

Sygn. akt: KIO 1128/21

WYROK
z dnia 4 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2021 r. przez odwołującego **TEXOM sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie** (Aleja Pokoju 1, 31-548 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów),

przy udziale wykonawców:

A. PESAM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy (ul. Tuwima 2, 39-200 Dębica),

B. SOLKAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (ul. Mikołaja Reja 12, 35-211 Rzeszów)

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **TEXOM sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie**;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego: **TEXOM sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie** kwotę 14.040 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem: wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł, kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 423 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w piśmie z dnia 13 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowa Podkarpackiego Parku Biznesowego”. Numer referencyjny: ZP/2020/PPNT. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 30.12.2020 r. nr 77339244-2020, ostatnie ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 22.03.2021 r. nr 540424202-N-2021. Wnoszący odwołanie wykonawca (Odwołujący) - TEXOM sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego złożenia przez wykonawcę wyjaśnień i poprawienia w załączonym do oferty Odwołującego zestawieniu kosztów rodzajowych kosztów stanu surowego robót budowlanych w taki sposób, aby wartość wynagrodzenia za wykonanie stanu surowego robót budowlanych nie przekroczyła 27% sumy brutto wartości robót budowlanych tj. sumy pozycji 1-42 zestawienia, bez wartości wyposażenia części gastronomicznej wskazanych w pkt, VII-VIII zestawienia — w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą skróconą: „Budowa Podkarpackiego Parku Biznesowego”. Wykonawca wskazał, że pełna nazwa zadania objętego zamówieniem to: „Budowa budynku biurowo-usługowego — Podkarpackiego Parku Biznesowego - wraz z instalacjami wewnętrznymi (wodociągową, kanalizacyjną, gazową, centralnego ogrzewania, wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, elektryczną, teletechniczną) oraz przyłączami: wody, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, energii elektrycznej, instalacji teletechnicznej, zewnętrzną instalacją oświetleniową i miejscami postojowymi oraz przełożeniem przyłącza kanalizacji deszczowej w Jasionce wraz z dostawą wyposażenia części gastronomicznej budynku”. Także wskazał, że (...) Pierwotne ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w BZP z 30.12.2020r. pod numerem 773392-N-2020. Ogłoszenie było modyfikowane w dniu 13.01.2021 r., w dniu 22.01.2021 r. w dniu 9.02.2021 r., w dniu 15.02.2021 r., w dniu 19.02.2021 r. oraz w dniu 23.02.2021 r. i w dniu 12.03.2021 r., w dniu 18.03.2021 r. oraz w dniu 22.03.2021 r.”

Wykonawca podał, że (...) *posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania ponieważ w dniu 26.03.2021r. złożył ofertę (oznaczoną przez Zamawiającego jako oferta nr 3) o udzielenie przedmiotowego zamówienia, oferta Odwołującego się jest najkorzystniejsza*

bowiem w stosunku do pozostałych ofert zawiera najkorzystniejszy bilans oferowanego wynagrodzenia i okresu gwarancji, oferta Odwołującego mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji należy przyjąć, że gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku ku temu podstaw;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - zaniechanie poprawy w załączonym do oferty Odwołującego zestawieniu kosztów rodzajowych robót budowlanych w taki sposób, aby wartość robót stanu surowego określonych w rozdziale II zestawienia nie przekroczyła 27% sumy wartości robót budowlanych brutto określonych w pozycji 43 zestawienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów i okoliczności podniesionych w odwołaniu;
- 3) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego w całości.

W uzasadnieniu wskazał w szczególności:

W niniejszej sprawie brak było podstaw do odrzucenia jego oferty, a w świetle obowiązujących w niniejszym postępowaniu przepisów dotychczasowej ustawy PZP, Zamawiający powinien co najwyżej podjąć czynności wyjaśniające oraz ewentualnie dokonać poprawek, w taki sposób aby wyeliminować omyłkę nieistotną, którą zidentyfikował w treści załącznika do oferty Odwołującego. Niniejsze postępowanie obejmuje udzielenie zamówienia na roboty budowlane tj. budowę budynku Podkarpackiego Parku Biznesowego oraz na dostawę wyposażenia części gastronomicznej budynku, przy czym roboty budowlane stanowią zdecydowaną większość zarówno jeśli chodzi o zakres, jak i wartość zamówienia. Roboty mają być zrealizowane w oparciu o projekt budowlany i wykonawczy udostępniony przez Zamawiającego. Zamawiający nie zdecydował się dzielić zamówienia na części, bowiem jak to uzasadnia w treści protokołu postępowania: *„Ze względu na sprawne wykonanie zamówienia, zakres odpowiedzialności wykonawcy zdecydowano o zleceniu tego zamówienia w całości. Jest to jeden budynek, jedno pozwolenie na budowę, jedna dokumentacja techniczna. Dzielenie tego zamówienia na części nie byłoby celowe ze względów organizacyjnych, ekonomicznych i zakresu odpowiedzialności wykonawcy.”*

