jednak, że takie prace, które nie są odrębnie wyspecyfikowane w kosztorysie nie są objęte ofertą, skoro obowiązek ich wykonania wynika wprost z opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazywał, iż treścią oferty Odwołującego zostały wprawdzie rzeczywiście formalnie nie wycenił tych pozycji, jako odrębnych elementów przedmiotu zamówienia, jednak nie oznacza to, że nie zostały one przez niego skalkulowane przy obliczeniu globalnej ceny ofertowej. O powyższym świadczy również fakt, że wyodrębnienie tych pozycji w wersji zmienionej Kalkulacji ceny było wyłącznie czynnością techniczną. Objęte nimi prace zostały, bowiem uwzględnione już w pierwotnej wersji Kalkulacji ceny, w obrębie innych, mających bardziej generalny charakter pozycji, tj. pozycjach 1-6 (demontaże słupów oświetleniowych), pozycjach od 13 do 18 (montaż słupów oświetleniowych) oraz pozycjach 79 oraz 81. Odwołujący stwierdził, że z punktu widzenia praktyki wykonywania robót dotyczących demontażu i montażu słupów oświetleniowych każdorazowo konieczna jest rozbiórka i demontaż istniejących zabruków (kostki brukowej lub płyt chodnikowych) a po montażu nowego

słupa zabudowa zabruków. Okoliczność ta jest znana każdemu wykonawcy działającemu na rynku. Zamawiający w istocie nie zmienił zakresu zamówienia, który należało wycenić, a jedynie zmodyfikował techniczne reguły wypełnienia kalkulacji cenowej specyfikując dodatkowe pozycje nr 13 i 86 w zaktualizowanej wersji Kalkulacji ceny. Odwołujący podnosił, że zaoferował i wycenił prace objęte pozycjami nr 13 i 86 ze zmienionej wersji Kalkulacji ceny w przedłożonej w ofercie Kalkulacji ceny, co Zamawiający mógł ustalić w trybie wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wówczas, Odwołujący sprecyzowałby w sposób jednoznaczny, że prace objęte tymi pozycjami zostały przez niego uwzględnione w cenie ofertowej, tj. w konkretnych pozycjach Kalkulacji ceny wskazanych powyżej. Z tego względu, pozycjom nr 13 i 86 ze zmienionej wersji Kalkulacji ceny należałoby zaś przypisać wartość zerową. Odwołujący zaznaczał, że takie działanie jest w pełni dozwolone zarówno na gruncie Prawa zamówień publicznych, jak i obowiązującej w Postępowaniu specyfikacji. Ani bowiem przepisy Pzp, ani Zamawiający, nie zabraniają wykonawcom przeliczania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami składającymi się na cenę ofertową. Dokonanie wyceny danej kategorii prac w ramach innej pozycji kosztorysowej może zaś stanowić, co najwyżej rozbieżność, co do formy, nie zaś, co do treści oświadczenia wykonawcy. Odwołujący nie zgadza się, więc z oceną Zamawiającego jakoby uzupełnienie brakujących pozycji, przez ich dopisanie, nie jest możliwe na podstawie danych zawartych w kalkulacji, a brakujące pozycje nie mogą być wycenione bez ingerencji w treść oferty ze strony wykonawcy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezzasadnie zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących wyceny prac objętych pozycjami nr 13 i 86, wyspecyfikowanych w wersji zmienionej Kalkulacji ceny. Zauważał również, że zakres objęty tymi pozycjami jest znikomy w skali całego zamówienia, bowiem ich wartość wynosi niecałe 18 tysięcy złotych przy ofercie Odwołującego opiewającej na 6.500.000 złotych. Zatem nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący wyceniłby te pozycje odrębnie, kilkukrotnie drożej niż wszyscy jego konkurenci to i tak jego oferta byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu. Różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą kolejnego wykonawcy (FB Serwis) wynosi, bowiem blisko 0,5 mln złotych. Znikomą wartość robót opisanych w pozycjach nr 13 i 86 kosztorysu potwierdza również wycena dokonana przez pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Powyższe oznacza zaś, że odrzucenie oferty Odwołującego jedynie z powodu niewyodrębnienia tych pozycji Kalkulacji nr 2 byłoby sprzeczne z zasadą proporcjonalności.

