

Sygn. akt: KIO 1415/14

WYROK
z dnia 24 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 lipca 2014 r.** przez **Enigma Group Sp. z o.o., ul. Chodenicka 39,32 - 700 Bochnia** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Park - M Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w cz. IV zadaniu 3 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w cz. IV zadaniu 3, w ramach której nakazuje Zamawiającemu poprawienie oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w sposób wskazany w uzasadnieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Enigma Group Sp. z o.o., ul. Chodenicka 39,32 - 700 Bochnia tytułem wpisu od odwołania;**

- 2.2. zasądza od **Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków** na rzecz **Enigma Group Sp. z o.o., ul. Chodenicka 39,32 - 700 Bochnia** kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2014 do 2018 z podziałem na zadania*” w części IV, Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów. Zadanie 3. Droga wojewódzka Nr 975, 980 (Nr Sprawy: ZDW-DI-3-271-20/14), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 041-068267 dnia 27.02.2014 r., przez Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, ul. B. Głowackiego 56, 30-085 Kraków zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 01.07.2014 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w części IV, Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów. Zadanie 3. Droga wojewódzka Nr 975, 980: Park - M Sp. z o.o., drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w części IV, Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów. Zadanie 3 zajęło: Enigma Group Sp. z o.o., ul. Chodenicka 39,32 - 700 Bochnia zwana dalej: „*Enigma Group Sp. z o.o.*” albo „*Odwolującym*”.

W dniu 11.07.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Enigma Group Sp. z o.o. wniosła na podstawie art. 179 ust.1, 180 ust. 4 i art. 182 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.07.2014 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie: 1) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia domniemych niejasności i niezgodności, pomimo obowiązku wynikającego z ww. przepisu, 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez pominięcie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, 3) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przy uwzględnieniu konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy. Wnosił o uwzględnienie odwołania, przez nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o rzetelne badanie i ocenę ofert. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszych ofert. W części IV, Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów, zadanie 3, droga wojewódzka nr 975, 980 dokonano wyboru oferty nr 22 - złożonej przez: PARK- M Sp. z o.o.. W uzasadnieniu zawiadomienia wskazano, iż w/w Wykonawca wykazał, iż spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny oferty była cena.

Złożona przez wybranego Wykonawcę oferta stanowi zdaniem Zamawiającego ofertę najkorzystniejszą - ofertę z najniższą ceną w kwocie 1.997.716,18 zł. Stwierdził, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty złożonej przez: PARK- M Sp. z o. o. w części IV „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2014 do 2018 - Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów, zadanie 3, droga wojewódzka nr 975, 980” zaniechał czynności wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp pomimo, że oferta ta zawierała istotne rozbieżności w swojej treści. W kalkulacji kosztów stanowiącej część oferty złożonej przez Wykonawcę, w kolumnie „c” wskazano „numer specyfikacji technicznej” której dotyczy kalkulacja cenowa natomiast w kolumnie „d” wskazano „rodzaj robót” jakie były przedmiotem wyceny. Informacje zawarte w obu tych kolumnach nawzajem się wykluczają tzn. specyfikacja techniczna o numerze wskazanym w kolumnie „c” nie odpowiada zakresowi robót wskazanemu w kolumnie „d” lub też Wykonawca PARK - M Sp. z o.o., wycenił roboty w oparciu o zakres wskazany w kolumnie „d”, który z kolei nie odpowiada numerowi Specyfikacji Technicznej z kolumny „c”. W obu tych przypadkach bez, co najmniej (z zastrzeżeniem dalej idących zarzutów przedstawionych poniżej), jednoznacznego wyjaśnienia Zamawiający nie ma pewności co do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak wyjaśnień ze strony Wykonawcy w tej materii powoduje, że oferta, pomimo jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej (najtańszej) może okazać się ofertą niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, co Zamawiający stwierdzi dopiero na etapie realizacji zamówienia (a więc po zawarciu umowy czy zakończeniu postępowania przetargowego). Uniemożliwi to tym samym możliwość wyboru przez Zamawiającego kolejnej oferty, którą jest oferta Odwołującego. Procedura wyjaśniania oferty w sytuacji gdy treść złożonej oferty budzi wątpliwości Zamawiającego stanowi jednolitą linię orzecniczą KIO (np. wyrok KIO z 15.01.2013 r., sygn. akt: KIO 19/13), w której wskazuje się na konieczność wyjaśniania wszystkich wątpliwości pojawiających się w toku oceny i porównania ofert, gdyż to oferent „jako podmiot sporządzający treść oferty posiada najpełniejszą wiedzę co do elementów w niej zawartych”. W innym z kolei wyroku Izba zwróciła uwagę, na obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert. Art. 87 ust. 1 Pzp, należy odczytywać nie tylko jako czyste uprawnienie zależne od uznania Zamawiającego, lecz raczej jako kompetencję Zamawiającego, a zatem prawo do żądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich zażądania w celu zachowania należytej staranności w przeprowadzeniu badania i oceny oferty (wyrok KIO z 13.08.2009 r., sygn. akt: KIO 992/09). Natomiast w ocenie Odwołującego powyższe uchybienie winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Co więcej rzeczona rozbieżność skutkuje brakiem możliwości ustalenia zakresu prac jakie wycenił Wykonawca,

a tym samym warunkuje możliwość modyfikacji ceny przedstawionej/i w ofercie Wykonawcy. Wybór oferty Wykonawcy może skutkować tym, iż dla robót np. *„wycinka krzewów i samosiewów o średnicy do 10 cm”* Wykonawca będzie stosował Specyfikację Techniczną nr GR 4.5, zgodnie ze złożoną ofertą w sytuacji gdy Specyfikacja Techniczna nr GR 4.5 odnosi się do wycinki drzew i przewiduje inny zakres rzeczowy wykonania zadania. W tych okolicznościach brak jest jakiegokolwiek pewności co do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, bowiem może się on powoływać na zakres rzeczowy poszczególnych rodzajów robót, jaki został przez niego określony w ofercie poprzez odesłanie do poszczególnych Specyfikacji Technicznych. Znamionym zaś, dla oceny oferty Wykonawcy przez pryzmat przywołanych okoliczności pozostaje, iż dla grupy robót pod nazwą *„Wykonanie nasadzeń drzew”* Wykonawca odwołuje się do Specyfikacji Technicznej GR 4.7, która nie istnieje. Wobec powyższego nie sposób ustalić, jaki zakres prac wycenił w swojej ofercie Wykonawca pod rzeczoną pozycją, a w szczególności nie sposób ustalić jakie nasadzenia Wykonawca zrealizuje, jakim sprzętem, czy też na jakich zasadach wykonane prace w tym zakresie będą odbierane przez Zamawiającego. Wskazane uchybienie może być zatem kwalifikowane także jako przyczyna odrzucenia oferty Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Jak wskazuje się w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. T. Czajkowskiego, wyd. 2, Warszawa 2006 *„błąd w obliczeniu ceny polega (...) na wadliwym wyborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na wadliwe obliczenie ceny (...)”*. Również w orzecznictwie Izby wskazuje się, iż błędy w obliczeniu ceny oferty, o których stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy to błędy w stosunku do opisu zawartego w SIWZ (wyrok KIO z 29.07.2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 918/09). Nie można przy tym zaistniałego błędu traktować jako omyłki niepowodującej istotnych zmian treści oferty, co wynika przede wszystkim z możliwości modyfikacji ceny w sytuacji korekty w zakresie grup Specyfikacji Technicznej, a tym samym taka zmiana może wpływać na istotną zmianę oferty, zwłaszcza w sytuacji kiedy byłaby dokonana już po poznaniu szczegółów cenowych pozostałych ofert złożonych w toku postępowaniu. Najprościej rzecz ujmując ów wadliwość oferty Wykonawcy stanowić może podstawę do modyfikacji ceny poszczególnych jej elementów z powołaniem się na wadliwość w zakresie ustalenia zakresu rzeczowego poszczególnych grup prac.