Wynagrodzenie za wykonanie całości zamówienia zostało przyjęte w formule wynagrodzenia ryczałtowego. Zgodnie z § 8 ust. 3 projektu umowy o udzielenie niniejszego zamówienia: „Wynagrodzenie obejmuje całkowity koszt wykonania Przedmiotu umowy, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jego wykonaniu, np. związane z utrzymaniem terenu budowy i jego likwidacją po zakończeniu robót, doprowadzeniem niezbędnych mediów oraz koszt ich dostawy, zapewnieniem warunków bhp i ppoż., odszkodowaniami za szkody powstałe w trakcie wykonywania robót, wywozem i utylizacją materiałów z rozbiórki nienadających się do powtórnego użycia, koszty przeglądów gwarancyjnych, wszystkie inne, wymienione wyżej koszty ogólne budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem za mównienia zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami technicznymi i prawnymi.”

Kryteria oceny ofert, które przyjął Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ, zostały oparte na systemie punktowym i obejmują:

- 1) Cena — znaczenie w ocenie 95 %
- 2) Okres gwarancji - znaczenie w ocenie 5%.

Wykonawca podkreślił że cena podlegająca punktacji – co jego zdaniem ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - to tylko i wyłącznie suma wynagrodzenia brutto za wykonanie zamówienia w całości, którą wykonawca zobowiązany był zaoferować w treści formularza ofertowego oznaczonego jako załącznik nr 1 do oferty (cena ofertowa). Wyłącznie do tej właśnie ceny ofertowej (suma wynagrodzenia brutto za wykonanie zamówienia w całości) odnosi się również umowa o udzielenie zamówienia określając tę kwotę jako wynagrodzenie ryczałtowe (§ 8 ust. 1), określając limit wypłaty wynagrodzenia wykonawcy dla faktur częściowych i faktury końcowej (§ 9 ust. 4 i 5), ustalając wysokość kar umownych (§ 11 ust. 1), zastrzegając prawo do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (§ 12 ust. 3), czy wreszcie określając wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 15 ust. 1). Faktem jest, że w treści SIWZ (pkt. XIII) Zamawiający zastrzegł aby obok ceny ofertowej wykonawca opracował i przedłożył do oferty tzw. zestawienie rodzajowe kosztów, w którym należy podzielić wynagrodzenie brutto za poszczególne części zamówienia zgodnie z tabelą opracowaną przez Zamawiającego. Tabela ta podlegała modyfikacjom w ramach zmian SIWZ wprowadzonych przez Zamawiającego. Ostatecznie wzór tabeli ustalony przez Zamawiającego wymagał aby wykonawca podzielił sumę zaoferowanego przez siebie wynagrodzenia w ramach ośmiu rozdziałów tabeli przy czym według wytycznych Zamawiającego (zawartych w pkt. XIII.3 SIWZ): „Cena za rozdział stan zerowy nie więcej niż 7,00 % wartości robót budowlanych, cena za rozdział II stan surowy nie więcej niż 27,00 % wartości robót budowlanych, cena za rozdział III stan wykończeniowy nie więcej niż 38,00 % wartości robót budowlanych. Pozycje od 1 do 42 (czyli rozdziały I — VI) obejmują roboty budowlane. W pozycji 43 wpisać sumę wartości robót budowlanych.”

Podkreślił, że zastrzegając wymóg uzupełnienia i przedłożenia wraz z ofertą wyżej wymienionej tabeli — Zamawiający nie przypisał jej żadnego istotnego znaczenia dla warunków realizacji zamówienia, które ma zostać udzielone. Zarówno postanowienia SIWZ, jak też postanowienia umowy nie określają celu, ani też skutków dla w/w „zestawienia rodzajowego kosztów”, co wynika z następujących warunków postępowania i przyszłego świadczenia:

- Zestawienie nie podlega punktacji w ramach przyjętych kryterium oceny ofert pozostaje bez wpływu na wysokości ceny ofertowej tj. zaoferowanej w formularzu ofertowym sumy wynagrodzenie brutto za całość wynagrodzenia.
- Zestawienie nie determinuje sposobu rozliczenia robót częściami w toku ich realizacji, bowiem 59 umowy o udzielenie zamówienia nie uzależnia w jakimkolwiek zakresie odbiorów czy też faktur częściowych od etapów lub pozycji określonych w treści w/w tabeli.
- Zestawienie nie wpływa na zasady odbioru robót w toku, bowiem wprost § 7 ust. 5 umowy stwierdza, że „Odbiory częściowe dokonywane będą nie częściej niż 1 raz w miesiącu kalendarzowym, w miarę procentowego zaawansowania realizacji robót. Odbiory częściowe mogą dotyczyć robót wchodzących w zakres jednego lub większej liczby elementów wskazanych w pozycjach tabeli zawartej w § 8 ust. 1.”
- Zestawienie jest obojętne dla umownych terminów realizacji robót, bowiem § 2 umowy nie ustala jakichkolwiek terminów pośrednich realizacji zamówienia i nie odnosi się w ogóle do w/w tabeli.
- Zestawienie nie ma żadnego znaczenia dla możliwości powierzenia robót podwykonawcom (§ 6 umowy), limitów wypłaty wynagrodzenia wykonawcy w ramach faktur częściowych i faktury końcowej (§ 9 ust. 4 i 5 umowy), wysokości kar umownych (511 ust. 1 umowy), prawa do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (§ 12 ust. 3 umowy), czy wreszcie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§15 ust. 1 umowy).