#### 4. Nieporównywalność ofert złożonych w Postępowaniu.

Kolejno Odwołujący argumentował, iż nawet gdyby uznać (z czym Odwołujący się nie zgadza), że sam fakt przedłożenia przez niego pierwotnej wersji Kalkulacji ceny zamiast wersji zmienionej Kalkulacji ceny rzeczywiście świadczy o niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, to należy wskazać, że do sytuacji tej przyczynił się bezpośrednio Zamawiający, który poinformował wykonawców o zamieszczeniu wersji zaktualizowanej Kalkulacji ceny wyłącznie przez wskazanie tego faktu w końcowej części wyjaśnień do treści SIWZ z dnia 19 czerwca 2020 r., w których żadne pytanie pochodzące od wykonawców nie dotyczyło kwestii związanych z Kalkulacjami. Co więcej, wskazał on wówczas jedynie, że załączniki do SIWZ zostały zaktualizowane wyłącznie w związku z uzupełnieniem pkt 19 ppkt 8 SIWZ dotyczącego zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia na pisemny wniosek wykonawcy lub przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający dokonywał również innych zmian załączników do SIWZ i wówczas informował o tym w sposób zdecydowanie bardziej wyraźny. Z powyższego Odwołujący wywodził, że mógł, więc pozostawać w uzasadnionym przekonaniu, że pierwotna wersja Kalkulacja ceny jest w dalszym ciągu obowiązująca - zwłaszcza, że Zamawiający nie usunął jej ze strony internetowej, nie dodał też chociażby adnotacji, że jest ona nieaktualna. Trudno, więc stwierdzić, że jej zmiana została dokonana przez Zamawiającego zgodnie z zasadami wynikającymi z Pzp i unijnych dyrektyw zamówieniowych, w tym w szczególności w zgodzie z zasadą przejrzystości. Zdaniem Odwołującego o dopuszczeniu się przez Zamawiającego niedociągnięć w tym zakresie świadczy również fakt, że nie tylko Odwołujący, ale również wykonawca Instal przedłożył pierwotną wersję Kalkulacji ceny (a niezmienioną wersję Kalkulacji ceny) a zatem nie jest to jednostkowy przypadek, a systemowy problem zaistniały w Postępowaniu. Z tych względów, jeżeli przyjąć, że oferty Odwołującego (oraz oferty Instal) nie można poprawić lub wyjaśnić, to należałoby unieważnić Postępowanie. Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji doszło do nieporównywalności ofert, zaś odpowiedzialność za ten stan rzeczy obciąża Zamawiającego, jako gospodarza Postępowania.

W dniu 30 września 2020 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołania, jako nieuzasadnionego w całości z uwagi na fakt, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty i słusznie uznał ofertę wykonawcy FB Serwis za najkorzystniejszą, jak również w sposób zgodny z prawem dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, jako że nie odpowiadała ona treści specyfikacji. W odpowiedzi na odwołanie LUG Light Factory Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż nie jest możliwe wyjaśnienie czy poprawienie błędnie złożonej przez Odwołującego kalkulacji ceny, która nie uwzględniała wprowadzonych przez Zamawiającego zmian ilości w pozycjach nr: 29, 34, 41, 42, 44, 45, 49-

55, 63, 64, 72, 73 oraz czterech nowych pozycji (nr 13, 78, 79, i 86 załączonej prawidłowej kalkulacji ceny). Zdaniem Zamawiającego uzupełnienie brakujących pozycji, przez ich dopisanie, byłoby niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy, bowiem prowadziłyby do zmiany treści oferty w stosunku do oświadczenia Odwołującego. Załączony do specyfikacji wzór umowy, jaką zamierza zawrzeć Zamawiający, wynagrodzenie za przedmiot zamówienia będzie miało charakter zdecydowanie kosztorysowy. Zgodnie z § 15 przywołanego wzoru: „Rozliczenie wynagrodzenia pomiędzy Stronami za wykonanie przedmiotu umowy następować będzie sukcesywnie za wykonane części przedmiotu umowy na podstawie kalkulacji powykonawczej (wzór rozliczenia - załącznik do SIWZ) z zastosowaniem cen jednostkowych określonych w kalkulacji ceny ofertowej zaoferowanych przez Wykonawcę i obmiaru faktycznie wykonanych dostaw i prac dotyczących instalacji przedmiotu dostawy, potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru, oraz doliczony podatek VAT”. Zamawiający stwierdził, że jedynie w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego możliwe byłoby traktowanie ceny ofertowej - jako ceny globalnej, a tym samym przyjęcie oferty Odwołującego za prawidłowo złożoną, na co niejednokrotnie powołuje się Odwołujący w złożonym odwołaniu. W niniejszym zamówieniu jednak ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do wyliczenia wynagrodzenia po odbiorach częściowych oraz odbiorze końcowym.

