

WYROK

z dnia 12 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k., ul. Hutnicza 2; 41-709 Ruda Śląska, 2) SEVITEL sp. z o.o., ul. Leopolda 29; 40-189 Katowice, 3) Universal Energy sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54; 41-400 Mysłowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207; 41-914 Bytom**, przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A., ul. Hutnicza 5-9; 42-600 Tarnowskie Góry**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Górnictwo ROW-JAS sp. z o.o., ul. Kasztanowa 2; 44-330 Jastrzębie-Zdrój**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k., ul. Hutnicza 2; 41-709 Ruda Śląska, 2) SEVITEL sp. z o.o., ul. Leopolda 29; 40-189 Katowice, 3) Universal Energy sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54; 41-400 Mysłowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k., ul. Hutnicza 2; 41-709 Ruda Śląska, 2) SEVITEL sp. z o.o., ul. Leopolda 29; 40-189 Katowice, 3) Universal Energy sp. z o.o., ul. Oświęcimska 54; 41-400 Mysłowice**, tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Budowa Pompowni Głębiny „Jan Kanty” dla SRK S.A. Oddział Centralny Zakład Odwadniania Kopalń w ramach zadania: „Zmiana systemu odwadniania w pompowni „Jan Kanty” Oddziału CZOK, ze stacjonarnego na głębinowy”, znak sprawy ZP-CZOK-0021/21”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 maja 2021 r., pod nr 2021/S 094-245850.

Dnia 3 września 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 13 września 2021 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Recycling Logo Group sp. z o.o. sp.k., 2) SEVITEL sp. z o.o., 3) Universal Energy sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie odwołującego w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia i zaoferowanej stawki wynagrodzenia za gotowość ruchową oraz poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia i zaoferowanej stawki wynagrodzenia za gotowość ruchową stanowią omyłki, które podlegają poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zaoferowanego okresu gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia i zaoferowanej stawki wynagrodzenia za gotowość ruchową oraz poprzez odrzucenie oferty odwołującego bez uprzedniego wezwania do wyjaśnienia oferty w powyższym zakresie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności, które zamawiający podjął lub podejmie po odrzuceniu oferty odwołującego, w szczególności zaproszenia pozostałych wykonawców do aukcji elektronicznej lub wyboru oferty innego wykonawcy jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,

3) poprawienia omyłek popełnionych przez odwołującego w formularzu ofertowym poprzez:

- zastąpienie w punkcie 1.1. w pozycji „Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy-max 92 dni)” sformułowania „20 000,00 zł/za dobę” sformułowaniem „1 230 zł/dobę”,

- zastąpienie w punkcie 1.1. w pozycji „Okres gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia (w miesiącach)” sformułowania „36 m-cy” sformulowaniem „48 miesięcy”,

oraz o zobowiązanie zamawiającego do zwrotu na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania wobec wskazanych na wstępie czynności i zaniechań zamawiającego. Uwzględniając kryteria oceny ofert, aktualnie oferta odwołującego zajmuje wprawdzie ostatnią pozycję w rankingu ofert, ale zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej. Ranking ofert nie jest jeszcze ostateczny, ponieważ ciągle trwa badanie i ocena ofert. Ponadto zgodnie z postanowieniami SWZ, zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej, jeżeli w postępowaniu zostaną złożone, co najmniej dwie oferty nie podlegające odrzuceniu. Jeżeli odwołanie odwołującego zostanie uwzględnione, odwołujący powinien zostać zaproszony do udziału w aukcji, a w wyniku przeprowadzenia aukcji jego oferta może okazać się najkorzystniejsza. Dodatkowo możliwe jest odrzucenie ofert złożonych przez innych wykonawców lub wykluczenie tych wykonawców z postępowania. Efektem uwzględnienia odwołania może być zatem wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło z naruszeniem wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, w wyniku którego odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w dniu 28 czerwca 2021 r., działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, udzielił wykonawcom następujących wyjaśnień w zakresie dotyczącym gwarancji:

Pytanie 10: „*Jaki jest wymagany okres gwarancji 60 miesięcy na roboty budowlane i 36 miesięcy na pozostałe obiekty i urządzenia (str. 41 SWZ), czy 48 miesięcy na całość przedmiotu zamówienia (str. 40 SWZ)*”.

Odpowiedź: „*Zamawiający usuwa pkt. II ppkt 1.41. Załącznika nr 1 do SWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) dotyczący udzielenia gwarancji na okres określony w umowie nie krótszy niż 48 miesięcy, na całość przedmiotu zamówienia rozpoczynający się od dnia odbioru końcowego. zamawiający zmienia treść pkt. III ppkt. 1, który otrzymuje następujące brzmienie: „Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji na okres: minimum 60 miesięcy na obiekty budowlane oraz minimum 48 miesięcy na pozostałe obiekty i urządzenia, w tym*

urządzenia stacji transformatorowo-rozdzielczej zasilającej urządzenia pompowni głębinowej, licząc od dnia odbioru końcowego”.