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że oczekiwane przez Zamawiającego „zestawienie kosztów rodzajowych” ma rolę pomocniczą, informacyjną, a przede wszystkim nie ma wpływu na ostateczną wartość oferty.

Przyznał, że jak ustalił Zamawiający w sprawie, w zestawieniu kosztów rodzajowych, które zostało załączone do oferty Odwołującego oznaczona w części dotyczącej stanu surowego (rozdział II) wartość robót wynosi 3 547 530,33 zł brutto, co stanowi 27,09 % wartości robót budowlanych, wynoszącej 13 095 460,68 zł brutto (poz. 43). W konsekwencji wartość brutto robót stanu surowego jest większa od określonej przez Zamawiającego jako maksymalna

wartości 27,00 % wartości robót budowlanych ogółem, przy czym jest to różnica o 0,09% więcej aniżeli zakładana wielkość przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego powyższa rozbieżność ma charakter nieistotny (0,09% wartości robót budowlanych bez wyposażenia) i nie stanowi samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności na podstawie wskazanego przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Przepis powyższy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Oznacza to, że przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP Zamawiający obligatoryjnie powinien rozważyć zasadność zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP celem konwalidacji rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ.

W zasadzie analogicznym jak w niniejszej sprawie zagadnieniem zajęła się Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 26.03.2019r. sygn. akt KIO/KU 18/19, gdzie dokonała dogłębnej analizy i wykładni cytowanych wyżej przepisów. Jak stwierdził skład orzekający w w/w uchwale art. 87 ust. 2 ustawy Pzp reguluje kwestie ingerencji podmiotu zamawiającego w treść złożonej przez wykonawcę oferty w przypadku dostrzeżenia określonych enumeratywnie trzech typów omyłek. Nadto jak należy wnioskować ze względu na użycie przez Ustawodawcę zwrotu „Zamawiający poprawia w ofercie podmiot zamawiający jest zobligowany do dokonania wskazanych w punktach 1- 3 art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ingerencji w treść oferty wykonawcy. W dwóch pierwszych przypadkach uregulowanych w treści art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp mowa jest o oczywistych omyłkach pisarskich i rachunkowych. Ostatni 3 punkt tego przepisu odnosi się do innych omyłek polegających na niezgodności oferty (w zasadzie o niezgodności jej treści) ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ). Izba konstatuje jednocześnie, że odmiennie niż w przypadku omyłek psarskich i rachunkowych, w odniesieniu do innych omyłek Ustawodawca nie posługuje się zwrotem „oczywistych”. Oznacza to, że o ile omyłki pisarskie i rachunkowe muszą mieć taki charakter, a więc winny być one wynikiem niejako wewnętrznych rozbieżności treści złożonej oferty — a zatem winny być łatwo dostrzegalne i w taki sam sposób możliwe do poprawienia, to dla zaistnienia obowiązku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wystarczająca jest sama rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ. Oznacza to nie mniej ni więcej, że wystąpienie takiej rozbieżności uruchamia automatycznie proces jej oceny pod kątem spełnienia innych przesłanek ujętych we wskazanym wyżej przepisie. Jednym z tych elementów jest uznanie, że poprawienie zaistniałej rozbieżności nie może powodować istotnej zmiany w treści oferty. Analogiczne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 19 marca 2019 r. sygn. akt KIO/KU 16/19, gdzie zostało wskazane, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w opisie przesłanek pozwalających na jego poprawienie nie wskazuje na „oczywistość” omyłki, lecz na jej „nieistotność” dla treści oferty,

tj. stosunkowo niewielki zakres zmiany (jakkolwiek w praktyce również takie omyłki często bywają oczywiste, jeśli chodzi o powód ich zaistnienia i sposób poprawienia).