Następnie Zamawiający odniósł się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - skoro kalkulacja cenowa nie zawierała pozycji 13 i 86, to wezwanie musiałyby się sprowadzać do postawienia pytania, jak ma być wyceniona oferta w brakujących pozycjach, jaką ma przyjąć Zamawiający metodologię poprawienia oferty oraz skąd i w jaki sposób pozyskać wartości dla poszczególnych pozycji kosztorysowych. Prowadziłyby to oczywiście do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą na temat treści oferty. Nawet, jeśli wskazana przez Odwołującego Kalkulacja ceny zawierała w swoim wyliczeniu prace budowlane objęte pozycjami nr 13 i 86, brak było w niej informacji, na podstawie, których Zamawiający samodzielnie, bez dodatkowych wyjaśnień ze strony wykonawcy, mógł uzupełnić je określonymi cenami jednostkowymi.

Zamawiający stwierdził, że załączył do „Wyjaśnień nr 1 do SIWZ” z dnia 19 czerwca 2020 r., wraz z innymi dokumentami, zaktualizowaną kalkulację ceny i opublikował je w folderze „Załączniki do wyjaśnień” na stronie internetowej <http://bip.um.starachowice.pl>, celem zapoznania się przez wykonawców i wprowadzenia stosownych zmian, na co Zamawiający dał czas przedłużając termin składania i otwarcia ofert. Zamawiający stwierdził, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do treści opublikowanych załączników do wyjaśnień nr 1 do SIWZ

Odwołujący mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie jej treści, lecz tego nie zrobił. Ponadto w pkt 8 ppkt 2 specyfikacji Zamawiający oświadczył, iż "W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego", na co wskazuje, iż Zamawiający nie miał obowiązku usuwać pierwotnie zamieszczonej kalkulacji ceny ze strony internetowej, jak również nie był zobowiązany do zamieszczania informacji, że jest ona nieaktualna.

Zamawiający podnosił, że wszelkie czynności podejmowane przez Zamawiającego w trakcie publikacji wyjaśnień do treści SIWZ były zgodne z zasadą przejrzystości, o czym świadczy ilość prawidłowo złożonych kalkulacji cen wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wszyscy oferenci mieli jednakowy dostęp do wszystkich wyjaśnień, informacji oraz ogłoszeń publikowanych przez Zamawiającego w sposób zgodny z zasadami komunikacji z wykonawcami, przyjętymi w SIWZ. Zwykła staranność zamierzającego złożyć ofertę w postępowaniu obejmuje - w ocenie Zamawiającego - co najmniej śledzenie i zapoznawanie się na bieżąco z informacjami podawanymi przez Zamawiającego, także i z tymi, które być może nie dotyczą bezpośrednio wykonawcy.

W zakresie zarzutu postawionego w punkcie 1 odwołania, dotyczącego zaniechania poprawienia złożonej przez Odwołującego kalkulacji ceny w pozycjach 29, 34, 41, 42, 44, 45, 49 55, 63, 64, 72, 73 (zmiana ilości opraw w kalkulacji) Zamawiający przyznawał, że możliwe było poprawienie w tym zakresie kosztorysu, przez przemnożenie właściwej ilości w danej pozycji przez oferowaną cenę jednostkową. Jednak mimo poprawienia oferty w tym zakresie, nadal podlegałaby ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu nieuwzględnienia w kalkulacji nowych pozycji, których Zamawiający nie mógł uzupełnić za wykonawcę na podstawie treści oferty.