Załączył jako dowód do odwołania opis przedmiotu zamówienia *„Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2014 do 2018 z podziałem na zadania”*; zbiorcze zestawienie kosztów dla zadania nr 3, części IV zamówienia z 04.04.2014 r.; grupa IV zadań: Estetyka Wykonawca PARK- M Sp. z o. o.; Specyfikacje Techniczne. Reasumując, zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, a więc do uchybienia przez Zamawiającego zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający jest bowiem dysponentem środków publicznych, z których ma być realizowane zamówienie i to na nim spoczywa obowiązek dokładnego zbadania i prawidłowej oceny ofert. W tym celu właśnie ma on do dyspozycji m.in. mechanizm wyjaśniania treści oferty w oparciu o art. 87 Pzp, z którego w przedmiotowym postępowaniu nie skorzystał. Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, złożona przez Wykonawcę oferta, nawet w sytuacji złożenia wyjaśnień co do zaistniałej wadliwości, winna zostać odrzucona jako nie odpowiadająca treści SIWZ, a także jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający w dniu 14.07.2014 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.07.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Park - M Sp. z o.o., ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz zwany dalej: „Park - M Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, iż decyzja Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego do odwołania była prawidłowa i zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, albowiem Przystępujący do postępowania złożył ofertę zgodną z wymogami Zamawiającego, zawartymi w SIWZ. Powtórzył, że Odwołujący zarzucił, że oferta Przystępującego do odwołania w części dotyczącej kalkulację kosztów została nieprawidłowo uzupełniona w zakresie numeru specyfikacji technicznej, stanowiącej podstawę wyceny. Odwołujący podniósł, iż w kalkulacji oferty dla grupy 4 robót znajdują się nieprawidłowe odesłania do Specyfikacji technicznych, w związku z czym Zamawiający powinien był zażądać od Przystępującego wyjaśnień w tym zakresie. Wyjaśnił, że załącznikiem do SIWZ były przygotowane przez Zamawiającego Tabele Elementów Rozliczeniowych. Dla Zadania IV część 3 był to załącznik numer 3.19. Tabele te zostały wypełnione przez Zamawiającego w kolumnach „a”, „b”, „c”, „d”, „e” oraz „g”, w tym kolumna „c” dotycząca numeru specyfikacji technicznej. Wszyscy wykonawcy zobowiązani byli do składania ofert na formularzach udostępnionych przez Zamawiającego i nie byli uprawnieni do samodzielnego poprawiania formularzy Zamawiającego, w tym tabeli Elementów Rozliczeniowych. Zauważył, że niezgodności numerów specyfikacji technicznej, podanych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych, jako ewentualne błędy lub pomyłki w SIWZ, Odwołujący mógł wskazywać na etapie zadawania pytań do SIWZ lub odwołania od jej treści, a nie na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 23.07.2014 r. (faxem), a w dniu 24.07.2014 r. na posiedzeniu oryginał Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Po zapoznaniu się z treścią wniesionego odwołania oraz dokonaniu szczegółowej analizy zarzutów podniesionych przez Odwołującego w kontekście zapisów SIWZ, obowiązujących przepisów Pzp, orzecznictwa, jak również poglądów doktryny i literatury przedmiotu, Zamawiający stanowczo stwierdza, iż wniesione przez Odwołującego odwołanie jest w świetle art. 192 ust. 2 Pzp zupełnie nieuzasadnione i nie zasługuje na uwzględnienie, na poparcie czego podnosi i wywodzi jak poniżej, toteż Zamawiający wniósł o oddalenie przedmiotowego odwołania w całości. Złożone odwołanie opiera się na zarzucie braku zastosowania przez Zamawiającego odnośnie oferty złożonej przez PARK-M koniecznej w opinii Odwołującego procedury wyjaśniającej w art. 87 ust. 1 Pzp, z którego to zaniechania Odwołujący wywodzi naruszenie przez Zamawiającego również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu konieczności odrzucenia oferty PARK-M - w tym ostatnim zakresie zarzuty i wnioski odwołania są niekonsekwentne i wzajemnie sprzeczne, co zostanie wyjaśnione w dalszej części uzasadnienia niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający pozwala sobie również w tym miejscu na zasygnalizowanie, iż procedura wyjaśniająca z art. 87 ust. 1 Pzp, której niezastosowanie przez Zamawiającego stanowi podstawę odwołania, jest instrumentem ze swej istoty fakultatywnym i jej ewentualne wdrożenie w danej sytuacji nie jest *ex lege* obowiązkiem dla Zamawiającego, ale stanowi wynik pewnych czynności decyzyjnych Zamawiającego podjętych w toku badania złożonych w postępowaniu ofert w kontekście stwierdzenia podstawy do jej zastosowania, zatem bezzasadny jest zarzut zaniechania tej procedury przez Zamawiającego w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw. Twierdzenie to zostanie rozwinięte w dalszej części niniejszej odpowiedzi. Jak już wspomniano wyżej przedmiotem prowadzonego postępowania były 32 zadania traktowane wobec dopuszczenia możliwości składania na nie ofert częściowych jako odrębne przedmioty zamówienia. Toteż wobec wniesienia odwołania zawierającego zarzuty wobec oferty złożonej przez PARK-M jedynie w zakresie zamówienia *Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2014 do 2018 z podziałem na zadania: Część IV Rejon Dróg Wojewódzkich w Tarnowie. Zadanie 3. Droga wojewódzka nr 975, 980* rozważania Zamawiającego zostaną skoncentrowane na przedmiotowej części zamówienia. W ramach oferty składanej przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot prowadzonego postępowania konieczne było wypełnienie formularzy kalkulacji cenowej (Tabel Elementów Rozliczeniowych /TERów/ - załączników nr 3.1. - 3.32. SIWZ) dedykowanych dla każdego z 32 zadań objętych postępowaniem. Dla

każdego zadania kalkulacja składała się z kilku formularzy TER obejmujących poszczególne grupy robót objęte zamówieniem (Grupy nr 1 - 6) oraz zbiorcze zestawienie kosztów dla danego zadania. Załączona do oferty wypełniona przez Wykonawcę kalkulacja cenowa stanowiła podstawę obliczenia ceny ofertowej i jako taka stanowi dokument będący podstawą rozliczeń w ramach zawartej już umowy. Zamawiający przygotowując niniejszy przetarg z uwagi na jego wagę dla poprawnego wykonywania ustawowych zadań zarządcy dróg publicznych, dbania o należyty stan techniczny infrastruktury drogowej oraz zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa uczestników ruchu na drogach wojewódzkich Małopolski skupił się na stronie merytorycznej poprawnego i precyzyjnego przygotowania dokumentów określających przedmiot zamówienia i warunki jego realizacji w kontekście celu i funkcji zamówienia obejmującego kompleksowe 4-letnie, całoroczne utrzymanie 1372 km dróg wojewódzkich, co wobec znacznej ilości materiałów przetargowych mogło spowodować różnego rodzaju nieścisłości i uchybienia natury formalnej w treści SIWZ, w większości nierzutujące na możliwość precyzyjnego i poprawnego sporządzenia oferty, które Zamawiający korygował już po wszczęciu postępowania (w okresie biegu terminu składania ofert) w trybie zmiany treści SIWZ w oparciu o art. 38 ust. 4 Pzp. Wobec dużej ilości formularzy TER załączonych do SIWZ w ramach prowadzonego postępowania (w sumie ponad 200 TERów) w ich treści również zdarzyły się różnego rodzaju i ciężaru gatunkowego omyłki, które były na bieżąco usuwane przez Zamawiającego poprzez modyfikację tych formularzy. W ramach Części IV Zadanie 3 przedmiotowa kalkulacja cenowa była zmieniana przez Zamawiającego dwukrotnie. W ramach zmiany z dnia 25 marca 2014 r. nastąpiła modyfikacja całości załącznika nr 3.19. SIWZ poprzez zamieszczenie załącznika zamiennego, natomiast w ramach zmiany z dnia 4 kwietnia 2014 r. nastąpiła modyfikacja jedynie formularza TER dla Grupy robót nr 4 - ESTETYKA poprzez zamieszczenie stosownej strony zamiennej. Ciężar gatunkowy obu tych zmian był diametralnie różny - o ile pierwsza z wymienionych modyfikacji miała na celu usunięcie omyłek w kolumnie g „ilość” formularzy TER dla przedmiotowego zadania (a więc rzutowała na obmiar danego elementu rozliczeniowego, a zatem wpływała na kalkulację ofertową oraz zakres i sposób realizacji zamówienia), o tyle druga z przywołanych zmian miała jedynie charakter techniczno-porządkowy i dotyczyła usunięcia omyłkowego ponumerowania pozycji rozliczeniowych ujętych w formularzu TER dla Grupy robót nr 4 w zakresie kolumny a „Lp.” i kolumny b „Nr elementu” oraz omyłkowego wskazania oznaczeń w kolumnie c „Nr specyfikacji technicznej”. Poprawiona w tym zakresie pomyłka polegała na pierwotnym nadaniu odrębnej numeracji poz. 1 i 2 tego formularza, podczas gdy elementy określone tymi pozycjami {*Oczyszczanie nawierzchni dróg, chodników, zatok i miejsc do ważenia pojazdów* oraz *Oczyszczanie nawierzchni porowatych dróg*) powinny być skatalogowane pod jedną pozycją (1), z odwołaniem się do jednego numeru specyfikacji technicznej (GR - 4.1.) -

poprawa tej omyłki spowodowała w konsekwencji zatem przenieśnięcie o jedną pozycję mniej pozostałych elementów rozliczeniowych objętych przedmiotowym formularzem (pierwotny formularz w zakresie ostatniego elementu rozliczeniowego odwoływał się do nieistniejącej specyfikacji o nr GR - 4.7.). Należy przy tym stwierdzić, iż przedmiotowa modyfikacja formularza miała charakter Jedynie porządkowy (dotyczyła zmiany parametrów opisu poszczególnych elementów rozliczeniowych o charakterze *stricte* porządkowym, podczas gdy najważniejsze z tych parametrów określających merytorycznie dany element - rodzaj robót, ilość (obmiar) oraz jednostka obmiaru - pozostały bez zmian) I wobec tego w żaden sposób nie miała wpływu na sporządzenie oferty i kalkulację cenową. Ostatecznie formularz TER w ramach Części IV Zadanie 3 dla Grupy elementów rozliczeniowych Nr 4 - *Estetyka* obejmował komplet prac, których zakres i warunki realizacji określa sześć Specyfikacji Technicznych wymienionych w Wykazie Specyfikacji Technicznych bieżącego utrzymania: Grupa nr 4. Estetyka:

GR-4.1. Oczyszczenie nawierzchni

GR - 4.2. Koszenie traw

GR - 4.3. Pielęgnacja drzew - podcinanie gałęzi i konarów drzew

GR - 4.4. Wycinka krzewów i samosiewów

GR - 4.5. Wycinka drzew

GR-4.6. Wykonanie nasadzeń drzew

W związku ze znaczną ilością formularzy TER, które Wykonawcy musieli wypełnić i dołączyć do składanych w postępowaniu na poszczególne zadania ofert, jak również sporą ilością zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert, mogły i zdarzały się omyłki polegające na posłużeniu się przez Wykonawców w ramach sporządzenia kalkulacji cenowej formalnie nieaktualnymi formularzami TER, tj. nieuwzględniającymi zmian wprowadzonych przez Zamawiającego na etapie biegu terminu składania ofert (co należy odróżnić od sporządzenia kalkulacji na formularzu mającym inną szatę graficzną niż formularz udostępniony przez Zamawiającego). W takiej sytuacji Zamawiający dokonywał w ramach badania ofert oceny charakteru I istotności zmian, które nie zostały uwzględnione w załączonym do danej oferty formularzu TER, pod kątem ich wpływu na treść oferty i jej ewentualną niezgodność z SIWZ, w szczególności typizując niezgodności o charakterze merytorycznym oraz niezgodności o charakterze formalnym i porządkowym, Po ustaleniu charakteru danej nieścisłości czy uchybienia Zamawiający podejmował następnie w odniesieniu do Indywidualnego przypadku decyzję co do ewentualnego zastosowania przysługujących mu ustawowo procedur mających na celu usuwanie takich niezgodności w trybie wyjaśnień czy rektyfikacji treści oferty lub też decydował o odrzuceniu danej oferty, jeżeli uchybienie nie podlegało poprawie. Niemniej jednak pierwszym krokiem w tym zakresie była

indywidualna ocena, czy dana nieścisłość w ogóle wymaga zastosowania przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych mechanizmów proceduralnych, tj. czy istnieją wątpliwości, których nie można rozstrzygnąć odwołując się do pozostałej treści oferty, gdyż w ocenie Zamawiającego (potwierdzonej przez ugruntowane orzecznictwo i literaturę) nie każde uchybienie w treści oferty uzasadnia jej odrzucenie, czy też nie każda nieścisłość wymaga zastosowania procedur wyjaśniających lub rektyfikacyjnych. Mając powyższe na względzie odnośnie oferty złożonej przez PARK-M na Część IV Zadanie 3 należy stwierdzić, co następuje. PARK-M w ramach sporządzenia kalkulacji cenowej w ramach oferty złożonej na Część IV Zadanie 3 posłużył się formularzem TER dla Grupy robót nr 4 – *ESTETYKA* nie uwzględniającym ostatniej zmiany dokonanej przez Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, a więc modyfikacji polegającej na przenieśnięciu pozycji tego formularza, o której była mowa wyżej w pkt 1. Formularz ten uwzględniał jednak o wiele istotniejszą zmianę dokonaną wcześniej, czyli zmianę w kolumnie g „ilość” w ramach elementu *Koszenie traw* (modyfikację obmiaru elementu). Po sklasyfikowaniu zaistniałego w ofercie PARK-M uchybienia jako nieścisłości o charakterze *stricte* formalnej i porządkowej, niemającej żadnego przełożenia na materialną treść złożonej oferty i jej zgodności z tego punktu widzenia z SIWZ Zamawiający stwierdził, iż zaistniała w ofercie PARK-M nieścisłość nie wymaga zastosowania ze strony Zamawiającego żadnych mechanizmów dodatkowych, w tym procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp (brak przedmiotu wyjaśnień - brak wątpliwości co treści złożonej oferty), czy procedur poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 Pzp stanowiących wyjątek od zakazu dokonywania zmian w treści złożonej oferty. Tym bardziej Zamawiający nie mógł uznać przedmiotowego uchybienia za przesłankę odrzucenia oferty PARK-M jako nieodpowiadającej treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ nie jest to nieścisłość na tyle zasadnicza, aby warunkować ważność oferty w świetle tego przepisu i na tyle istotna, aby nie można było jej usunąć poprzez zabieg Interpretacyjny polegający na odwołaniu się do pozostałej treści oferty. W związku zatem z faktem, iż oferta PARK-M była ofertą z najniższą ceną złożoną na Część IV Zadanie 3 Zamawiający w ramach tego zadania dokonał jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (cena - 100 %). W opinii Zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, przy poszanowaniu zasad określonych w art. 7 Pzp oraz idei, celów i funkcji tej ustawy, w związku z czym twierdzenia Odwołującego zawarte w założonym odwołaniu Zamawiający uznaje w całości za nieuzasadnione. Zamawiający pozwala sobie w tym miejscu na ogólne stwierdzenie, iż obserwowana od nowelizacji Pzp z 2009 r. ogólna tendencja odejścia od skrajnego formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia na rzecz przyjęcia bardziej elastycznej procedury pozwalającej skupić się na znacznie istotniejszej merytorycznej stronie postępowania,

a zatem wyłonieniu rzetelnego Wykonawcy, który za najbardziej korzystną cenę wykona zamówienie na warunkach określonych przez Zamawiającego, niż na mniej znaczących z tego punktu widzenia kwestiach formalnych i ewentualnych uchybieniach o takim charakterze. Należy mieć tu na uwadze główny nacisk położony przez Ustawodawcę na cel postępowania - dokonanie wyboru Wykonawcy dającego rękojmię należytego i rzetelnego wykonania udzielanego zamówienia publicznego, za najniższą zaproponowaną w przetargu cenę, co stanowiło odejście od skrajanego formalizmu proceduralnego, w ramach którego wszelkie uchybienia zaistniałe w składanych ofertach rzutowały na ich ważność, skutkiem czego była często konieczność odrzucania ofert merytorycznie prawidłowych i złożonych przez rzetelnych Wykonawców oferujących korzystne ceny, ale wadliwych z punktu widzenia czysto formalnego, często w bardzo niewielkim stopniu, niemających przełożenia na materialną treść oświadczeń ofertowych. Obecnie Ustawodawca uznał, iż zasadniczą wartość i główny cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma stanowić proces weryfikacji zdolności i kwalifikacji Wykonawcy do wykonania zamówienia na warunkach ustalonych przez Zamawiającego oraz merytorycznej treści oferty (jej istoty), wyposażając Zamawiającego w mechanizmy pozwalające usuwać zaistniałe w ofertach uchybienia zarówno poprzez zastosowanie stosownych procedur wyjaśniających, uzupełniających i rektyfikacyjnych, jak również stosownych zabiegów interpretacyjnych mających na celu usunięcie mało istotnych nieścisłości w treści oferty. Ustawodawca wyposażył w tym zakresie Zamawiającego także w pewną dozę uznania pozwalającą na samodzielne decydowanie, oczywiście w ustawowo określonych granicach, o potrzebie zastosowania pewnych mechanizmów przysługujących Zamawiającemu w odniesieniu do złożonych już ofert celem uniknięcia konieczności odrzucenia ofert zawierających nieistotne z punktu widzenia celu postępowania uchybienia natury formalnej. W ramach powyższej uwagi natury ogólnej należy stwierdzić, iż stanowiąca źródło odwołania nieścisłość zaistniała w ofercie PARK-M złożonej na Część IV Zadanie 3 (polegająca na sporządzeniu kalkulacji cenowej, dla Grupy robót nr 4 -ESTETYKA na formularzu nieuwzględniającym poprawionej przez Zamawiającego numeracji kolumn a, b i c) stanowi jedynie uchybienie *stricte* formalne i nie może stanowić podstawy odrzucenia tej oferty z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ (czy też błąd w obliczeniu ceny), czego domaga się Odwołujący, ani też nie stanowi przesłanki dla zastosowania przez Zamawiającego wskazanej w odwołaniu procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp, której z uwagi na jej fakultatywność i brak w niniejszym przypadku podstaw do jej zastosowania Zamawiający nie miał obowiązku wykorzystywać. Odnosząc się do charakteru tego uchybienia Zamawiający wskazuje, iż każda ze specyfikacji, której oznaczenie numeryczne wskazano w formularzach TER, posiada tytuł adekwatny do rodzaju robót oraz do zakresu rzeczowego prac w niej opisanego, tak więc elementy wskazane w kolumnie d formularza TER („Rodzaj robót)

bezpośrednio odwołują się do konkretnej Specyfikacji Technicznej zatytułowanej zbieżnie z rodzajem robót, których dotyczą. Dla przykładu:

- specyfikacja o nr GR-4.1. zatytułowana jest *OCZYSZCZANIE NAWIERZCHNI*, wobec czego niewątpliwie obejmuje swoim zakresem sposób wykonania elementów wskazanych w dwóch pierwszych pozycjach formularza TER dla Grupy robót nr 4 (*Oczyszczanie nawierzchni dróg, chodników, zatok i miejsc do ważenia pojazdów oraz Oczyszczanie nawierzchni porowatych dróg*);
- specyfikacja o nr GR-4.2. nosi tytuł *KOSZENIE TRAW*, a zatem wprost odwołuje się do kolejnej pozycji formularza TER wskazanej w kolumnie d, czyli *Koszenie traw*;
- specyfikacja o nr GR-4.3. zatytułowana jest *PIEŁĘGNACJA DRZEW. PODCINANIE GAŁĘZI I KONARÓW DRZEW*, więc niewątpliwie obejmuje warunki realizacji elementu o takim samym tytule wskazanym w następnej pozycji formularza TER w ramach kolumny d;
- specyfikacja o nr GR-4.4. nosi tytuł *WYCINKA KRZEWOWI SAMOSIEJEK*, wobec czego można z całą pewnością stwierdzić, iż dotyczy ona elementu określonego jako *Wycinka krzewów i samosiewów o średnicy do 10 cm* w ramach kolumny d formularza TER dla Grupy robót nr 4 ESTETYKA;
- specyfikacja o nr GR-4.5. zatytułowana jest *WYCINKA DRZEW*, wobec czego niewątpliwie określa ona warunki realizacji dwóch kolejnych wskazanych w formularzu TER poz. *Wycinka drzew o średnicy do 50 cm z frezowaniem pni* oraz *Wycinka drzew o średnicy powyżej 50 cm z frezowaniem pni*;
- ostatnia specyfikacja w ramach Grupy robót nr 4 ESTETYKA o nr GR-4.6. nosi tytuł *SADZENIE DRZEW*, w związku z czym niewątpliwie dotyczy ona poz. *Wykonanie nasadzeń drzew* z kolumny d formularza TER;
- wskazana w ostatniej pozycji kolumny c formularza TER załączonego do oferty PARK-M specyfikacja o nr GR-4.7. nie istnieje, a przywołanie w tym miejscu takiego numeru wynikało z omyłki zaistniałej w formularzu udostępnionym przez Zamawiającego, toteż należy niewątpliwie stwierdzić, iż nie może ona dotyczyć jakiegokolwiek pozycji z kolumny d przedmiotowego formularza TER.