Zdaniem Odwołującego identycznie jak w stanach faktycznych, w oparciu o który wydane zostały obie w/w uchwały Krajowej Izby Odwoławczej — w niniejszej sprawie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, niemniej jest to niezgodność, która jest możliwa do poprawy, a jej poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty wykonawcy i co oczywiste pozostanie bez wpływu na wysokość ceny ofertowej podlegającej ocenie przy wyborze ofert, a także bez wpływu na termin i zakres realizacji przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe wykonawca stwierdził, że Zamawiający również w niniejszej sprawie miał nie tylko prawo, lecz ustawowy obowiązek dokonania zaistniałej omyłki. Jak słusznie zauważa KIO w uchwale z dnia 26.03.2019 r. sygn. akt KIO/KU 18/19, instytucja uregulowana w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp miała stanowić remedium na odrzucanie ofert wykonawców z błahych powodów, nawet wówczas gdy stwierdzone w ofercie omyłki nie miały charakteru oczywistego, lecz w sposób nie wpływający na całokształt oświadczenia woli wykonawcy powodowały rozdźwięk pomiędzy ofertą a ujętymi w treści StWZ wymaganiami podmiotu zamawiającego. Dodatkowo aby wprowadzić mechanizm korekcyjny związany z czynnością poprawienia takiej omyłki przez podmiot zamawiający Ustawodawca wprowadził mechanizm umożliwiający wykonawcy zgłoszenie sprzeciwu wobec dokonanej przez zamawiającego ingerencji w treść oświadczenia woli wykonawcy, tj. umożliwił wykonawcy wniesienie skutecznego sprzeciwu wobec zastosowania przez zamawiającego omawianej regulacji (vide: art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Podkreślił, że zidentyfikowana niezgodność w jednej z pozycji tabeli „zestawienia kosztów rodzajowych” złożonej przez Odwołującego — nie ma żadnego związku z terminami wykonania zamówienia, odbiorami częściowymi, karami umownymi czy zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Niezgodność ta pozostaje zatem bez wpływu na zakres przyszłego świadczenia umownego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku: sygn. akt. KIO 592/19, podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia — przedmiotu umowy. Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Przede wszystkim zidentyfikowana niezgodność ma charakter marginalny, nieistotny i zupełnie obojętny dla sumy wynagrodzenia zaoferowanej przez Odwołującego, która podlega ocenie w ramach kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu. W ślad za wyrokiem KIO 1341/13 należy wskazać, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest

pojęciem nieostrym. Izba rozpatrując kwestię "istotności" omyłki wskazała również, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP dopuszcza właśnie sytuacje, gdy w przypadku wypełniania przez wykonawcę szeregu w znaczeniu czysto formalnym — prowadziłyby do odrzucenia oferty, a z drugiej strony — co nie ulega wątpliwości — są to niezgodności, które niewątpliwie powinny być usunięte, tak aby Zamawiającemu oferowano zamówienie przez niego wymagane zakresem i ilością. W konsekwencji uznać należy, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest nieprawidłowa lub co najwyżej przedwczesna. Zamawiający powinien podjąć próbę wyjaśnienia omawianej rozbieżności w granicach działań przewidzianych ustawą, Zgodnie z wyrokiem KIO 1088/17, skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 1 czerwca 2021r.) wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając w szczególności:

(...) W przeważającej części, treść odwołania stanowi subiektywną opinię Odwołującego, opartą na cytowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach, w których stan faktyczny nie jest tożsamy ze stanem faktycznym występującym w niniejszej sprawie. Odwołujący powołując się na cytowane orzeczenia Izby nie zwraca uwagi na występujące różnice oraz szczególne okoliczności dotyczące przedmiotowego postępowania.

(...) Uzasadniając zarzuty Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w związku z nieistotnością (drobnym rozmiarem) zmiany miał obowiązek sanować ofertę Odwołującego tak aby spełniała warunki określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. była zgodna z SIWZ. Podkreśla przy tym brak przypisanego przez Zamawiającego znaczenia dla załącznika nr 2 do SIWZ - zestawienia kosztów.

Z tak postawionymi zarzutami nie sposób się zgodzić. Zamawiający w treści SIWZ wyraźnie określił, w Rozdziale XI opis sposobu przygotowania oferty - Oferta musi zawierać następujące elementy: 1) Prawidłowo wypełnione formularze ofertowe, Załącznik nr 1 i nr 2 do siwz-w tym: a) w załączniku nr 1 do siwz (Formularz ofertowy) należy podać: -wynagrodzenie brutto za wykonanie zamówienia w całości. Wynagrodzenie podać w PLN, Okres gwarancji. Okres gwarancji należy podać w latach Minimalny wymagany okres gwarancji 5 lat