Pytanie 67: „Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności dotyczących wymaganego okresu gwarancji”.

Odpowiedź: „Zamawiający usuwa pkt. II ppkt 1.41. Załącznika nr 1 do SWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) dotyczący udzielenia gwarancji na okres określony w umowie nie krótszy niż 48 miesięcy, na całość przedmiotu zamówienia rozpoczynający się od dnia odbioru końcowego. Obowiązujący jest zapis pkt. III ppkt 1. „Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji na okres: minimum 60 miesięcy na obiekty budowlane oraz minimum 48 miesięcy na pozostałe obiekty i urządzenia, w tym urządzenia stacji transformatorowo-rozdzielczej zasilającej urządzenia pompowni głębinowej, licząc od dnia odbioru końcowego”.

Pytanie 68: „II. SZCZEGÓŁOWE WYMAGANIA TECHNICZNE – pkt 1, ppkt 1.41 – Wykonawca udzieli gwarancji na okres określony w umowie nie krótszy niż 48 miesięcy, na całość zamówienia”.

Odpowiedź: „Odpowiedź jak w pytaniu 67”.

Pytanie 69: „III. WYMAGANIA DOTYCZĄCE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA pkt. 1 – Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji na okres: minimum 60 miesięcy na obiekty budowlane oraz minimum 36 miesięcy na pozostałe obiekty i urządzenia”.

Odpowiedź: „Odpowiedź jak w pytaniu 67”.

Wyjaśnienia treści SWZ z 28 czerwca 2021 r. obejmowały 30 stron i odpowiedzi na 81 pytań. W tym samym piśmie zamawiający zamieścił zarówno wyjaśnienia treści SWZ, jak i zmiany SWZ. Ponadto zamawiający równocześnie z wyjaśnieniami udostępnił wykonawcom 9 załączników, wymienionych na liście załączników znajdującej się na końcu pisma. W części I punkcie 7 (2.7.) załącznika nr 1 do SWZ (str. 36 SWZ) zamawiający zobowiązał się wobec wykonawców do zapłaty wynagrodzenia za gotowość ruchową w przypadku wstrzymania prac z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy: „Jeżeli wstrzymanie prac będzie skutkowało koniecznością postoju maszyn i urządzeń technologicznych, które będą powodowały koszty po stronie Wykonawcy, Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia za gotowość ruchową w wysokości zgodnej z ceną określoną w umowie. Zamawiający przewiduje, że maksymalny łączny okres na jaki mogą zostać wstrzymane prace, wynosi trzy miesiące. Ewentualne przeglądy i rewizje w niezbędnym zakresie, wykonywane w okresie postoju, wykonuje na własny koszt Wykonawca. Zamawiający informuje, że maksymalna cena za gotowość ruchową nie może być wyższa niż 1000,- zł netto za jedną dobę postoju”.

Załącznikiem do SWZ był wzór elektronicznego formularza ofertowego, który pierwotnie przewidywał konieczność uzupełnienia następujących pól z cenami:

- Etap 1 – realizacja w 2021 roku,
- Etap 2 – realizacja w 2022 roku,
- Etap 3 – realizacja w 2023 roku,
- Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju z winy Wykonawcy - max 92 doby).

Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego z 3 sierpnia 2021 r., Elektroniczny Formularz Oferty uległ zmianie: „Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę cenową obejmującą jedynie całkowity koszt realizacji zadania. Rozbicie na poszczególne etapy zadania, realizowane w kolejnych latach trwania inwestycji, nastąpi po przedłożeniu i akceptacji przez Zamawiającego Harmonogramu rzeczowo-finansowego, który będzie stanowił Zał. nr 4 do Umowy i podzielonego na etapy według stanu na dzień podpisania umowy”.

Po powyższej zmianie w Elektronicznym Formularzu Oferty w punkcie 1.1. należało wypełnić następujące pozycje z cenami/ wynagrodzeniem:

- Budowa Pompowni Głębinowej „Jan Kanty” w ramach zadania: „Zmiana systemu odwadniania w pompowni „Jan Kanty” Oddziału CZOK, ze stacjonarnego na głębinowy”,
- Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy-max 92 dni).

Odwołujący uzupełnił pozycje w punkcie 1.1. formularza ofertowego w następujący sposób:

- Budowa Pompowni Głębinowej „Jan Kanty” w ramach zadania: „Zmiana systemu odwadniania w pompowni „Jan Kanty” Oddziału CZOK, ze stacjonarnego na głębinowy” – cena jedn. netto: 59 640 637,00 zł, wartość netto: 59 640 637,00 zł, wartość brutto: 73 357 983,51 zł
- Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy-max 92 dni) – 20 000,00 zł/ za dobę,
- Okres gwarancji na obiekty budowlane (w miesiącach) – 60 m-cy,
- Okres gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia (w miesiącach) – 36 m-cy.