Kolumna c formularza TER („*Nr specyfikacji technicznej*”) stanowi jedynie informację pomocniczą o charakterze porządkowym, niemającą wpływu na zakres i warunki realizacji prac wynikający z jednoznacznego określenia rodzaju robót podanego w kolumnie d - bezpośrednio odwołującego się do adekwatnie zatytułowanych Specyfikacji Technicznych stanowiących część OPZ (załącznika nr 1 SIWZ). Tak więc istotne z punktu widzenia materialnej treści oferty, jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, poprawności i porównywalności ceny ofertowej oraz późniejszego rozliczania się w toku wykonywania zamówienia jest poprawne określenie w ramach formularza TER pozycji

w kolumnie d („Rodzaj robót”) - skorelowanej wprost z odpowiednią Specyfikacją Techniczną określającą warunki wykonania danego elementu oraz kolumnach e i g określających ustalony przez Zamawiającego obmiar (ilość) danego elementu wykonywanego w ramach zamówienia. Pozostałe parametry wskazane w kolumnie a, b i c formularza TER (Zamawiający nie bierze w tym zakresie pod uwagę kolumny f i h formularza TER, gdyż te są wypełniane przez Wykonawcę i Zamawiający bada poprawność ich wypełnienia jedynie z punktu widzenia rachunkowego w stosunku do ilości wynikającej z kolumny g dla danego elementu) stanowią oznaczenia pomocnicze i porządkowe, niemające żadnego przełożenia na materialną treść oferty. Z ewentualnych pomyłek w zakresie oznaczenia elementów w ramach kolumn a, b i c bezpodstawne jest również wywodzenie twierdzenia o niezgodności oferty z SIWZ na podstawie nieścisłości pomiędzy oznaczeniem numerycznym z kolumny c a określeniem nazw elementów rozliczeniowych z kolumny d - jest to pewne uchybienie formalne, jednak o tak nieistotnym charakterze, iż nie może ono stanowić podstawy powstania jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu i sposobu wykonania poszczególnych prac objętych zamówieniem, ponieważ nazwa danego elementu określona w kolumnie d wprost odwołuje się do konkretnej specyfikacji technicznej identyfikowanej w pierwszej kolejności na podstawie jej tytułu, a nie oznaczenia numerycznego przywołanego w ramach kolumny c. Tym bardziej nielogiczne wydają się twierdzenia przywołane w uzasadnieniu złożonego odwołania, iż mylne wskazanie nr specyfikacji technicznej w kolumnie c formularza TER skutkuje brakiem możliwości określania zakresu prac wycenianych przez Wykonawcę w świetle zgodności oferty z wymaganymi Zamawiającego - merytoryczna treść oferty oceniana jest w szczególności w zakresie parametrów z kolumny d, e i g (czyli danych identyfikujących dany element rozliczeniowy w kontekście załączonych do SIWZ Specyfikacji Technicznych), a zatem ich poprawność świadczy o sporządzeniu oferty odpowiadającej treści SIWZ. Odwołujący wydaje się w tym zakresie tworzyć sztuczny problem i kreować nieistniejące podstawy dla poparcia twierdzeń zaprezentowanych w odwołaniu. PARK-M w treści oferty w ramach formularza TER dla Grupy robót nr 4 ESTETYKA wymienił zgodnie ze wzorem tabeli „Rodzaj robót” w kolumnie d oraz zgodnie ze wzorem tabeli podał również jednostki obmiaru w kolumnie e oraz ilości dla danego elementu w kolumnie g, zatem w świetle powyższego Zamawiający analizując treść złożonej oferty nie miał wątpliwości co do zakresu rzeczowego poszczególnych prac (określonych w ramach TER jako elementy rozliczeniowe), gdyż zakres ten wynika bezpośrednio z rodzaju robót, a nie z numeru specyfikacji podanego w kolumnie c. Oferta ta nie zawierała zatem żadnych istotnych rozbieżności w swojej treści, o których mowa w odwołaniu. Zaistniałe uchybienie ma wymiar jedynie czysto formalny i wbrew twierdzeniu Odwołującego nie uniemożliwia dokonania przez Zamawiającego oceny zgodności tej oferty z treścią SIWZ - ta zgodność została przez Zamawiającego zweryfikowana pozytywnie na

etapie badania ofert, a nie dopiero na etapie realizacji zamówienia, jak twierdzi Odwołujący. Wobec braku wątpliwości co do zakresu i sposobu wykonania zamówienia w ramach złożonej oferty twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należy uznać za bezzasadne. Odwołujący w ramach złożonego odwołania zarzuca Zamawiającemu, iż mimo obowiązku wynikającego z przepisu art. 87 ust. 1 Pzp nie zastosował w odniesieniu do *domniemanych* (jak je sam nazywa w odwołaniu Odwołujący, co sugeruje, iż również ma on wątpliwości, czy one rzeczywiście wystąpiły, pomimo, iż jednocześnie nakazuje ich stwierdzenie Zamawiającemu) niejasności w ofercie PARK-M, o których była mowa wyżej, stosownej procedury wyjaśniającej. Zamawiający nie zgadza się z przedmiotowym zarzutem. Po pierwsze należy wskazać, iż sformułowanie art. 87 ust. 1 Pzp (*W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert*) wskazuje na dyspozytywny i fakultatywny charakter tego przepisu stanowiącego jeden z przejawów pewnej swobody i niezależności przyznanej Zamawiającemu w ramach dokonywanej oceny ofert, Zamawiający badając złożone w postępowaniu oferty samodzielnie ocenia potrzebę wystąpienia o dodatkowe wyjaśnienia i dopiero w przypadku stwierdzenia zaistnienia przesłanek do Jej wdrożenia po stronie Zamawiającego pojawia się obowiązek zastosowania procedury wyjaśniającej. Rzeczoną przesłanką konieczności zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp są istniejące wątpliwości w zakresie treści oferty i jej zgodności w szczególności z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, których nie można rozwiązać poprzez analizę pozostałej treści oferty (jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie oferta jest całością i jako całość podlega analizie). Jeżeli zatem Zamawiający stwierdzi, iż w stosunku do złożonej oferty istnieją takie wątpliwości, które nie mogą zostać usunięte poprzez odwołanie się do pozostałej części oferty, to wówczas powinien wystąpić do Wykonawcy o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. Jeżeli Jednak Zamawiający uzna, iż mimo zaistnienia jakichś nieścisłości, czy uchybień w treści oferty nie ma wątpliwości co do jej merytorycznej zgodności z SIWZ lub takie wątpliwości można rozwiązać poprzez analizę pozostałej treści oferty, to nie ma wówczas podstawy do stosowania art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż wyjaśnienia takie byłby wówczas bezprzedmiotowe. Należy wskazać, iż instytucja wystąpienia o wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 Pzp jest mechanizmem uzupełniającym procedurę badania ofert i jako instrument fakultatywny powinna być stosowana wypadkowo -jeżeli zaistnieją podstawy do jej wdrożenia. Wobec powyższego, mając na względzie rozważania na temat charakteru zaistniałego w ofercie PARK-M uchybienia poczynione w pkt 6, należy stwierdzić, iż w niniejszej sytuacji nie było potrzeby stosowania procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ jak już wskazano nie zaistniały, wbrew twierdzeniem Odwołującego, wątpliwości co do zakresu prac wycenionych przez PARK-M oraz zgodności merytorycznej treści oferty z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Zaistniałe w ofercie PARK-M uchybienie o charakterze