Maksymalny okres gwarancji przyjęty do punktacji 10 lat W przypadku gdy wykonawca poda w ofercie okres gwarancji dłuższy niż 10 lat do punktacji przyjęty zostanie okres gwarancji 10 lat, b) w załączniku nr 2 do siwz (Zestawienie rodzajowe kosztów) należy podać wynagrodzenie brutto za poszczególne części zamówienia zgodnie z tabelą Należy wypełnić każdą (z wyjątkiem pozycji nr 38 przyłącz gazowy) pozycję w tabeli. Numery pozycji oznaczono cyframi arabskimi. Należy wypełnić każdy rozdział z tabeli, numery rozdziałów oznaczono cyframi rzymskimi. W tabeli należy podać również cenę za rozdział VII - Wyposażenie części gastronomicznej -stałe i za rozdział VIII -Wyposażenie części gastronomicznej —ruchome. Cena za rozdział I stan zerowy nie więcej niż 7,00 % wartości robót budowlanych, cena za rozdział II stan surowy nie więcej niż 27,00 % wartości robót budowlanych, cena za rozdział III stan wykończeniowy nie więcej niż 38,00 % wartości robót budowlanych. Pozycje od 1 do 42 (czyli rozdziały I -VI) obejmują roboty budowlane. W pozycji 43 wpisać sumę wartości robót budowlanych Cena ofertowa to suma za wszystkie rozdziały Ceny za poszczególne pozycje i za poszczególne rozdziały wpisać w ostatniej kolumnie tabeli. Wynagrodzenie podać brutto w PLN. Z powyższego jasno wynika, że przedmiotowe zestawienie kosztów stanowiło część oferty złożonej przez Odwołującego, a więc element niepodlegający negocjacom i z pewnymi wyjątkami zmianom. Wymaganie złożenia takiego zestawienia jest częstą praktyką wśród Zamawiających przy postępowaniach na roboty budowlane. Ma to na celu wyeliminowanie nieuczciwych praktyk na etapie realizacji zamówienia, które mogłyby skutkować wyceną przez Wykonawcę pierwszych etapów budowy np. stanu surowego na kwotę znacznie przekraczającą stawki rynkowe, a następnie zerwaniem umowy z Zamawiającym. Odwołujący w treści odwołania przyznał, że Zamawiający słusznie zinterpretował, że oferta przez niego złożona w pierwotnej wersji stanowiła ofertę niezgodną z SIWZ. Jednak w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien był poprawić zaistniałą omyłkę tak aby jej treść była zgodna ze specyfikacją, w związku z tym, iż zaistniała omyłka powinna zostać potraktowana jako omyłka nieistotna. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Uchwała KIO z dnia 26 marca 2019r. sygn. akt. KIO/KU 18/19, na którą powołuje się Odwołujący odnosi się do stanu faktycznego, który nie jest tożsamy ze stanem faktycznym w niniejszej sprawie, Zachodzi tu zasadnicza różnica w postaci braku jednoznaczności sposobu poprawy omyłki. W sprawie, w której wydana została uchwała, Zamawiający miał tylko jedną możliwość poprawienia omyłki-mógł to zrobić w jeden sposób , gdzie zapisy SIWZ oraz złożona oferta wystarczały aby poprawić omyłkę. W sytuacji, którą mamy w niniejszym postępowaniu ZP 55/2021/PPNT sposób zmiany oferty złożonej przez Odwołującego może przybrać różne warianty, w związku z tym Zamawiający nie był uprawniony do tego aby w tak daleko idący sposób ingerować w oświadczenie woli złożone przez Odwołującego. Ponadto przedstawione w zestawieniu kwoty zostały opracowane przez Wykonawcę poprzez szczegółową kalkulację

kosztów jakie poniesie na danym etapie z uwzględnieniem nakładu pracy oraz pozostałych czynników cenotwórczych. W ocenie Zamawiającego zmiana takich kalkulacji, w sposób nieuprawniony skutkowałaby zniekształceniem oświadczenia woli Wykonawcy i nie odzwierciedlałaby jego pierwotnego zamysłu - w pewien sposób Zamawiający przejąłby rolę Wykonawcy i ustalał jak należy skalkulować ofertę. W sprawie w której wydano uchwałę KIO/KU 18/19 postanowienia SIWZ wskazywały, że pewien zakres zamówienia ma mieć wartość równą 5 %, kwota o jaką różniła się cena zaproponowana przez Wykonawcę w tamtym postępowaniu automatycznie została przesunięta na inny etap - nie było innej możliwości. W niniejszym przypadku wartość II etapu została ustalona na nie więcej niż 27,00 % Zapis ten pozwala na przyjęcie różnych wartości np. 26,98%, 26,96% itp. Oprócz tego kwota o jaką został przekroczony próg II etapu, musiałaby zostać przesunięta na inny etap. Zamawiający bez uzyskania dodatkowych informacji od Odwołującego - co na tym etapie byłoby nieuprawnione i stanowiłoby naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, w szczególności art 7 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp, nie był w stanie samodzielnie poprawić oferty Wykonawcy, Bardzo szeroko na ten temat wypowiedział się Krajowa Izba Odwoławcza - vide: Wyrok KIO z dnia 27 września 2019r. sygn. akt KIO 1801/19 w którym to wyroku Izba stwierdziła, że aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.zp., Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty. Jak wskazują zapisy SIWZ w niniejszej sprawie Zamawiający miałby wiele wariantów do poprawienia zaistniałej omyłki, które to skutkowałyby zgodnością oferty z SIWZ i brak jakichkolwiek informacji, który z poszczególnych wariantów stanowiłby najbliższe odwzorowanie pierwotnie złożonego oświadczenia woli przez Wykonawcę. Zastosowanie w niniejszej sprawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP stanowiłoby nieuprawnione działanie Zamawiającego z uwagi na, fakt, że sposób poprawienia omyłki nie był oczywisty, a Zamawiający bez dodatkowych informacji od Wykonawcy nie posiadał wystarczającej wiedzy, aby sporną kwotę odpowiednio zakwalifikować na inne etapy prac. Na słuszność takiego działania wskazuje również KIO 3297/20, w którym stwierdza, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Ponadto, Zamawiający nie podzielił również stanowiska Odwołującego jakoby tego typu zmiana w ofercie stanowiła zmianę nieistotną. Co prawda biorąc pod uwagę