Pismem z 3 września 2021 r., zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, ponieważ odwołujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenie, że okres gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia wynosi 36 m-cy, oraz podał w formularzu stawkę za gotowość ruchową w wysokości 20 000 zł/dobę. W ocenie zamawiającego treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SWZ.

Zamawiający przed odrzuceniem oferty nie zwracał się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty oraz nie powiadomił odwołującego o poprawieniu omyłek w ofercie odwołującego w powyższym zakresie.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego.

Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że rzeczywiście wpisał w formularzu ofertowym 36-miesięczny okres gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia (zamiast minimalnego dopuszczonego przez zamawiającego 48-miesięcznego okresu gwarancji) oraz wynagrodzenie za gotowość ruchową w wysokości 20 000 zł brutto/dobę (zamiast maksymalnego dopuszczonego przez Zamawiającego wynagrodzenia w wysokości 1 000 zł netto/dobę).

Powyższe oświadczenia stanowią część oferty w sensie ścisłym (oświadczenia woli wykonawcy). Wprawdzie w punkcie 5.1.1. SWZ zamawiający zaliczył oświadczenie w sprawie gwarancji do przedmiotowych środków dowodowych. Kwalifikacja ta nie jest jednak poprawna. Potwierdza to również treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty, gdzie zamawiający stwierdził „Wykonawca w ofercie złożył oświadczenie woli w zakresie udzielonej gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia na okres 36-mcy”.

Powyższe niezgodności między treścią oferty odwołującego a warunkami zamówienia nie są wynikiem celowego działania odwołującego. Zamiarem odwołującego było bowiem złożenie oferty zgodnej z warunkami zamówienia, co potwierdza w szczególności oświadczenie odwołującego w punkcie 3 na str. 3 formularza ofertowego: „Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte”.

Powyższe niezgodności pomiędzy treścią oferty a warunkami zamówienia są wynikiem przeoczenia przez odwołującego postanowienia określającego maksymalną wysokość stawki wynagrodzenia za gotowość ruchową (części I punkt 7 (2.7.) załącznika nr 1 do SWZ na str. 36 SWZ) oraz zmiany postanowień dotyczących gwarancji dokonanej przez zamawiającego w dniu 28 czerwca 2021 r. (Część II, punkt 1.41. i Część III, punkt 1 w załączniku nr 1 do SWZ).

Odwołujący podkreślił, że dokumentacja postępowania jest bardzo obszerna, ponieważ planowana inwestycja jest skomplikowanym przedsięwzięciem. Z tego względu do SWZ załączono szereg dokumentów (projekty, pozwolenia, przedmiary itp.). Projekt techniczny składa się z 21 części (wykaz części projektu zawarto w punkcie 2.3 w części I w załączniku nr 1 do SWZ). Do SWZ załączono 20 przedmiarów robót (wykaz przedmiarów robót określa punkt 2.4.6. w części I w załączniku nr I do SWZ). Kolejne załączniki zamawiający udostępnił po ogłoszeniu postępowania w trybie wyjaśniania postanowień SWZ; w szczególności do wyjaśnień z 28 czerwca 2021 r., zamawiający załączył 9 kolejnych załączników. Ostateczny kształt warunków udziału w postępowaniu zamówienia został ustalony dopiero w wyjaśnieniach z 12 lipca 2021 r., na mniej niż miesiąc przed terminem składania ofert.

Z uwagi na obszerność dokumentów zamówienia oraz zakres i dynamikę wyjaśnień i zmian wprowadzanych do dokumentacji zamówienia po ogłoszeniu postępowania odwołujący przeoczył zmianę postanowień SWZ dotyczących gwarancji, dokonaną w dniu

28 czerwca 2021 r. i powtórzył w formularzu ofertowym minimalne terminy składania ofert określone w części III punkcie 1 załącznika nr 1 do SWZ w ich pierwotnym brzmieniu przed zmianą SWZ zawartą w wyjaśnieniach z 28 czerwca 2021 r. Z uwagi na obszerność dokumentów zamówienia odwołujący przeoczył również postanowienie w części I punkcie 7 (2.7.) załącznika nr 1 do SWZ na str. 36 SWZ, określające maksymalną wysokość stawki wynagrodzenia za gotowość ruchową. Postanowienie to zostało bowiem zamieszczone w załączniku nr 1 do SWZ w punkcie 7 (2.7.) w części I tego załącznika, określającej zasady współpracy wykonawcy z zamawiającym i innymi wykonawcami.