W toku posiedzenia Izby w dniu 1 października 2020 r. Zamawiający oświadczył, że uznaje w całości zarzut z pkt 1 odwołania dotyczące do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przystępujący w tym zakresie nie wniósł sprzeciwu. Również w toku rozprawy Odwołujący złożył pismo procesowe oraz dowód w postaci Kalkulacji cen, uwzględniającej również dokonanie postulowanych przez wykonawcę poprawek

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia Stron oraz**

**Przystępującego, złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zaś zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast według 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 oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

1. Demontaż i wykonanie zabruków poz. 13 i 86 Kalkulacji cenowej

Izba po wszechstronnym i wyczerpującym rozpoznaniu zgłoszonych zarzutów, tj. naruszenia przez Zamawiającego: art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp stwierdziła, że w powyższym zakresie zgłoszone przez Odwołującego zarzuty nie potwierdziły się.

Pomiędzy stronami nie było sporu, co do tego, że wśród załączników do SIWZ, Zamawiający zamieścił edytowalny formularz zatytułowany „Kalkulacja ceny”, w którym wykonawcy winni byli wskazać ceny jednostkowe dla 82 elementów wchodzących w zakres zamówienia. Natomiast w dniu 19 czerwca 2020 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Postępowania wyjaśnienia do SIWZ obowiązującej w Postępowaniu. Oprócz odpowiedzi na 8 pytań zadanych przez wykonawców, Zamawiający wskazał, że z własnej inicjatywy dokonuje następujących zmian specyfikacji. Jednocześnie, Zamawiający zamieścił na stronie internetowej folder zatytułowany Załączniki do wyjaśnień, zawierający cztery pliki. Wśród nich, umieszczono edytowalny formularz zatytułowany „Kalkulacja ceny”, tym razem zawierający 86 elementów wchodzących w zakres zamówienia, tj. poz. 13 „Demontaż zabruków wykonanych z kostki brukowej lub płyt chodnikowych”, poz. 78 Dostawa opraw oświetleniowych dla sytuacji 48, poz. 79 Dostawa opraw oświetleniowych dla sytuacji 49, poz. 86 wykonanie zabruków na podbudowie cementowo-piaskowej z nowego materiału dostarczonego przez wykonawcę. Wykonawca Lug Light Factory wraz z ofertą złożył Kalkulację ceny przy wykorzystaniu pierwotnej wersji Formularza Kalkulacja ceny.



Spór między stronami koncentrował się na kwestii, czy w tak określony stanie faktycznym sprawy oferta Odwołującego, jako zgodna z SIWZ i czy Zamawiający powinien był kwestię wartości cenowej poz. 13 i 86 Kalkulacji cenowej wyjaśnić na podstawie art. 87 ust.1 Pzp? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, w rozpoznawanej sprawie bezsporna jest niezgodność oferty Odwołującego z specyfikacją. Wynika ona ze złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą formularza Kalkulacja ceny. W jego treści brak jest wyodrębnienia ceny następujących pozycji: 13 „Demontaż zabruków wykonanych z kostki brukowej lub płyt chodnikowych” oraz 86 „Wykonanie zabruków na podbudowie cementowo-piaskowej z nowego materiału dostarczonego przez wykonawcę” - czego treścią zmienionego formularza Kalkulacja ceny wymagał Zamawiający.

W tym miejscu wskazać należy, że specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jednym z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem jest swoistą instrukcją dla wykonawcy zawierającą między innymi wymogi Zamawiającego w zakresie formy i treści składanej oferty, do których wykonawca zobowiązany jest się stosować. Dostrzeżenia wymaga, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonując modyfikacji formularza Kalkulacja ceny przez dodanie pozycji nr 13 i 86 nałożył na wykonawców obowiązek podania cen prac w zakresie demontażu i wykonania zabruków. Tym samym przez takie ukształtowanie formularza Kalkulacji ceny Zamawiający oczekiwał podania cen dla tego rodzaju prac a zatem wykonawca miał obowiązek wyodrębnić ceny tych prac i podać je w odpowiednim miejscu formularza, aby Zamawiający mógł się z nimi zapoznać. Odwołujący nie zastosował się do tego wymagania specyfikacji i nie podał w formularzu kalkulacji cen w zakresie prac związanych z demontażem i wykonaniem zabruków, co spowodowało, że pozbawiał Zamawiającego prawa do uzyskania oczekiwanych przez niego informacji. W rozpoznawanej sprawie podanie cen w zakresie wykonania powyższych prac ma szczególne znaczenie z uwagi charakter wynagrodzenia, które jest kosztorysowe, co oznacza, że Zamawiający po wykonaniu zamówienia będzie rozliczał z wykonawcą na podstawie kosztorysu powykonawczego, który będzie referował do cen zawartych w ofertach wykonawców. Tym samym brak ceny w ofercie Odwołującego w zakresie prac związanych z demontażem i wykonaniem zabruków uniemożliwiłby późniejsze rozliczenie tego rodzaju prac, które zostaną wykonane przez wykonawcę.