wielkość kwoty o jaką przekroczone próg 27,00 % , Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że kwota ta jest niewielka. Biorąc jednak pod uwagę charakter tych zmian tj. zmiana odnosząca się do zaproponowanej przez Odwołującego ceny a więc najważniejszego elementu oferty i daleko idąca ingerencja w oświadczenie woli Odwołującego, która to skutkowałaby koniecznością kwot określonych nie tylko w II etapie prac, ale również w etapach pozostałych, gdyż kwotę o jaką przekroczone został próg odnoszący się do II etapu, należałoby przesunąć do któregoś z pozostałych, zmiany te w ocenie Zamawiającego należało zakwalifikować jako zmiany istotne. W niniejszych rozważaniach Zamawiający posiłkował się linią orzeczniczą przyjętą przez KIO, która stoi na stanowisku, 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 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. (vide: Wyrok KIO z dnia 12 października 2017 r. sygn. akt. KIO 1998/17).

Podsumowując, Zamawiający posilkując się zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treścią oferty złożonej przez Odwołującego nie miał możliwości samodzielnie poprawić omyłki zaistniałej w ofercie, w związku z tym, że istniało wiele możliwych sposobów poprawienia oferty tak aby była ona zgodna z treścią SIWZ. Nie posiadał również wiedzy jaki kierunek miałyby przybrać przedmiotowe zmiany aby były jak najbliższe woli Wykonawcy, a jej zdobycie na tym etapie stanowiłoby, nieuprawnione negocjacje z Wykonawcą. Ponadto rodzaj, charakter oraz zakres koniecznych do naniesienia w ofercie zmian, tak aby była ona w swej treści zgodna z SIWZ prowadzi do oceny przedmiotowej zmiany jako zmiana istotna - co z kolei skutkuje niemożnością jej wprowadzenia na tym etapie przez Zamawiającego. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający nie mógł w niniejszej sytuacji skorzystać z mechanizmu

określonego w art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, a co się z tym wiąże jedynym możliwym rozwiązaniem było zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP skutkujące odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: PESAM sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy oraz wykonawca: SOLKAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła,

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 30 grudnia 2020r. a odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 13 kwietnia 2021 r. Izba zatem stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r. Natomiast ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności nastąpiła na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w oparciu o które było wszczęte i prowadzone przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, jej art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 87 ust.2 pkt 3 z uwagi na bezzasadne odrzucenie jego oferty oraz zaniechanie złożenia przez wykonawcę wyjaśnień i poprawienia w załączonym do oferty zestawieniu kosztów rodzajowych kosztów stanu surowego robót budowlanych w taki sposób, aby wartość wynagrodzenia za wykonanie stanu surowego robót budowlanych nie przekroczyła 27% sumy brutto wartości robót budowlanych tj. sumy pozycji 1-42 zestawienia, bez wartości wyposażenia części gastronomicznej wskazanych w pkt VII-VIII zestawienia.

W piśmie z dnia 9 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę - TEXOM sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie (wykonawca Texom), że oferta wykonawcy (...) została odrzucona na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ofercie - w formularzu Zestawienie rodzajowe kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej robót stanu surowego (rozdział II) wartość robót wynosi 3 547 530,33 zł brutto, co stanowi 27,09 % wartości robót budowlanych, wynoszącej 13 095 460,68 zł brutto (poz. 43). Zamawiający wymagał, aby wartość robót stanu surowego nie przekraczała 27100% wartości robót budowlanych z poz. 43. Wartość robót budowlanych została określona na kwotę 13 095 460,68 zł brutto. 27,0% wartości robót budowlanych to kwota 3535 774,38 zł, wartość robót stanu surowego nie powinna przekroczyć kwoty 3 535 774,38 zł. Wobec powyższego wykonawca TEXOM Sp. z o.o. nie złożył oferty zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Powyższe niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie mogą być poprawione na podstawie art 87 ust, 2 ani uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Oferta po upływie terminu składania ofert nie może być zmieniana ani uzupełniana."