formalnym wynikało z pierwotnej omyłki w numeracji powstałej na etapie formułowania przez Zamawiającego treści formularza TER i w związku z tym nie mogło stanowić podstawy wystąpienia o dodatkowe wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ niewątpliwym dla Zamawiającego było sporządzenie przez PARK-M oferty zgodnie z wymaganiami merytorycznymi określonymi w SIWZ (OPZ), toteż wystąpienie o wyjaśnienia w tym zakresie byłoby bezprzedmiotowe. Stanowisko Zamawiającego w zakresie oceny braku potrzeby zastosowania procedury wyjaśniającej w zakresie nieścisłości oznaczeń z kolumny c formularza TER dla Grupy robót nr 4 - ESTETYKA wynikało również z analizy pozostałej treści złożonej oferty. Kalkulacja cenowa dla Grupy robót nr 4 zawierała poprawne oznaczenie prac oraz lch zakresu rzeczowego (obmiaru), wobec czego nie było podstaw do uznania za wątpliwą pod względem zgodności z SIWZ wycenę załączoną do oferty. Ponadto oświadczenia złożone przez PARK-M w ramach oferty (pkt 4.1 i 4.4. formularza oferty - „Przedmiotowe zamówienie wykonamy zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia oraz Specyfikacjami Technicznymi* oraz „Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami i warunki w niej zawarte przyjmujemy bez zastrzeżeń”) świadczą o fakcie zobowiązania się przez tego Wykonawcę do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, czyli na zasadach określonych w szczególności w Specyfikacjach Technicznych dotyczących poszczególnych grup robót. Zamawiający obok stwierdzenia braku konieczności zastosowania odnośnie oferty PARK-M procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na brak jakichkolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty uznał, iż uchybienie zaistniałe w treści formularza TER dla Grupy robót nr 4 - ESTETYKA nie wymagało również zastosowania innego mechanizmu ustawowego przyznanego Zamawiającemu w ramach procesu badania ofert, a więc procedur rektyfikacji treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Wobec faktu, iż źródłem nieścisłości w formularzu TER była pierwotna omyłka Zamawiającego w oznaczeniu pozycji w kolumnach a, b i c tabeli o charakterze porządkowym i *stricte* formalnym Zamawiający uznał, iż nie zachodzi podstawa do jej usunięcia w trybie poprawy oczywistej omyłki pisarskiej (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp), czy też poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), Nawet jednak przy uznaniu zasadności i potrzeby zastosowania któregoś z mechanizmów rektyfikacji treści oferty zarzut braku zastosowania wobec oferty PARK-M procedury z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp albo art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi przedmiotu złożonego odwołania (co więcej Odwołujący wprost twierdzi w odwołaniu, iż zaistniała nieścisłość nie mogłaby zostać zakwalifikowana jako inna omyłka i nie mogłaby zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), więc rozważania w tym zakresie na etapie niniejszego postępowania odwoławczego są bezprzedmiotowe. Odnosząc się natomiast do wskazanej w odwołaniu konieczności odrzucenia oferty PARK-M jako oferty

nieodpowiadającej treści SIWZ, tj. zawierającej niezgodności, które nie mogą zostać usunięte w trybie art. 89 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający uważa, iż zarzut ten nie znajduje potwierdzenia. W tym zakresie należy wskazać na dwie kwestie. Pierwszym zagadnieniem wymagającym rozważenia w kontekście poczynionego zarzutu jest sama możliwość dokonania odrzucenia złożonej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w sytuacji, gdy podstawą odrzucenia miałyby być uchybienie formalne polegające na mylnym oznaczeniu pozycji w kolumnach a, b i c formularza TER dla Grupy robót nr 4 ESTETYKA załączonego do złożonej przez PARK-M oferty, podczas gdy treść merytoryczna oferty Jest poprawna i nie budzi wątpliwości co do jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego, co zostało już wykazane powyżej w pkt 7. W ocenie Zamawiającego uchybienie o takim charakterze nie może stanowić przesłanki uznania oferty za nieważną i jej odrzucenia jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Stanowisko to potwierdza ugruntowane orzecznictwo i literatura przedmiotu wpisująca się w doktrynę odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Komentatorzy Pzp podkreślają, iż *oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmiennność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji, (...) a jeżeli oferta spełnia cel wymagań formalnych, ale w sposób niekoniecznie taki, jak żądał Zamawiający, przy podejmowaniu decyzji istotne powinno być to, czy cel został osiągnięty, a nie czy forma oferty stanowi odzwierciedlenie życzeń Zamawiającego* (Jerzy Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydanie 12, Wydawnictwo C.H. Beck 2013). Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO z dnia 21 sierpnia 2013 r. (KIO 1902/13) o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. *Me stanowi podstawy odrzucenia oferty niezachowanie wymaganej formy dokumentów narzuconych przez Zamawiającego (...), jeżeli forma przedstawiona przez Wykonawcę zawiera wszelkie wymagane pozycje* (Paweł Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydanie 4, Wydawnictwo C.H. Beck 2014). Zespół arbitrów w uzasadnieniu wyrok z dnia 6 sierpnia 2004 r. (UZO/ZO/0-1221/04) stwierdził również, iż uchybienia co do treści ofert w odniesieniu do SIWZ powinny być merytoryczne oraz istotne, aby mogły być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty. Uchybienia formalne (np. niedokładności w przedmiarze robót niedotyczące bezpośrednio przedmiotu zamówienia i niezmiennające go) nie stanowią takiej przyczyny. Z kolei zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 stycznia 2013 r. (KIO 2903/13) uchybienia formalne oferty nie mają wpływu na jej prawidłowość. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków

realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Przy czym zarówno orzecznictwo, jak i doktryna wskazują ogólnie, iż każda sytuacja zaistniałej niezgodności, nieścisłości i uchybień w treści złożonej oferty *de facto* musi być oceniana indywidualnie, gdyż to, czy dane wskazane w ofercie są wystarczające zależy od wymagań Zamawiającego, a oferta jest całością i należy ją zatem badać jako całość. Podsumowując powyższy wywód można wskazać na wyrok KIO z dnia 17 lutego 2011 r. (KIO 218/11), zgodnie z którym *aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ*, jak również wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2013 r. (KIO 1845/13), zgodnie z którym *rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania / świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy)*. Wobec powyższego Zamawiający uważa zarzut konieczności odrzucenia oferty PARK-M z powodu zaistniałej niezgodności opisanej w odwołaniu za bezzasadny, gdyż nie jest to uchybienie, które rzutowałoby na treść merytoryczną oferty sporządzonej zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, co do czego nie można mieć żadnych wątpliwości. Drugim z sygnalizowanych zagadnień związanych z zarzutem konieczności w ocenie Odwołującego odrzucenia oferty PARK-M jest niekonsekwencja, a wręcz wewnętrzna sprzeczność wniosków złożonego odwołania. Odwołujący opiera swoje odwołanie na zarzucie zaniechania zastosowania przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp (zarzut wskazany w pkt 1 odwołania), po czym w ramach ostatniego zrzutu (wskazanego w pkt 3 odwołania) formułuje twierdzenie o konieczności odrzucenia oferty PARK-M i nieuwzględniania jej na etapie oceny ofert, co koreluje z wywodem poczynionym w ramach uzasadnienia odwołania koncentrującym się wokół stwierdzenia, iż zaistniała w ofercie PARK-M nieścisłość powinna, pomimo zastosowania procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp, skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp (przy czym Odwołujący wprost nie sformułował zarzutu naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego poprzez zaniechanie odrzucenia z tej przestanki oferty PARK-M). Konstrukcja odwołania opiera się wobec tego na scenariuszu obejmującym konieczność w pierwszej kolejności zastosowania procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie odrzucenia oferty PARK-M jako

nieodpowiadającej treści SIWZ. Po co wobec tego Zamawiający miałby wyjaśniać treść oferty, skoro według Odwołującego do niczego by to nie doprowadziło, bo z uwagi na uchybienie tkwiące w formularzu TER ofertę i tak trzeba byłoby odrzucić, gdyż nie można usunąć tej nieścisłości w trybie procedury rektyfikacyjnej, jako że nie można jej zakwalifikować jako innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (z uwagi na rzekomą możliwość modyfikacji treści oferty w zakresie ceny ofertowej). Biorąc pod uwagę fakt, iż postępowanie o udzielenie zamówienia z założenia prowadzone jest racjonalnie, z wykorzystaniem instytucji i mechanizmów proceduralnych, które mają przynieść jakiś wymierny efekt odnośnie badanej oferty, scenariusz nakreślony w odwołaniu, poza jego niezasadnością z punktu widzenia przepisów Pzp, należy uznać również za zupełnie nielogiczny z punktu widzenia celu i ekonomiki postępowania, ponieważ nakazuje zastosować procedurę, która ma niczego w rezultacie nie wyjaśnić. Odnosząc się również do wspomnianego w uzasadnieniu twierdzenia o możliwości zakwalifikowania uchybienia zaistniałego w ofercie PARK-M jako błędu w obliczeniu ceny i tym samym uznanie go za podstawę odrzucenia tej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (choć podobnie jak przy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący wprost nie sformułował zarzutu naruszenia przez Zamawiającego tego przepisu) Zamawiający uznaje go za zupełnie bezpodstawny. Błąd w obliczeniu ceny polega m. In. na braku ujęcia w cenie ofertowej wymaganej ilości elementów składających się na przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganymi SIWZ lub nieuwzględnieniu w cenie wszystkich jej składników. W niniejszej sprawie nie zaistniała żadna z tych sytuacji -jak już wskazano wyżej Kalkulacja cenowa sporządzona na formularzu TER dla Grupy robót nr 4 ESTETYKA zawiera wszystkie wymagane pozycje rozliczeniowe oraz ich prawidłową w świetle SIWZ ilość (obmiar), w związku z czym bezzasadnym jest twierdzenie Odwołującego, iż oferta PARK-M zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odnośnie podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez pominięcie zasad równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz związanego z tym zarzutu naruszenia w ocenie Odwołującego art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przy uwzględnieniu konieczności odrzucenia oferty PARK-M Zamawiający mając w szczególności na uwadze powyższe uznaje je za niezasadne. O naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp można mówić w sytuacji, gdy następuje zróżnicowanie sytuacji Wykonawców w sposób znaczący, o charakterze dyskryminującym albo uprzywilejowującym. Jak przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie od wszystkich Wykonawców należy egzekwować wymagania na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Zasada równego traktowania nie pozwala faworyzować ani dyskryminować Wykonawców z jakiegokolwiek powodu, poza rygorami przewidzianymi dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich Wykonawców znajdujących się w takiej samej lub

podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wszystkich Wykonawców. Co do zasady uczciwej konkurencji to wskazać należy, iż powinna być ona interpretowana w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o *zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, czyli w aspekcie typizowanych tą ustawą czynów nieuczciwej konkurencji. Przedmiotowe postępowanie było prowadzone rzetelnie, z wymaganą starannością, zgodnie z regułami określonymi PZP, również z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 Pzp, w sposób umożliwiający wszystkim zainteresowanym Wykonawcom udział w postępowaniu i możliwość ubiegania się na równych warunkach o udzielanie zamówienia stanowiącego przedmiot prowadzonego postępowania, Wszystkie oferty złożone w postępowaniu były badane i oceniane przez Zamawiającego według tożsamyh reguł. W niniejszej sytuacji nie można uznać, iż w ramach czynności wyboru oferty PARK-M jako oferty najkorzystniejszej doszło do naruszenia którejś z zasad z art. 7 ust. 1 Pzp. Była to oferta o treści zgodnej z wymaganiami Zamawiającego złożona przez Wykonawcę legitymującego się spełnianiem warunków udziału określonych w SIWZ i zaistniałe w tej ofercie uchybienie formalne nie mogło wpłynąć na Inną ocenę złożonej oferty, niż uznanie jej za ważną z punktu widzenia ustawy PZP i kwalifikującej się do etapu oceny ofert. Była to oferta z najniższą ceną spośród ofert złożonych na Część IV zadanie 3, zatem w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (cena - 100 %) musiała ona zostać uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą. Niezasadnym jest zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił zgodnie z przepisami Pzp i kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego w SIWZ (Zamawiający nadmienia w tym miejscu, iż Odwołujący nie sformułował wprost zarzutu naruszenia przepisów mówiących o odrzuceniu oferty, a jedynie w ramach zarzutu określonego w pkt 3 odwołania wskazał na konieczność uwzględnienia odrzucenia oferty PARK-M). W ocenie Zamawiającego brakiem realizacji powyższych zasad byłoby właśnie postąpienie przez Zamawiającego w sposób określony w odwołaniu, a zatem odrzucenie oferty PARK-M, czyli odrzucenie oferty odpowiadającej materialnym wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ i zawierającej najkorzystniejszą z punktu widzenia kryterium oceny ofert cenę ofertową jedynie z powodu mylnego oznaczenia numeracyjnego w jednym z formularzy kalkulacji cenowej, czyli uchybienia o stricte formalnym i niemającym wpływu na treść merytoryczną oferty charakterze, a zatem niemogącym stanowić podstawy uznania oferty za nieważną, Odrzucenie oferty PARK-M, czego domaga się Odwołujący, stanowiłoby nieuzasadnione zróżnicowanie sytuacji Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli rażące naruszenie zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na cel i funkcję tych zapisów oraz całej procedury udzielania zamówień publicznych. W ramach podsumowania rozważań dokonanych w pkt IV niniejszej odpowiedzi Zamawiający stwierdza, iż:

- zaistniałe w ofercie PARK-M w ramach formularza TER dla Grupy robót nr 4 -ESTETYKA

uchybiecie ma charakter jedynie formalny i nie wpływa na materialną zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz ważność oferty w świetle reguł Pzp;

- zaistnienie tego uchybienia nie wywołało wątpliwości co do treści złożonej oferty i jej zgodności z SIWZ, a zatem nie wymagało w ocenie Zamawiającego zastosowania procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp, co do której nie istnieje ustawowo obowiązek generalnego stosowania;
- uchybienie to nie może być podstawą odrzucenia oferty PARK-M na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponieważ nie ma ono charakteru istotnego i nie stanowi ono o niezgodności oferty z treścią SIWZ w wymiarze materialnym oraz nie stanowi błędu w obliczeniu ceny;
- postępowanie, w tym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zostało przeprowadzone przez Zamawiającego rzetelnie, wnikliwie i z poszanowaniem zasad z art. 7 Pzp oraz reguł proceduralnych określonych w Pzp;
- mając na względzie potrzebę racjonalizacji i odformalizowania postępowania nie można uznać, iż wszystkie omyłki i uchybienia w treści ofert rzutują na jej ważność - niektóre mało istotne nieścisłości nie stanowią przeszkody do uznania oferty za ważnie złożoną, jeżeli oferta spełnia cele i istotę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowując powyższe, Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż złożone odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ żaden ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów rzekomego naruszenia przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymienionych w odwołaniu przepisów Pzp nie znajduje potwierdzenia w dokonanych przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania czynnościach w świetle obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych, zapisów SIWZ oraz poglądów prezentowanych przez doktrynę i orzecznictwo, jak i innych okoliczności wskazanych w niniejszej odpowiedzi.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu złożonych ofert

w części IV, Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów. Zadanie 3, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutu względem oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, postanowień SIWZ, Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) – zał. nr 1 do SIWZ, tj. Charakterystykę dróg CZ. IV RDW Tarnów – zał. nr 1.4, Specyfikacji Technicznych (Grupa 4. Estetyka: od GR-4.1 Oczyszczenie nawierzchni do GR-4.6 Sadzenie drzew), Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), tzn. Cz. IV. RDW Tarnów, Zad. 3 – TER GR 1, 2, 3, 4, 5, 6 i zbiorcze zestawienie kosztów – zał. nr 3.19 SIWZ, zmiany postanowień SIWZ z dnia 25.03.2014 r.: w zakresie zał. nr 1.4 oraz zał. nr 3.19 SIWZ, zmiany postanowień SIWZ z dnia 04.04.2014 r.: w zakresie zał. nr 3.19 SIWZ, dowodu przekazania Przystępującemu pisma o zmianie zał. nr 3.19 SIWZ, oferty Przystępującego w zakresie cz. IV zadania 3, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 01.07.2014 r., odwołania wraz z załącznikami, przystąpienia oraz pisma Odwołującego złożonego na posiedzeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W ramach Spisu Zawartości podanego w SIWZ wymieniono: „ (...)

2. Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) - zał. nr 1 SIWZ (...)

- Charakterystyka dróg CZ IV RDW Tarnów- zał. nr 1.4 (...)

- Specyfikacje Techniczne - zał. nr 1.6 (...)

4. Tabele Elementów Rozliczeniowych (TER):

- Część IV. RDW Tarnów

- Zad.3 - TER GR 1,2,3,4,5,6 i zbiorcze zestawienie kosztów - zał. nr 3.19 SIWZ (...)

Zgodnie z Rozdz. I SIWZ PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA, Zamawiający wskazał: „ (...)

2. Opis przedmiotu zamówienia:

2.1. Zamówienie obejmuje realizację następujących zadań: (...)

Część IV. Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach

2014 do 2018 - Rejon Dróg Wojewódzkich Tarnów

Zadanie 1. Droga wojewódzka Nr 768, 964

Zadanie 2. Droga wojewódzka Nr 973, 975

Zadanie 3. Droga wojewódzka Nr 975, 980

Zadanie 4. Droga wojewódzka Nr 982, 984

Zadanie 5. Droga wojewódzka Nr 977, 980

Zadanie 6. Droga wojewódzka Nr 977, 979, 981

Zadanie 7. Droga wojewódzka Nr 977,993 (...)

Przedmiotowe zamówienie, w ramach każdego z powyżej określonych zadań, obejmuje wykonywanie usług i robót (zwanymi dalej łącznie robotami) z zakresu letniego i zimowego utrzymania dróg wojewódzkich, obejmujących następujące grupy: (...)

Grupa nr 4- Estetyka:

- a) Oczyszczenie nawierzchni
- b) Koszenie traw
- c) Pielęgnacja drzew - podcinanie gałęzi i konarów drzew
- d) Wycinka krzewów i samosiewów
- e) Wycinka drzew
- f) Wykonanie nasadzeń drzew (...)

W zał. nr 1 SIWZ wskazano w ramach Spisu zawartości także m.in.:

„ (...) Specyfikacje Techniczne – Wymagania Ogólne dla Grupy 1,2,3,4,5,6 (...)

Grupa nr 4- Estetyka:

GR.- 4.1. Oczyszczenie nawierzchni

GR.- 4.2. Koszenie traw

GR.- 4.3. Pielęgnacja drzew - podcinanie gałęzi i konarów drzew

GR.- 4.4. Wycinka krzewów i samosiewów

GR.- 4.5. Wycinka drzew

GR.- 4.6. Wykonanie nasadzeń drzew (...). Zamówienie obejmowało 32 zadania w ramach pięciu części.