Zasady obliczenia ceny, w tym wynagrodzenia za gotowość ruchową, powinny być zawarte w punkcie 20 SWZ o tytule „*Sposób obliczenia ceny*”. W rzeczywistości punkt 20 SWZ zawiera jedynie bardzo ogólne wytyczne dotyczące ustalenia wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia (w ogóle nie odnosi się do wynagrodzenia za gotowość ruchową). Zamawiający zamieścił bardziej szczegółowe wytyczne dotyczące obliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia), a to w punkcie 2.5 w części I o tytule „*Zasady ustalenia ceny za realizację zadania oraz zasady wypłaty wynagrodzeń*” oraz w załącznikach do opisu przedmiotu zamówienia (przedmiary, harmonogram rzeczowo-finansowy, harmonogram prac itd.). Również ten punkt oraz załączniki do opisu przedmiotu zamówienia nie zawierają postanowień dotyczących wynagrodzenia za gotowość ruchową. Zaskakujące jest, że postanowienie o maksymalnej stawce wynagrodzenia za gotowość ruchową zostało zamieszczone w części SWZ, z której tytułu wynika, iż ma ona regulować zasady współpracy z zamawiającym i innymi wykonawcami. Ponadto jest to jedyne miejsce w SWZ, formułujące wymaganie w tym zakresie. Sposób konstrukcji SWZ przez zamawiającego przyczynił się zatem do popełnienia omyłki przez odwołującego. Zamieszczenie wymagania dotyczącego maksymalnej wysokości stawki wynagrodzenia za gotowość ruchową w innej części SWZ niż przeznaczona na określenie wymagań dotyczących sposobu obliczenia ceny oraz obszerność dokumentacji były źródłem omyłki odwołującego w tym zakresie zwłaszcza, że wymaganie to nie zostało powtórzone w innych postanowieniach SWZ.

Odwołujący podniósł, że niezgodność między ofertą odwołującego a dokumentami zamówienia jest wynikiem omyłki odwołującego, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a obowiązkiem zamawiającego było rozważenie możliwości poprawienia omyłki na podstawie wskazanego przepisu.

Uwzględniając treść SWZ i wprowadzonych do niej zmian oraz treść oferty odwołującego, poprawienie omyłek popełnionych przez odwołującego w punkcie 1.1. formularza ofertowego powinno polegać na:

- zastąpieniu w pozycji „Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto (w przypadku postępu NIE z winy Wykonawcy-max 92 dni)” sformułowania „20 000,00 zł/ za dobę” sformułowaniem „1 230 zł/dobę”,

- zastąpieniu w pozycji „Okres gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia (w miesiącach)” sformułowania „36 m-cy” sformulowaniem „48 miesięcy”.

Odwołujący podniósł, że w pozycji dotyczącej okresu gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia, odwołujący powtórzył pierwotnie wymagany minimalny okres gwarancji. Termin gwarancji nie stanowi w tym postępowaniu kryterium oceny ofert. Uwzględniając te dwie okoliczności, oczywistym jest, że intencją odwołującego było zaoferowanie minimalnego dopuszczonego przez zamawiającego terminu gwarancji. Analogicznie postąpili pozostali wykonawcy, biorący udział w postępowaniu. Zamawiający jest zatem w stanie poprawić ofertę, opierając się na treści oferty i SWZ, zastępując wartość „36 - mcy” (minimalny termin gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia określony pierwotnie w SWZ) wartością „48 miesięcy” (minimalny termin gwarancji w tym zakresie po zmianie SWZ z 28 czerwca 2021 r.). Zamawiający, opierając się na treści oferty i SWZ, jest w stanie poprawić omyłkę, zastępując wartość „20 000,00 zł/ za dobę” (stawka wynagrodzenia za gotowość ruchową zaoferowana w wyniku omyłki) wartością „1 230 zł/dobę” (maksymalna stawka wynagrodzenia za dobę, tj. 1 000 zł netto, powiększona o 23% podatku VAT). Poprawienie omyłki w ten sposób nie wymaga dalszych zmian w ofercie odwołującego; wynagrodzenie za gotowość ruchową nie jest bowiem składnikiem kalkulacyjnym wynagrodzenia za wykonanie pompowni (oferowanego w pierwszej pozycji w punkcie 1.1. formularza ofertowego). Zmiany wprowadzone do oferty wskutek powyższego poprawienia omyłek nie będą miały charakteru istotnego. Kwantyfikator "istotnych zmian" należy bowiem odnieść do całości treści oferty. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że zarówno termin gwarancji, jak i wynagrodzenie za gotowość ruchową nie stanowią przedmiotowo istotnych postanowień umowy o roboty budowlane (*essentialia negotii*). Do *essentialia negotii* tej umowy należy bowiem zobowiązanie wykonawcy do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, oraz odpowiadające mu zobowiązanie inwestora do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (w tym wypadku wynagrodzenia za wybudowanie pompowni ujętego w pierwszej pozycji punktu 1.1. formularza ofertowego). Gwarancja jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, akcesoryjnym w stosunku do głównego przedmiotu świadczenia wykonawcy. W przypadku wad w wykonanych robotach zamawiającemu z mocy przepisów Kodeksu cywilnego przysługują wobec wykonawcy przede wszystkim roszczenia o wykonanie przedmiotu umowy, roszczenia z tytułu rękojmi oraz roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W przypadku, którego dotyczy odwołanie, omyłka nie dotyczy gwarancji