Z ustaleń w sprawie wynika, że Zamawiający wymagał po zmianie nr 10 z dnia 18 marca 2021 r. aby wykonawca dzieląc sumę zaoferowanego przez siebie łącznego wynagrodzenia w ramach ośmiu rozdziałów (części) tabeli uwzględnił jego wytyczne, a mianowicie: „Cena za rozdział stan zerowy nie więcej niż 7,00 % wartości robót budowlanych, cena za rozdział II stan surowy nie więcej niż 27,00 % wartości robót budowlanych, cena za rozdział III stan wykończeniowy nie więcej niż 38,00 % wartości robót budowlanych. Pozycje od 1 do 42 (czyli rozdziały I — VI) obejmują roboty budowlane. W pozycji 43 wpisać sumę wartości robót budowlanych." Wprowadził także wzór tabeli, który wykonawcy byli zobowiązani zastosować składając ofertę. Wskazaną zmianą nr 10 z dnia 18.03.2021 r. ustalono także nowy termin składania ofert na dzień 24 marca 2021 r.

Odwołujący w tym formularzu – zgodnie z jego wzorem Zestawienie kosztów rodzajowych (...) - zadeklarował bez zmiany opisu: w części I (suma pozycji 1-2 stan zerowy) - nie więcej niż 7 %; w części II ((Stan surowy: suma pozycji 3-16 stan surowy) – nie więcej niż 27 %; w części III (Stan wykończeniowy: suma pozycji 17-25) - nie więcej niż 38 %. Wymagana w tym formularzu suma (cena oferty - wartość brutto w PLN robót budowlanych) obejmująca części I – VIII została określona na kwotę 13 483 435,89 zł.

Zamawiający ustalił (bezsporne), że w tym Zestawieniu kosztów rodzajowych, wartość robót w części II (stan surowy) określona na kwotę 3 547 530,33 zł brutto, stanowi 27,09 % wartości sumy robót budowlanych, wynoszącej jako wskazano 13 095 460,68 zł brutto (poz. 43). Izba jednocześnie stwierdza, że kolejna część III (stan wykończeniowy) określona na kwotę 3 166 551,36 zł wartość robót stanowi 24,19 % wartości robót budowlanych (wymagane nie więcej niż 38 %).

Izba zgodziła się z wnoszącym odwołanie wykonawcą Texom, że wskazana rozbieżność 0,09% wartości robót budowlanych bez wyposażenia stanowiąca kwotę ok. 11 tys. zł w tej sprawie ma charakter nieistotny i nie mogła stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie wskazanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tak jak wskazał Odwołujący, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oznacza to, że przed odrzuceniem oferty na wskazanej podstawie Zamawiający (w stanie faktycznym tej sprawy) powinien był rozważyć - samodzielnie lub w porozumieniu z wykonawcą - zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp celem konwalidacji wskazanych rozbieżności w rozdziale II Tabeli.

W myśl wskazanego art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp: „2. *Zamawiający poprawia w ofercie: (...)*
3) *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*”.

Tak jak wskazał wykonawca, Zamawiający zastrzegając wymóg przedłożenia wraz z formularzem oferty Zestawienia kosztów rodzajowych przedmiotów zamówienia nie przypisał temu dokumentowi żadnego istotnego znaczenia dla warunków realizacji zamówienia, które ma zostać udzielone. Zarówno postanowienia SIWZ, jak też postanowienia umowy nie określają celu, ani też skutków dla „Zestawienia rodzajowego kosztów”. Jak wskazał wykonawca to zestawienie: (1) nie podlega punktacji w ramach przyjętych kryterium oceny ofert i pozostaje bez wpływu na wysokości ceny ofertowej oferowanej w formularzu ofertowym sumy wynagrodzenie brutto za całość wynagrodzenia; (2) nie determinuje sposobu rozliczenia robót częściami w toku ich realizacji, bowiem § 9 umowy o udzielenie zamówienia nie uzależnia w jakimkolwiek zakresie odbiorów czy też faktur częściowych od etapów lub pozycji określonych w treści w/w tabeli, (3) nie wpływa na zasady odbioru robót w toku; (4) jest obojętne dla umownych terminów realizacji robót; (5) nie ma żadnego