Pierwotny - zał_3_19_ter_cz_IV_zad_3 (fragment) - podano:

a	b	c	d
1	1.1.	GR-4.1.	Oczyszczenie nawierzchni dróg, chodników, zatok i miejsc do ważenia pojazdów
2	2.1.	GR - 4.2.	Oczyszczenie nawierzchni porowatych
3	3.1	GR - 4.3	Koszenie traw
4	4.1.	GR - 4.4.	Pielęgnacja drzew - podcinanie gałęzi i konarów drzew
5	5.1.	GR - 4.5.	Wycinka krzewów i samosiewów o średnicy do 10 cm

6	6.1.	GR- 4.6.	Wycinka drzew o średnicy do 50 cm z frezowaniem pni
	6.2.		Wycinka drzew o średnicy powyżej 50 cm z frezowaniem pni
7	7.1.	GR - 4.7.	Wykonanie nasadzeń drzew

Nadto, Zamawiający określił w Rozdz. V. Opis sposobu przygotowania i złożenia oferty, ust. 5. Sposób ustalenia ceny ofertowej:

„5.1. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia będzie ryczałtowe.

5.2. Cenę oferty brutto (wraz z podatkiem VAT) należy obliczyć na podstawie załączników do SIWZ: Opisu Przedmiotu Zamówienia wypełniając Tabele Elementów Rozliczeniowych (od zał. nr 3.1 SIWZ do 3.32 SIWZ, odpowiednio dla zadania).

Uwaga! brak danej grupy robót w załączniku Tabela Elementów Rozliczeniowych oznacza, że w danym zadaniu ta grupa robót nie występuje.

5.3. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian w Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

5.4. Przy kalkulacji ceny oferty wykonawca nie może pominąć jakiegokolwiek pozycji w Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

5.5. Obliczoną cenę (Razem wartość brutto ZZK) należy wpisać do formularza oferty - zał. nr 2 SIWZ.

5.6. Wszystkie wartości należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

5.7. W cenie oferty należy skalkulować wszystkie koszty i czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

5.8. Cenę należy określić w złotych polskich. Nie dopuszcza się rozliczenia zamówienia w walutach innych niż polskie złote.

5.9. Cena oferty nie ulega zmianie przez cały czas trwania umowy.

5.10. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów i importu usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.”.

Na rozprawie Zamawiający potwierdził, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, wynika to także z § 4 ust.1 wzoru umowy.

Zamawiający w dniu 25.03.2014 r. dokonał zmiany postanowień SIWZ m. in.:

„Charakterystyka dróg (...)

zał_1_4_char_drog_czescIV_rdw_tarnow -

ZAMIENNY (...)

TER:

(...) zał_3_19_ter_cz_IV_zad_3 – ZAMIENNY (...)."

W ramach zał. 3.19 dokonano zmiany w poz. 3 (kolumna a), nr elementu 3.1 (kolumna b), Nr specyfikacji technicznej GR – 4.3 (kolumna c), Rodzaj Robót: Koszenie traw (kolumna d), jednostka miary m² (kolumna e), tzn. zmianie uległa ilość (kolumna g) z 2 500 000,00 na 1 951 345,47.

Pod tabelą zachowano pierwotne zastrzeżenie:

*„Cena jednostkowa obejmuje wszystkie składniki kosztów (między innymi R, M, Kz, S, KP, Z), a także inne czynności opisane w Specyfikacji Technicznej
Ceny jednostkowe i wartość należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”*

Zamawiający w dniu 04.04.2014 r. dokonał zmiany postanowień SIWZ m.in.:

„ (...) Strony TER:

(...) zał_3_19_ter_cz_IV_zad_3 – Strona zamienna z dn. 04.04.2014 r. – GR 4 (...).”

W ramach zał. 3.19 dokonano następujących zmian. Zmniejszono ilość pozycji (kolumna a), zmieniono Nr elementu oraz zwiększono ich ilość w ramach L.p. 1 (kolumna b). Nadto, zmieniono nr specyfikacji technicznej (kolumna c) w stosunku do Rodzaju Robót (kolumna d).

Zmieniono:

Lp.	Nr elementu	Nr specyfikacji	Rodzaj robót
a	b	c	d
1	1.1.	GR - 4.1.	Oczyszczenie nawierzchni dróg, chodników, zatok i miejsc do ważenia pojazdów
	1.2.		Oczyszczenie nawierzchni porowatych
2	2.1.	GR - 4.2.	Koszenie traw
3	3.1.	GR - 4.3.	Pielęgnacja drzew - podcinanie gałęzi i konarów drzew
4	4.1.	GR - 4.4.	Wycinka krzewów i samosiewów o średnicy do 10 cm
5	5.1.	GR - 4.5.	Wycinka drzew o średnicy do 50 cm z frezowaniem pni
	5.2.		Wycinka drzew o średnicy powyżej 50 cm z frezowaniem pni
6	6.1.	GR - 4.6.	Wykonanie nasadzeń drzew

Zgonie z dowodem w dniu 04.04.2014 r. przekazano Przystępującemu pisma o zmianie zał. nr 3.19 SIWZ. Przystępujący oświadczył, że załącznik musiał sam odszukać na stronie internetowej Zamawiającego.

W ramach wzoru umowy Zamawiający określił także w § 1 ust. 2 zakres zimowego i letniego utrzymania dróg wojewódzkich z podziałem na określone grupy robót. Zaś w ust. 4 i 5 niniejszego paragrafu wskazał, że szczegółowy wykaz elementów robót i usług przypisanych do poszczególnych grup robót określonych w ust. 2 oraz ich zakres określony jest w Tabelach Elementów Rozliczeniowych (TER) stanowiących wraz z oferta załącznik nr 2 do umowy. Zaś, sposób wykonania oraz warunki odbioru określone zostały w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót (zwanych dalej Specyfikacjami Technicznymi ST) stanowiących załącznik nr 3 do niniejszej umowy.

Przystępujący złożył ofertę w Cz. IV zadaniu 4 wykorzystując zał. 3.19 według wzoru z dnia 25.03.2014 r. Nadto, w ramach formularza ofertowego w Cz. IV zadaniu 4 złożył w pkt. 4.1 oświadczenie, w ramach którego zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia oraz Specyfikacjami Technicznymi. Zaś, w pkt 4.6 oświadczył Wykonawca, że zawarty w SIWZ wzór umowy został zaakceptowany i zobowiązuje się w przypadku wyboru oferty do zawarcia umowy na warunkach w nim zapisanych, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na rozbieżność między kolumną „c” i „d” kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4. Estetyka (w ramach Tabeli Elementów Rozliczeniowych), Izba uznał niniejszy zarzut za zasadny. Wskazując, że w tym zakresie, potwierdzona została *stricte* okoliczność tego rodzaju, tj. że treść przywołanej kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4. Estetyka nie odpowiada treści SIWZ. Jednakże, możliwość zastosowania przywołanego przepisu, jest warunkowa, tzn. z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji, Izba nie może zarówno przejść w sposób bezrefleksyjny nad zaistniałą rozbieżnością między treścią oferty, a postanowieniami SIWZ, jak również zanegować że art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest w sposób nierozzerwalny związany z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z tych względów, Izba generalnie uwzględniła zarzut, jak i odwołanie, jednocześnie nakazując działanie wskazane w sentencji orzeczenia. Izba przypomina, że jest związana zarzutami, a nie wnioskami Odwołującego.

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że okolicznością bezsporną było złożenie przez Przystępującego kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4. Estetyka według stanu na dzień 25.03.2014 r. Potwierdzają to zarówno odpowiedź na odwołanie, jaki i pismo Odwołującego, tudzież stanowisko Przystępującego z rozprawy. Jednakże, odmienne wnioski z tego faktu wywodzą strony postępowania oraz Przystępujący. Odwołujący uważa, że skutkiem winno być bezwzględne odrzucenie oferty, zaś Zamawiający stoi na stanowisku, podobnie Przystępujący, że zmiany dokonane w ramach czynności z dnia 04.04.2014 r. w kolumnie „a, b i c” kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4. Estetyka dotyczą elementów nieistotnych merytorycznie dla treści oferty. Wskazywano, że elementy istotne znajdują się w kolumnie „d, e, f, g, i h”. W sposób szczególny eksponując prawidłowe wskazanie w ofercie Przystępującego - rodzaje robót w poszczególnych pozycjach. Nadto, podnosząc, że i tak owe rodzaje robót będą realizowane zgodnie ze stosownymi Specyfikacjami Technicznymi stanowiącymi załącznik do przyszłej umowy. Odwołujący eksponował z kolei znaczenie kolumny „c”, tj. właściwego numeru Specyfikacji Technicznej dla zakresu realizowanego rodzaju robót w odniesieniu do informacji znajdujących się w konkretnej – zgodnej z odesłaniem Specyfikacji Technicznej. Zwracał uwagę, że w pozycji odnoszącej się do Wykonania nasadzenia drzew – jest odniesienie do nieistniejącej Specyfikacji Technicznej.

Izba wzięła powyższe pod uwagę, i tak jak wskazywała na wstępie, uwzględniła zarzut i odwołanie, gdyż rozbieżności są oczywiste i bezsporne, przy czym z uwagi na istotę art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazała stosowne poprawienie oferty Przystępującego, tzn. poprawienie numerów Specyfikacji Technicznych w kolumnie „c” - kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4 (w ramach Tabeli Elementów Rozliczeniowych), zgodnie z rodzajem robót wynikającym z kolumny „d”, tzn. pozycje od Lp 2 do Lp 7.