na cały przedmiot zamówienia, lecz na jeden jego zakres, tj. obiekty i urządzenia inne niż obiekty budowlane. Przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia na roboty budowlane, a głównym świadczeniem wykonawcy jest wykonanie obiektu budowlanego. Odwołujący prawidłowo zaoferował 60-miesięczny termin gwarancji na obiekty budowlane, które są podstawowym i głównym świadczeniem wykonawcy w przypadku tego zamówienia. Gwarancja na pozostałe obiekty i urządzenia, których dotyczy omyłka, ma dodatkowy, wtórny charakter. Ponadto termin gwarancji nie stanowi kryterium oceny ofert; poprawienie omyłki nie wpłynie zatem na ranking wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający wyraźnie rozróżnia w dokumentach zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia (wskazywane w pozycji pierwszej w punkcie 1.1. formularza ofertowego oraz w § 3 ust. 1 projektowanych postanowień umownych, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ) od wynagrodzenia za gotowość ruchową (wskazywane w pozycji „Stawka za gotowość ruchową zł/dobę brutto w punkcie 1.1 formularza ofertowego oraz w § 3 ust. 2 projektowanych postanowień umownych). Wynagrodzenie za gotowość ruchową nie stanowi składnika wynagrodzenia za wykonanie pompowni. Wycena tego składnika nie została przewidziana w przedmiarach, harmonogramie rzeczowo – finansowym (załącznik nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia) czy w dokumencie „Przyporządkowanie poszczególnych pozycji przedmiarów robót do określonych zadań częściowych w harmonogramie rzeczowo – finansowym” (załącznik nr 3 do opisu przedmiotu zamówienia), w oparciu o które wykonawcy mieli sporządzić kosztorys, załączany do oferty. Wynagrodzenie to ma ponadto potencjalny charakter, zamawiający będzie zobowiązany do jego zapłaty wyłącznie, jeżeli wstrzyma prace z przyczyn nie dotyczących wykonawcy (punkt 7 (2.7) w części I w załączniku nr 1 do SWZ oraz § 3 ust. 2 projektowanych postanowień umownych, stanowiących załącznik nr 2 do SWZ). Nie wiadomo, czy dojdzie w ogóle do wstrzymania robót i jak długo to wstrzymanie będzie trwało. Nie można wykluczyć, że do wstrzymania robót, a tym samym do zapłaty tego wynagrodzenia, w ogóle nie dojdzie.

Również porównanie wysokości wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferowanego przez wykonawcę (73 357 983,51 zł) i dobowej stawki wynagrodzenia za gotowość ruchową (20 000 zł) jednoznacznie wskazuje, że w kontekście całej oferty wynagrodzenie za gotowość roboczą nie ma istotnego znaczenia i jego obniżenie do maksymalnego poziomu dopuszczonego przez zamawiającego nie spowoduje istotnej zmiany oferty. Nawet łączne wynagrodzenie za maksymalnie 92 doby gotowości ruchowej stanowi zaledwie 2,45% sumy wynagrodzenia zaoferowanego przez odwołującego za wykonanie przedmiotu umowy i za gotowość ruchową. Z punktu widzenia całej oferty i całego przedmiotu zamówienia wynagrodzenie za gotowość ruchową nie stanowi zatem

istotnego składnika oferty odwołującego, a jego zmiana w trybie poprawienia omyłki będzie miała charakter znikomy.

Biorąc pod uwagę powyższe, niezgodności w ofercie odwołującego z dokumentami zamówienia stanowią inne omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Spełnione są warunki poprawienia tych omyłek: zamawiający jest w stanie poprawić omyłki, bez zwracania się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, a poprawienie omyłek nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.

Zarzut naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5) i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego bez zwracania się do odwołującego o udzielenie jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących treści oferty, w szczególności odnośnie do przyczyn złożenia oferty o takiej treści.

Zdaniem odwołującego, zamawiający na podstawie dokumentacji postępowania i oferty odwołującego, jest w stanie samodzielnie stwierdzić, że niezgodność w ofercie odwołującego jest wynikiem omyłki. Zamawiający jest również w stanie, bez udziału odwołującego, poprawić omyłki w ofercie odwołującego. Zaniechanie przez zamawiającego poprawienia omyłek w ofercie odwołującego może świadczyć o tym, że zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie lub odmiennie ocenił stan faktyczny. W takiej sytuacji zamawiający powinien był zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień co do treści oferty, przed odrzuceniem oferty odwołującego.

Wprawdzie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wypracowano wskazówkę, że zasadniczo powinna istnieć możliwość poprawienia omyłki przez zamawiającego bez udziału wykonawcy. Wymaganie takie nie zostało jednakże sformułowane zarówno w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy z ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jak i w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Wprawdzie przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, przewiduje prawo zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia. W pewnych sytuacjach prawo to przekształca się w obowiązek.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł, co następuje.