znaczenia dla możliwości powierzenia robót podwykonawcom (§ 6 umowy), limitów wypłaty wynagrodzenia wykonawcy w ramach faktur częściowych i faktury końcowej (§ 9 ust. 4 i 5 umowy), wysokości kar umownych (§ 11 ust. 1 umowy), prawa do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (§ 12 ust. 3 umowy), czy wreszcie wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§15 ust. 1 umowy). Niewątpliwie oczekiwane przez Zamawiającego Zestawienie kosztów rodzajowych ma rolę pomocniczą, informacyjną, a przede wszystkim nie ma wpływu na ostateczną wartość oferty. Izba zwraca uwagę, że pośrednio stanowisko wykonawcy przyznaje Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że (...) *przedmiotowe zestawienie kosztów stanowiło część oferty złożonej przez Odwołującego, a więc element niepodlegający negocjacom i z pewnymi wyjątkami zmianom. Wymaganie złożenia takiego zestawienia jest częstą praktyką wśród Zamawiających przy postępowaniach na roboty budowlane. Ma to na celu wyeliminowanie nieuczciwych praktyk na etapie realizacji zamówienia, które mogłyby skutkować wyceną przez Wykonawcę pierwszych etapów budowy np. stanu surowego na kwotę znacznie przekraczającą stawki rynkowe, a następnie zerwaniem umowy z Zamawiającym*". Izba zwraca również uwagę, że ten podział nie był związany z realnymi zyskami wykonawcy ani realnymi kosztami, które poniesie wykonawca, lecz było jedynie ograniczeniem formalnym narzuconym przez Zamawiającego. Zawarcie takiego zastrzeżenia w specyfikacji nie jest bowiem równoznaczne z tym, że wykonawcy ponoszą koszty tylko w tych granicach i nie ma żadnego odniesienia do dokonywanych przez nich wewnętrznych kalkulacji. Izba zwraca ponadto uwagę na stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy SOLKAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, który w piśmie procesowym wykazuje, że wprowadzone limity dla trzech pierwszych etapów powodowały konieczne – poza kontrolą Zamawiającego - przeniesienie kosztów do następnych etapów.

W myśl wskazanego art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprawienie omyłki, o której mowa w tym przepisie, polega na doprowadzeniu do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niewątpliwie ustawodawca – co podkreśla się w orzecznictwie - pozostawił zamawiającemu znaczną elastyczność w zakresie dokonywania poprawek – o ile mieszczą się one w założeniach ustawowych przesłanek podanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tak jak wskazuje orzecznictwo dokonanie poprawki na gruncie tego przepisu jest możliwe przy zachowaniu pewnych naczelnych zasad: poprawka nie może być istotna, powinna doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji w sposób nie powodujący istotnych zmian w treści oferty, dokonana w sposób racjonalny i dający się uzasadnić. Niewątpliwie aby spełnić te wymogi, należy znaleźć jak najbliższy punkt wspólny – dokonać obiektywnego wyboru sposobu poprawienia - pomiędzy specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ofertą, realizującą jednocześnie postulat zgodności z wymaganiami

specyfikacji, jak i dopuszczalnej ingerencji w treść oferty. Stąd wskazywane możliwe alternatywne sposoby poprawienia nie są kluczowe dla braku zastosowania w tej sprawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku niniejszego postępowania, redukcja przekroczenia o 0,09 % wymaganego limitu 27 % dla części II – bez zmiany kwoty ogólnej z pozycji 43 - mogłaby polegać - jak sugerował Odwołujący na rozprawie - na „przesunięciu” powstałej kwoty nadwyżki 11 tys. zł do wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych kolejnej części III. Taki sposób poprawienia bez zmiany całkowitej wartości wynagrodzenia wykonawcy (ceny oferty brutto), byłby najmniejszą możliwą ingerencją w wartość tej pozycji i dalej pozwalałaby osiągnięcie Zamawiającemu założonego celu – jak wskazywał - wyeliminowanie nieuczciwych praktyk na etapie realizacji zamówienia. Takie poprawienie zaistniałej omyłki w okolicznościach przedmiotowej sprawy jest – zdaniem Izby - obiektywnie zrozumiałe i akceptowalne zważywszy, że korekta z racji przesunięcia dotyczy kwoty 11 tys. zł przy wartości projektu na kwotę blisko 13 mln 100 tys. zł.

W konsekwencji, w stanie faktycznym tej sprawy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jest nieprawidłowa i co najwyżej przedwczesna. Zamawiający mógł bowiem podjąć próbę wyjaśnienia z wykonawcą omawianej rozbieżności w granicach działań przewidzianych ustawą, albo samodzielnie dokonać takiego poprawienia, zawiadamiając o powyższym wykonawcę. Z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnień – które nie jest obligatoryjne - może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione. Izba zwraca także uwagę na sankcję z art. 89 ust.1 pkt 7 Pzp, albowiem brak zgody wykonawcy na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy.

Wobec powyższych ustaleń Izba uwzględniając odwołanie nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy TEXOM sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 Pzp oraz § 7 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....