Istotnym również jest to, że w toku rozprawy Odwołujący przyznał, że Zamawiający na podstawie treści jego oferty nie jest w stanie samodzielnie ustalić, jaka jest cena prac zawartych w poz. 13 i 86 Kalkulacji ceny. Zamawiający i Odwołujący zgodnie stwierdzili, że tego rodzaju informacje Zamawiający mógłby pozyskać dopiero po zastosowaniu procedury opisanej w art. 87 ust. 1 Pzp i uzyskaniu wyjaśnień ze strony wykonawcy Lug Light Factory. Izba stanęła na stanowisku, że tego rodzaju działanie jest niedopuszczalne z uwagi na naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, że prowadzi ono wprost do zmiany treści oferty, tj. do niedozwolonego jej uzupełnienia o treści, których brak było w pierwotnej ofercie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego zasadzającej się na tym, że ww. prace zostały w kalkulowane w cenę następujących pozycji przedstawionej Kalkulacji cenowej: 1-6, 13-18 oraz 79 i 81. Tego rodzaju oświadczenie stanowi jedynie twierdzenie własne wykonawcy, które nie znajdują oparcia w treści oferty i nie zostało poparte odpowiednimi dowodami. W szczególności dowodu takiego nie może stanowić sporządzona przez Odwołującego porównawcza kalkulacja cen i przedstawiona na rozprawie, w treści której Odwołujący w poz. 13 i 86 wpisał, że cena w zakresie prac związanych z demontażem i wykonaniem zabruków została wliczona w pozycje 1-6, 13-18 oraz 79 i 81 Kalkulacji cenowej. Powyższe nie znajduje żadnego oparcia w jakiegokolwiek treści oferty złożonej przez Odwołującego, co słusznie zauważał Przystępujący.

Podsumowując przedstawioną powyżej argumentację Izba wskazuje, że nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego: art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Tym samym Izba oddaliła zgłoszone zarzuty, jako nieuzasadnione.

## 2. Dostawa opraw oświetleniowych w poz. 78 i 79 Kalkulacji ceny.

W omawianym zakresie Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba wskazuje, że nie było sporne między stronami, że Zamawiający dokonując modyfikacji formularza Kalkulacja ceny nie zmienił ilości zamawianych opraw oświetleniowych pozostawiając ją na dotychczasowym poziomie - 2768 szt. a jedynie zmodyfikował w tym zakresie ilości opraw dla poszczególnych sytuacji i dodał dwie dodatkowe w poz. 78 i 79

(sytuacja 48 i 49). Nie budziło również żadnych wątpliwości, że Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował żadaną przez Zamawiającego ilość opraw, tj. 2768 szt. w jednakowej cenie 264,96 zł.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę Odwołującego (jej treść) do oceny, jako niezgodną z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.

Izba odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się, więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od

wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co, do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (*sygn. akt KIO 1127/10 oraz KIO 2540/10*).