Jak wskazał sam odwołujący, powodem błędów była obszerność dokumentów zamówienia oraz zakres i dynamika wyjaśnień i zmian wprowadzonych do dokumentacji zamówienia po ogłoszeniu postępowania - w zakresie błędnego wskazania gwarancji, oraz niewłaściwy sposób konstrukcji SWZ cyt. *„Sposób konstrukcji SWZ przez Zamawiającego przyczynił się zatem do popełnienia omyłki przez Odwołującego”* (str.7 odwołania).

Tego typu rozumowanie, przerzucające odpowiedzialność za niedochowanie obowiązku przygotowania oferty zgodnej z SWZ na zamawiającego, jest działaniem zupełnie niezrozumiałym zwłaszcza wobec faktu, iż oczywistym jest, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu i zainteresowani w uzyskaniu zamówienia są zobowiązani do rzetelnego przanalizowania i zapoznania się z treścią wymogów zamawiającego. Z jednej strony odwołujący tłumaczy się dynamiką zmian SWZ, z drugiej zaś niewłaściwym skonstruowaniem SWZ - są to tłumaczenia nie zasługujące na aprobatę zwłaszcza, iż pozostali wykonawcy nie mieli problemów ze złożeniem prawidłowej oferty. W ocenie zamawiającego odnotowane w przedmiotowym postępowaniu rażące niezgodności nie mogą - jak chce odwołujący - być potraktowane w charakterze „omyłek”. Ponadto, wszelkie zastrzeżenia lub wątpliwości co do treści SWZ wykonawcy zobowiązani są zgłaszać na etapie zadawania pytań, odwołanie zaś wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkursu lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w określonym ustawowo terminie. Na marginesie zaznaczenia wymaga, iż brak zapoznania się z treścią dokumentów zamówienia z uwagi na ich „obszerność”, nie stanowi w ocenie zamawiającego uzasadnienia. W orzecznictwie wyrażono przy tym zapatrywanie, iż: *„Zamawiający konstruuje zapisy SWZ tak, aby w możliwie jak najlepszy sposób ułatwiły wybór najkorzystniejszej oferty. Jeżeli, zdaniem wykonawcy, postanowienia SWZ są niezgodne z ustawą, to powinien wnieść odwołanie w tym zakresie w odpowiednim terminie. W przeciwnym razie będzie on zobowiązany do sporządzenia swojej oferty zgodnie z wymogami zamawiającego. Jeżeli treść oferty nie będzie odpowiadała treści SWZ, zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 (dawny art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)”*.

Na gruncie przepisu art. 223 ustawy Pzp, wyrażono zapatrywanie, iż poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian” wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może „poprawiać”, ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu. Tytułem przykładu warto zwrócić uwagę, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty braku wyceny pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. Z analogiczną sytuacją mamy miejsce w przedmiotowej sprawie - nie wiadomo na jakiej podstawie zamawiający miałyby ustalić rzeczywistą intencję wykonawcy w zakresie zawartych w ofercie oświadczeń i dokonać ich samodzielnej „poprawy”.

W literaturze zwrócono uwagę, iż: „w sytuacji gdy zamawiający w dokumentach zamówienia zażądał od wykonawców złożenia wraz ofertą przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 1 PZP), badanie i ocena ofert dokonywane są dodatkowo przy uwzględnieniu informacji wynikających z tych dowodów. Zgodnie art. 7 pkt 20 PZP służą one bowiem potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Przedmiotowe środki dowodowe podlegają w sytuacjach wskazanych w art. 107 ust. 2 i 4 PZP uzupełnieniu, z wyjątkiem przypadku, gdy dotyczą cech lub kryteriów określonych w opisie kryteriów oceny ofert. Ponadto, zgodnie z art. 107 ust. 4 PZP, wszystkie przedmiotowe środki dowodowe mogą także podlegać wyjaśnieniu. W konsekwencji, jeśli w toku badania lub oceny ofert treść złożonych przedmiotowych środków dowodowych będzie budziła wątpliwości zamawiającego, może on wezwać do ich wyjaśnienia. Pamiętać jednak należy, że dowody te mają służyć potwierdzeniu, czy oferowane przez wykonawcę rozwiązania są zgodne z wymaganiami zamawiającego, dlatego też muszą dotyczyć treści oferty złożonej przez wykonawcę. Skoro zatem oferta po upływie terminu na składanie ofert nie może być zmieniana, to także wyjaśnienia treści dotyczące tych dowodów (ani także ich ewentualne uzupełnienia w oparciu o art. 107 ust. 2 i 4 PZP) nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty” (Art. 223 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/J. Jarnicka). Nie ulega wątpliwości, iż zmiana okresu gwarancji czy zmiana stawki godzinowej związanej z postojem byłaby jednoznaczna ze zmianą oferty.