Izba w kontekście dopuszczalności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przedmiotowym stanie faktycznym wskazuje, że: *"artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki".* (wyrok SO w Krakowie z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 429/09). Niniejszy przepis: *"(..) ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego"* (wyrok KIO z dnia 10.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 232/09). Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 01.03.2010 r., sygn. akt XIX Ga 18/10: *„Lege non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wskazuje rodzaju omyłek, zatem obejmuje wszelkie niezamierzone, błahie pomyłki, niedopatżenia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym*

pominięciem określonych w siwz wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie”.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający w dniu 04.04.2014 r. jedynie poinformował Wykonawców, w tym Przystępującego o zaistniałych zmianach. Odesłanie do strony internetowej Zamawiającego, biorąc pod uwagę ilość zadań (32 zadania) oraz części (pięć części) rodziło niebezpieczeństwo zaistnienia omyłki, w tym wypadku w ocenie Izby, zaistniała: „inna omyłka”. Powyższe, Izba była zmuszona wziąć pod uwagę, przy rozpatrywaniu zarzutu. Uznając, że Przystępujący nie miał świadomości składania niewłaściwego załącznika.

Jednocześnie Izba, podnosi, że: *"przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że zamawiający nie może wyłączyć jego stosowania na mocy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie zbada treści oferty pod kątem możliwości dokonania poprawy w ofercie innych omyłek, określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp".* (wyrok z dnia 12.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 112/10). W rezultacie, Izba była zmuszona z uwagi na uwarunkowania prawne wziąć pod uwagę ewentualną możliwość poprawy w tym trybie. Tym bardziej, że w ramach odwołania Odwołujący „z góry” wykluczył możliwość jakiegokolwiek poprawy (ostatni akapit na 4 stronie odwołania).

Kwalifikator „istotnych zmian”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencje tych zmian należy oceniać biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez Zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego skutku przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia (za wyrokiem SO w Krakowie z 23.04.2009 r., sygn. akt: XII Ga 102/09).

W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym, istnieje dopuszczalność dokonania nakazanej zmiany sprecyzowanej w uzasadnieniu we wcześniejszym fragmencie. Izba stoi na stanowisku, że powstała rozbieżność była wynikiem „klasycznej” omyłki, nadto Wykonawca zobowiązał się w ramach formularza ofertowego w pkt. 4.1 oświadczenie, w ramach którego zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia oraz Specyfikacjami Technicznymi. Zaś, w pkt 4. 6 oświadczył Wykonawca, że zawarty w SIWZ wzór umowy został zaakceptowany i zobowiązuje się w przypadku wyboru oferty do zawarcia umowy na warunkach w nim zapisanych, w miejscu

i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W tym zakresie, w ramach wzoru umowy Zamawiający określił także w § 1 ust. 2 zakres zimowego i letniego utrzymania dróg wojewódzkich z podziałem na określone grupy robót. Zaś w ust. 4 i 5 niniejszego paragrafu wskazał, że szczegółowy wykaz elementów robót i usług przypisanych do poszczególnych grup robót określonych w ust. 2 oraz ich zakres określony jest w Tabelach Elementów Rozliczeniowych (TER) stanowiących wraz z oferta załącznik nr 2 do umowy. Zaś, sposób wykonania oraz warunki odbioru określone zostały w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót (zwanymi dalej Specyfikacjami Technicznymi ST) stanowiących załącznik nr 3 do niniejszej umowy.

W ocenie, Izby kluczowe jest także odniesie danej zmiany do rodzaju robót, a nie odwrotnie. Poprawy można dokonać samodzielnie nie jest konieczne złożenie dodatkowego oświadczenia przez Przystępującego z wyjątkiem akceptacji wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, brakowi cechy istotności nakazanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasada wynagrodzenia kosztorysowego. Nie można bowiem stwierdzić, że co do zasady wynagrodzenie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść oferty (podobnie wyrok KIO z dnia 24.03.2011 r., sygn. akt: KIO 554/11).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, tzn. zaniechania domniemanych niejasności i niezgodności, pomimo obowiązku wynikającego z ww. przepisu w kontekście kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4. Estetyka, Izba uznał niniejszy zarzut za niezasadny.

Na wstępie, Izba zauważa, że generalnie art. 87 ust.1 Pzp, który ma charakter fakultatywny i służy, sanowaniu oferty "w ramach wyjaśnień" bez jej zmiany. (wyrok z 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2035/11).

Z kolei, naruszenie art. 87 ust.1 Pzp można rozpatrywać tylko, jeśli od potrzeby jego zastosowania Zamawiający uzależniałby uznanie oferty, gdyż co do zasady jego zastosowanie nie ma charakteru obligatoryjnego. (podobnie w wyroku KIO z 27.8.2013 r., sygn. akt: KIO 1966/13).

Wynika to z faktu że, uprawnienie Zamawiającego, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Brak udzielenia odpowiedzi na zapytanie, złożone w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w przeciwieństwie do wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, zgodnie z art.

26 ust. 3 Pzp, nie jest obwarowane negatywnymi skutkami dla wykonawcy, z tym zastrzeżeniem, iż bez wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny oferty w takim kształcie, w jakim została złożona i zgodnie z rozumieniem jej treści przyjętym przez Zamawiającego i jego poglądem prawnym (za wyrokiem KIO z 25.03.2011 r., sygn. akt: KIO 510/11).

Przy czym, z treści przepisu art. 87 ust. 1 Pzp nie wynika nakaz, przed odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, w zakresie braku wszystkich pozycji wymaganych bezwzględnie w przedmiarach robót, do zastosowania procedury wyjaśniającej. Ponadto KIO zwraca uwagę, że jeżeli ustalenia wskazują przede wszystkim na przedstawienie w ofercie mniejszego zakresu rzeczowego niż wymagany w SIWZ, a tym samym, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, w części dotyczącej zakresu rzeczowego robót, to niezgodność takiej oferty z treścią specyfikacji nie wymaga zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśniania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Oferta taka kwalifikuje się zatem wyłącznie do odrzucenia. (za uchwałą KIO z 30.12.2009 r., sygn. akt: KIO/KU 52/09).

W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby, powyższy przepis nie miał zastosowania, potwierdził to także pośrednio Odwołujący w odwołaniu, wskazując, że i tak oferta winna zostać odrzucona. Zaistniała rozbieżność była oczywista i nie wymagał wyjaśnień, ale zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, na co Izba wskazywała przy rozpatrywaniu wcześniejszego zarzutu.

Przy czym, Izba dodatkowo na marginesie za orzecznictwem wskazuje - wyrok KIO z 04.04.2013 r., sygn. akt: KIO 662/13: *„Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i rozprawy, co do procedury wyjaśnienia treści oferty, czy też braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba stwierdziła, że przeprowadzenie takich wyjaśnień nie prowadziłyby do zmiany treści oferty (istotnej) i nie stanowi o niedopuszczalnych negocjacjach z wykonawcą. Jedyne w sytuacji, gdyby Odwołujący w ramach tych wyjaśnień wskazał jeszcze inny termin płatności, a Zamawiający dokonałby w tym zakresie korekty oferty Odwołującego wówczas takie działanie należałoby zakwalifikować jako naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp.”*

Takie stanowisko znajduje również oparcie w wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach z 06.03.2009 r., sygn. akt: I Ca 27/09, który dopuszcza wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w kontekście kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4. Estetyka, Izba uznał niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba podkreśla, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał za pomocą dowodu, jak i nie przywołał konkretnego przykładu na potwierdzenie swojego zarzutu. W ocenie Izby, do

końca nie jest takim przykładem wycena pozycji odnoszącej się do „Wykonania nasadzenia drzew”, tzn. odniesienie do nieistniejącej Specyfikacji Technicznej. Izba podkreśla, że w tym zakresie, ale także generalnie do całego zarzutu, ma także zastosowanie argumentacja dotycząca zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Nadto, w ocenie Izby wycena dokonana w pozycji - Wykonania nasadzenia drzew – nie daje dostatecznych podstaw do uznania, że w ogóle nie ujęto przy jej wycenie jakiegokolwiek Specyfikacji Technicznej. Należy zauważyć, że pod tabelą znajduje się zastrzeżenie ogólne nie odnoszące się do konkretnej Specyfikacji Technicznej, że: *„Cena jednostkowa obejmuje wszystkie składniki kosztów (między innymi R, M, Kz, S, KP, Z), a także inne czynności opisane w Specyfikacji Technicznej”*. Niewątpliwie więc podstawą wyceny była Specyfikacja Techniczna, mimo omyłkowego oparcia się przez Wykonawcę na kalkulacji cenowej cz. IV zadania 3. Grupa 4. Estetyka według stanu na dzień 25.03.2014 r. Należy uznać, na podstawie całości oferty, że Wykonawca kierując się całością OPZ kierował się rodzajem robót przy wycenie tej pozycji, ale także innych pozycji spornej kalkulacji cenowej (w ramach Tabeli Elementów Rozliczeniowych).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia pierwszego ze wskazanych wyżej zarzutów, Izba uznała także za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 7 ust.3 w zw. z art. 91 ust.1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła w tym zakresie wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie norm przypisanych, uznając, iż w postępowaniu odwoławczym - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika mogą być przez Izbę zasądzone wyłącznie na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku, czego Zamawiający nie uczynił.

Izba na marginesie przypomina, że ewentualny wniosek o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania na rzecz Przystępującego nie ma oparcia w przepisach Pzp. Z kolei zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 cyt. rozporządzenia Przystępującemu przysługuje zwrot kosztów postępowania jedynie w sytuacji, gdy wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, a Izba oddaliła takie odwołanie.

Przewodniczący:

.....