Z uwagi na powyższe Izba podzieliła opinię i stanowisko Odwołującego o możliwości poprawienia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie pozycji 78 i 79 Kalkulacji cenowej w celu uzyskania zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Izba wskazuje w omawianym przypadku Zamawiający był w posiadaniu wszystkich niezbędnych danych do dokonania stosownych poprawek. W tym przypadku Izba w pełni aprobeje przedstawiony - w pismach oraz podczas rozprawy - przez wykonawcę LUG Light Factory sposób dokonania poprawy, opierający się na działaniach matematycznych przy uwzględnieniu całkowitej ilości opraw oświetleniowych (2768) oraz poszczególnych ilości opraw oświetleniowych dla wymaganych przez Zamawiającego sytuacji. Wynikiem tego rodzaju działań powinno być otrzymanie różnicy w liczbie 13 opraw oświetleniowych, która to liczba odpowiada właśnie sumie opraw oświetleniowych z pozycji nr 78 i 79. Istotnym jest, że Odwołujący podał również cenę jednostkową, która była jednakowa dla wszystkich opraw oświetleniowych, która wynosiła 264,96 zł. Tym samym Zamawiający samodzielnie i w prosty sposób mógł ustalić kwotę we wskazanych pozycjach nr 78 i 79 Kalkulacji cenowej.

Izba za chybione uznała stanowisko Przystępującego zasadzające się na tym, że oprawy oświetleniowe w poz. 78 i 79 należałoby traktować zupełnie w sposób odmienny i zupełnie szczególny niż pozostałe zamawiane przez Gminę. Takiemu stanowisku przeczy sytuacją, w której w zasadzie prawie wszyscy wykonawcy, w tym również sam Przystępujący, w złożonych ofertach w swoich Kalkulacjach cenowych zaoferowali identyczną cenę dla wszystkich zamawianych opraw oświetleniowych.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie mniej jednak należy mieć na uwadze, iż Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w odniesieniu do poz. 13 i 86 Kalkulacji cenowej (pkt 1), co przesądza o tym, że za prawidłową należy uznać czynność

Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego. Tym samym pomimo potwierdzenia się zgłoszonego zarzutu odnoszącego się do możliwości poprawienia oferty Odwołującego w odniesieniu do pozycji 78 i 79 Kalkulacji cenowej zawartej w ofercie Odwołującego pozostaje on bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Zatem w świetle przepisu art. 192 ust. 2 Pzp brak jest z tego powodu możliwości uwzględnienia odwołania, bowiem Izba uwzględnia odwołanie tylko wówczas, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

3. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Izba po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że Zamawiający nie poinformował wykonawców w sposób należyty i zgodny z zasadą przejrzystości o zamieszczeniu zmienionego formularza Kalkulacji cenowej, co w efekcie miało doprowadzić Odwołującego oraz wykonawcę Instal do złożenia Kalkulacji cenowej w pierwotnym kształcie i miało świadczyć o braku porównywalności ofert złożonych w Postępowaniu.

Izba wskazuje, że nie było żadnych wątpliwości, co do tego, że Zamawiający załączył do „Wyjaśnień nr 1 do SIWZ” z dnia 19 czerwca 2020 r., wraz z innymi dokumentami, zaktualizowaną kalkulację ceny i opublikował je w folderze „Załączniki do wyjaśnień” na stronie internetowej <http://bip.um.starachowice.pl>. W zakresie dokonanej zmiany wykonawcy nie zgłaszali jakichkolwiek wątpliwości. Wobec tego od momentu publikacji przez Zamawiającego dokumentów zawierających ww. zmianę każdy z wykonawców zachowując zwykłą staranność mógł i powinien był zapoznać się z ich treścią i wprowadzić stosowne zmiany w składanej ofercie. Izba nie stwierdziła, aby dokonana przez Zamawiającego zmiana formularza Kalkulacji cenowej była wprowadzona w sposób niejasny czy też mogący wprowadzać w błąd wykonawców. Ponadto zauważyć należy, że w pkt 8 ppkt 2 specyfikacji Zamawiający podał, iż: "W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego", co wskazuje, iż Zamawiający nie miał obowiązku usuwać pierwotnie

zamieszczonej kalkulacji ceny ze strony internetowej, jak również nie był zobowiązany do zamieszczania informacji, że jest ona nieaktualna.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wszyscy wykonawcy mieli równy dostęp do zmian dokonywanych przez Zamawiającego i tylko od dochowania przez nich zwykłej staranności zależało to, czy zapoznali się z zaktualizowanymi załącznikami zamieszczonymi przez Zamawiającego na stronie internetowej. W kontekście powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:** .....