Co istotne, w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wyraża w tym miejscu ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno zatem mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty (Art. 223 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/J. Jarnicka). Nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie brak było możliwości „wyjaśnienia treści” ponieważ wykonawca zaoferował zupełnie inne wielkości, niż były wymagane przez zamawiającego. Ich „wyjaśnienie” oznaczałoby *de facto* jej istotną zmianę oraz negocjowanie jej treści, w tym poprzez znaczące obniżenie godzinowej stawki postoju podanej przez odwołującego.

Z definicji warunków zamówienia, a także obligatoryjnych elementów SWZ lub OPiW wynika, że oprócz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i jego realizacji (merytorycznych), określane są również wymagania proceduralne (formalne), dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia. W doktrynie wyrażono zapatrywanie, iż *odrzućcie*

oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczone woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (Art. 226 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska).

Podkreślenia także wymaga, iż wykonawca, składając ofertę, powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia. Oferta, rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 KC, stanowi oświadczenie drugiej stronic woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. *„Przy czym dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia”* (Art. 226 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska). Tym samym brak jest podstaw do podzielenia stanowiska odwołującego, iż z faktu złożenia standardowego oświadczenia o treści: *„zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte”* (str.6 odwołania), należy automatycznie wyprowadzić wniosek o istnieniu „omyłki” w zakresie okresu gwarancji czy stawki godzinowej, ponieważ rozumowanie takie przekreślałoby chociażby sens wprowadzenia przez ustawodawcę regulacji określonej w art. 226 ust. 1 pkt.5) ustawy Pzp.

Zamawiający może żądać złożenia przez wykonawców wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań lub cech określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiach związanych z jego realizacją (art. 106-107 ustawy Pzp). W świetle art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożył je niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie tylko w przypadku, kiedy przewidział taką możliwość

w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. „Zauważenia jednakże wymaga, że przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, nie pozwala na wezwanie do poprawienia złożonych przedmiotowych środków dowodowych, jak to miało miejsce na gruncie ustawy Pzp z 2004 r. Jeżeli zatem złożone wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe potwierdzają, że przedmiot oferty nie spełnia określonych przez zamawiającego cech lub wymagań, zamawiający nie może wezwać do poprawienia tych środków w celu potwierdzenia wymaganej zdolności. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp” (Art. 226 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska).

Nie sposób także zrozumieć stwierdzenia odwołującego, iż poprawienie omyłek w przedmiotowej sprawie nie wymagało udziału wykonawcy. Nie wiadomo w jaki sposób zamawiający byłby w stanie samodzielnie ustalić, jaka jest oferowana przez odwołującego stawka wynagrodzenia za gotowość ruchową wobec faktu, iż postanowienie w tym zakresie - część I pkt. 7 załącznika nr 1 do SWZ str. 36 stanowi, iż: „Zamawiający informuje, że maksymalna cena za gotowość ruchową nie może być wyższa niż 1000,- zł netto za jedną dobę postoju”. Oczywistym jest zatem, iż wykonawcy mogli wskazać różne stawki, z tym że nie wyższe niż 1000 zł netto. Nie wiadomo zatem na jakiej podstawie odwołujący twierdzi, iż zamawiający był zobowiązany do przyjęcia „omyłki” i samodzielnego poprawienia formularza ofertowego poprzez:

- zastąpienie w pozycji „stawka za gotowość ruchową zł/ dobę brutto (w przypadku postoju NIE z winy Wykonawcy - max 92 dni)” sformułowania „20 000,00 zł/za dobę” sformułowaniem „1 230 zł/dobę”,

- zastąpieniu w pozycji „Okres gwarancji na pozostałe obiekty i urządzenia (w miesiącach)” sformułowania „36 miesięcy” sformułowaniem „48 miesięcy” (str.8 odwołania).

Oczekiwanie takiego postępowania zamawiającego nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiąc jednocześnie istotne naruszenie statuowanych nim zasad niezmienności oferty oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Przystępujący wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Szybów S.A. (dalej: „PBS”), złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Podzielając merytoryczne stanowisko zamawiającego oraz przystępujących, Izba wskazuje co następuje.

Wskazane przez odwołującego przepisy stanowią, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (art. 223 ust. 1). Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona (art. 223 ust. 2 pkt 3). Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5).

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 ustawy Pzp).

Oceniając czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba stwierdziła, że były one prawidłowe, znajdujące oparcie w przepisach ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, iż aby zamawiający mógł zastosować procedurę opisaną w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi dokonać wnikliwej oceny treści złożonej oferty i ocenić czy

stwierdzone omyłki są na tyle nieistotne, iż dają się poprawić przez zamawiającego. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że omyłki w ofercie wykonawcy, polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie dają się poprawić i powodują istotne zmiany w treści oferty, to zamawiający ma obowiązek taką ofertę odrzucić.

Analizując charakter popełnionych przez odwołującego omyłek i ich istotność oraz okoliczności z tym związane, Izba stoi na stanowisku, że omyłki popełnione przez odwołującego były omyłkami na tyle istotnymi, że nie dawały się poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż błędy popełnione przez odwołującego *de facto* nie stanowią omyłek, o których stanowią wyżej cytowane przepisy ustawy, a ponadto stanowią *essentialia negotii* przyszłej umowy. Nadto, aby zamawiający mógł stwierdzić, że mamy do czynienia z omyłką powinna ona dać się zidentyfikować w oparciu o pozostałe dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę w ofercie i dokumentach załączonych do niej (vide: wyroku Sąd Okręgowy w Łodzi z dnia 30 grudnia 2015 r., sygn. II Ca 1583/15, cyt. *„zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę jedynie wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę i nie może żądać wyjaśnienia treści oferty, którą uważa za niejasną lub niezgodną z treścią siwz.”*). W przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Wyraźne i jednoznaczne oświadczenia odwołującego, nie mogą być zatem następnie sanowane w trybie ich poprawienia na zasadzie wynikającej z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak słusznie wskazała przystępujący PBS, zamawiający w SWZ nie wskazał „na sztywno” zarówno okresu gwarancji „na pozostałe obiekty i urządzenia (w miesiącach)”, jak również stawki za jedną dobę pozostawania w gotowości ruchowej. W obu przypadkach zamawiający określił jedynie wartości graniczne deklarowanego okresu świadczenia - w przypadku gwarancji jest to wartość minimalna (*„Wykonawca udzieli gwarancji zamawiającemu na okres: (...) minimum 48 miesięcy na pozostałe obiekty i urządzenia”* vide np. odpowiedź na pytanie nr 10 do SWZ), natomiast w przypadku stawki gotowości ruchowej - stawka maksymalna (*„maksymalna cena za gotowość ruchową nie może być niższa wyższa niż 1000,- netto za jedną dobę postoju”* - vide pkt 7.2.7 OPZ). Każdy z wykonawców miał zatem swobodę podjęcia decyzji o sposobie deklarowanego sposobu realizacji zamówienia. O powyższym świadczy przykładowo fakt, że przystępujący PBS zaoferował kwotę 1200 zł brutto/doba.

Powyższe potwierdza sam wzór umowy, który w § 3 ust. 1 nie określa stawki po jakiej będzie rozliczana doba postoju - z dokumentu wynika, że ta część wzoru dokumentu zostanie uzupełniona po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, na podstawie formularza ofertowego wykonawcy.

W przypadku wyliczenia stawki za pozostawanie w gotowości ruchowej, wykonawcy byli zobowiązani wyliczyć, jaki koszt będzie ponoszony przez 1 dobę zawieszenia wykonania

prac. Koszt ten powinien uwzględniać koszty pracy personelu (zamawiający określił wymóg zatrudnienia części kadry na podstawie umowy o pracę), koszty wynajmowanych/ użyczanych urządzeń do realizacji zamówienia etc. Nie jest zatem tak, jak próbuje dowieść odwołujący, że wykonawcy byli obowiązani uzupełnić formularz w z góry określony sposób (tj. wpisać kwotę „1.230 zł brutto/doba”), a dokonanie poprawy omyłki w jego ofercie, należy uznać za obowiązek zamawiającego wynikający z mocy ustawy. Gdyby taka bowiem była intencja zamawiającego, to formularz ofertowy powinien określać odgórnie stawkę za jedną dobę postępu, bez możliwości ich modyfikacji (np. jak miało to miejsce w przypadku określonych przez zamawiającego terminów wykonania zamówienia).

Okoliczności podnoszone przez odwołującego, związane z obszernością dokumentacji postępowania oraz licznymi pytaniami wykonawców i odpowiedziami zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia wyjaśnień odwołującego za zasadne. Podmiot profesjonalny, jakim z całą pewnością jest odwołujący, winien dołożyć wszelkich starań, aby treść opracowanej i następnie złożonej zamawiającemu oferty, była zgodna z warunkami zamówienia. Dziwi zatem stanowisko odwołującego w tej materii, które pozostaje wprost w opozycji do okoliczności związanych z możliwością złożenia prawidłowej treści oferty przez innych wykonawców. Niebagatelna wartość zamówienia nakłada szczególne wymagania na wykonawców względem dołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty.

O istotności popełnionych omyłek mogą świadczyć różnego rodzaju okoliczności mające lub mogące mieć wpływ na realizację zamówienia. Jednakże każdy przypadek musi być oceniany indywidualnie, nie ma bowiem dwóch identycznych postępowań czy dokumentacji postępowania, które można by analogicznie zastosować do innych postępowań.

Izba stwierdziła, iż w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na charakter omyłek i braku możliwości ich samodzielnego (przez zamawiającego) poprawienia, nie zachodziła podstawa do zastosowania przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem w wyniku pozyskania wyjaśnień od odwołującego, zostałaaby wytworzona zupełnie nowa treść oferty, a co za tym idzie można by uznać, że w takim przypadku zamawiający przeprowadziłby niedozwolone negocjacje z wykonawcą, co do treści oferty. Takie czynności zamawiającego sprzeczne by były z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: