

## UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. (dalej: zamawiający) prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej (...) na odcinku od węzła W. (z węzłem) do węzła Ł. (bez węzła) w km 128+896,18-203+159,18 wraz ze wszystkimi jej elementami w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy z podziałem na dwa zadania”.

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) – w punkcie 14.3.3. Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW) zamawiający wskazał, że odrzuci ofertę wykonawcy, jeżeli ten nie zapewni dotrzymania standardów utrzymania wymaganych

w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: (...)). Nadto w punkcie 14.3.4.2.1 IDW zamawiający wymagał, aby wykonawcy w ramach koncepcji zimowego utrzymania drogi wskazali czas reakcji i likwidacji skutków danego zjawiska atmosferycznego, w tym błota pośniegowego. Zamawiający wskazał, że oczekuje opisów dotyczących wszystkich działań jakie, w ocenie wykonawcy, będą miały miejsce od momentu powzięcia informacji

o możliwości wystąpienia danego zjawiska atmosferycznego do czasu osiągnięcia wymaganego standardu. W załączniku numer 3 do (...) zamawiający zastrzegł, że wykonawca maksymalnie po upływie 4 godzin od ustania opadów śniegu będzie zobowiązany usunąć błoto pośniegowe na całej szerokości nawierzchni jezdni. Nadto zamawiający zastrzegł, że wykonawca będzie zobowiązany do pielęgnacji roślinności niskiej (trawy) oraz utrzymania jej do wysokości 20 cm w obszarze pasa rozdziału nieutwardzonego, rowów, skarp nasypu, skarp wykopu, Obwodu Utrzymania i Miejsc (...) Podróżnych.

W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania numer I i numer II wpłynęła między innymi oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O., T. B. - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa (...), Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. (dalej: Konsorcjum (...)). W Formularzu ofertowym Konsorcjum (...) złożyło oświadczenie

o realizacji umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Konsorcjum (...) w przedłożonej ofercie – w Programie 2.1 na stronie 12 Koncepcji działań w pozycji „Czasy dostosowania do standardu” wskazało 5 godzin jako maksymalny czas likwidacji błota pośniegowego. Natomiast na stronie 11 Koncepcji działań w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII znalazło się następujące oświadczenie: „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający w (...). Dodatkowo Konsorcjum (...) w treści swojej oferty –

w Programie 2.2 na stronie 14 Koncepcji działań zadeklarowało, że w obszarze od przeciwskarpy do linii rozgraniczających oraz w koronie drogi maksymalna wysokość zieleni nie przekroczy założeń, jakie są zamieszczone w załączniku numer 3 do (...), to jest 25 cm.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2015 roku zamawiający poinformował uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że ofertą najkorzystniejszą w zakresie części numer I i numer II jest oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w M., Hiszpania (dalej: Konsorcjum (...)). Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez Konsorcjum (...) została odrzucona, bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W przedmiocie odrzucenie oferty Konsorcjum (...) zamawiający wyjaśnił, że wykonawcy ci w przedłożonej przez siebie ofercie określili czas usunięcia błota pośniegowego na 5 godzin od ustania opadu, natomiast zgodnie ze SIWZ

maksymalny wymagany czas na usunięcie błota pośniegowego wynosi 4 godziny. Nadto zamawiający podniósł, że Konsorcjum (...) w treści złożonej przez siebie oferty określiło, iż „w koronie drogi” maksymalna wysokość zieleni nie przekroczy 25 cm, podczas gdy zgodnie ze SIWZ wysokość trawy między innymi w pasie rozdziału, na skarpach nasypu i skarpach wykopu, na terenie Odwodów Utrzymania Autostrady i Miejsc (...) Podróżnych nie może przekroczyć 20 cm.

Konsorcjum (...) wniosło do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: (...)) odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

-.

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zaproponowanego czasu reakcji na usunięcie zjawiska błota pośniegowego oraz zadeklarowanej wysokości zieleni w „koronie drogi”;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie dokonania poprawienia w ofercie odwołującego innej omyłki w Koncepcji działań w zakresie zaproponowanego czasu reakcji na usunięcie zjawiska błota pośniegowego oraz zadeklarowanej wysokości zieleni w „koronie drogi”;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z wymaganiami SIWZ w zakresie zaproponowanego czasu reakcji na usunięcie zjawiska błota pośniegowego oraz zadeklarowanej wysokości zieleni w „koronie drogi”;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób błędny, bez uwzględnienia oferty odwołującego.

W konsekwencji zgłoszonych zarzutów Konsorcjum (...) wniosło o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p.;
- dokonanie ponownej oceny ofert;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że zaniechanie przez zamawiającego wyjaśnienia oraz poprawienia omyłek, które wkradły się do jego oferty doprowadziło do niezasadnego jej odrzucenia. W ocenie odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, zamawiający nie mógł kategorycznie przesądzić o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że nie ulega wątpliwości, iż miał on zamiar złożyć ofertę zgodną ze SIWZ. Odwołujący przyznał, że w złożonej przez siebie ofercie wskazał 5 godzin - jako czas reakcji na usunięcie błota pośniegowego, podczas gdy SIWZ dopuszcza maksymalnie 4 godzinny czas reakcji na tego typu zjawisko. Jednocześnie odwołujący podniósł, że w odniesieniu do likwidacji błota pośniegowego, złożył on dodatkowe oświadczenia w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII (strona 11 Koncepcji działań) wskazując, iż „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający w (...). W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że zaoferował on czas reakcji w wysokości 3 godzin, co zgadzałoby się z czasem wynikającym z (...) obniżonym o 1 godzinę. Odwołujący podniósł następnie, że na stronie 12 Koncepcji działań w rubryce „Czas dostosowania do standardu”, jako maksymalny czas likwidacji warunków zimowych na S-8 dla błota pośniegowego wskazał na 5 godzin, co nie odpowiada wymaganiam zamawiającego. Odwołujący konkludował, że jego oferta zawiera zatem dwa oświadczenia dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, z których jedno było zgodne z wymaganiami SIWZ (czas reakcji do 3 godzin dla likwidacji błota pośniegowego), drugie zaś wyraźnie z nim sprzeczne. Odwołujący podkreślił, że proponując 5 godzinny czas likwidacji błota pośniegowego popełnił omyłkę, ze sporządzonej przez niego Koncepcji działań wynika bowiem, iż

miał na myśli 3 godzinny czas reakcji. Zdaniem odwołującego w zaistniałej sytuacji zamawiający powinien najpierw wezwać go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., a następnie poprawić dostrzeżoną omyłkę w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Odwołujący argumentował, że poprawienie omyłki w zakresie zmiany 5 godzinnego czasu likwidacji błota pośniegowego na czas 3 godzin należy uznać za omyłkę nieistotną, niepowodującą znaczących zmian w treści oferty. Poprawienie omyłki nie spowoduje żadnych zmian w wysokości ceny. Odwołujący odnosząc się do drugiej przesłanki odrzucenia jego oferty, to jest zadeklarowanej wysokości 25 cm dla roślinności niskiej

w „koronie drogi”, wskazał, że mamy do czynienia z sytuacją analogiczną, podobnie jak w przypadku omyłki dotyczącej czasu likwidacji błota pośniegowego. Odwołujący przyznał, że w sposób nieprawidłowy dla roślinności niskiej znajdującej się w koronie drogi zadeklarował wysokość 25 cm, zamiast 20 cm. Zdaniem odwołującego nie ulega jednak wątpliwości, że wskazana nieprawidłowość oferty ma charakter omyłki. Odwołujący podniósł, że w treści swojej oferty zadeklarował wykonanie przedmiotu umowy w zakresie utrzymania zieleni w koronie drogi zgodnie z treścią załącznika numer 3 do (...), z drugiej zaś strony wskazał na wysokość 25 cm, która jest sprzeczna z wymaganiami tego dokumentu. Odwołujący wyjaśnił, że wysokość traw w ramach usług utrzymania zieleni drogi nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny ofert oraz jej punktacji.

Postępowanie wszczęte wskutek odwołania Konsorcjum (...) toczyło się przed (...) pod sygnaturą akt KIO 1784/15.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: Konsorcjum (...) oraz wykonawca (...) Spółka jawna z siedzibą w P..

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 1 września 2015 roku Konsorcjum (...) wniosło o uwzględnienie złożonego odwołania. Zamawiający wniósł natomiast o oddalenie odwołania. Przystępujący po stronie zamawiającego przyłączyli się do stanowiska zamawiającego.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 3 września 2015 roku, sygn. akt KIO 1784/15, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum (...) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zaoferowanego czasu likwidacji błota pośniegowego (program 2.1) oraz zadeklarowanej wysokości zieleni w koronie drogi (program 2.2) w zadaniu numer I i numer II. Natomiast o kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy.

W uzasadnieniu zapadłego rozstrzygnięcia (...) wskazała, że odwołujący w złożonej przez siebie ofercie – w Programie 2.1 w zakresie usługi zimowego utrzymania dróg wskazał 5 godzin, jako maksymalny czas na usunięcie zjawiska w postaci błota pośniegowego (str. 12 Koncepcji działań w pozycji „Czasy dostosowania do standardu”). Natomiast w Programie 2.2 odwołujący zaoferował utrzymanie roślinności niskiej (trawy) w koronie drogi na wysokości 25 cm. Nadto Izba podniosła, że odwołujący w treści oferty złożył także dodatkowe oświadczenie - w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII (strona 11 Koncepcji działań), odwołujący wskazał bowiem, że: „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający w (...). W ocenie (...) z treści powyższego oświadczenia wynika, że odwołujący zaoferował czas likwidacji zjawiska błota pośniegowego w ilości 3 godzin, to jest o 1 godzinę krótszy niż określony przez zamawiającego jako maksymalny, co jest zgodne wymaganiami (...). Izba wskazała, że oferta odwołującego zawiera zatem dwa oświadczenia dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie usunięcia zjawiska błota pośniegowego, z których jedno jest zgodne z wymaganiami SIWZ, a drugie sprzeczne. Zdaniem (...) powyższe oznacza, że treść oferty w omawianym zakresie nie jest na tyle jednoznaczna, aby uznać, iż jest ona bezwzględnie niezgodna z treścią SIWZ, a także, że niezgodność ta nie jest jednocześnie możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Izba argumentowała, że wskazana niejednoznaczność treści oferty powinna zostać wyjaśniona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż zachodzi uzasadnione prawdopodobieństwo popełnienia przez wykonawcę niezamierzonej omyłki.

W ocenie (...) nie ulega wątpliwości, że odwołujący miał zamiar złożyć ofertę zgodną ze SIWZ, o czym świadczy złożenie oświadczenia w Formularzu ofertowym o realizacji umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ, a także oświadczenia w Koncepcji działań, iż zjawiska atmosferyczne w warunkach zimowego utrzymania drogi będą likwidowane w czasie krótszym o 1 godzinę niż wynika to z wymagań SIWZ. Zdaniem I., w tych okolicznościach zamawiający powinien mieć na uwadze wolę wykonawcy w złożeniu prawidłowej oferty, a tym samym zaistniałych wątpliwości nie powinien rozstrzygać na niekorzyść wykonawcy. (...) podkreśliła, że przesłanki odrzucenia oferty muszą być interpretowane ściśle, a zamawiający ma obowiązek ich wykazania w sposób obiektywny i niebudzący wątpliwości. Izba argumentowała, że w świetle powyższego zamawiający był zobowiązany skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., to jest wezwania wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści oferty. Następnie w zależności od treści złożonych wyjaśnień, w przypadku potwierdzenia przez wykonawcę omyłkowego wpisania ilości 5 zamiast 3 godzin, zdaniem (...) zamawiający ma obowiązek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. oraz poprawienia treści oferty, przez usunięcie sprzeczności w treści oferty w powyższym zakresie.

W zakresie zadeklarowania wysokości 25 cm dla roślinności niskiej w „koronie drogi” w Programie 2.2 w zakresie usług utrzymania zieleni, Izba podniosła, że wystąpiła tu, podobnie jak wyżej, sprzeczność w treści oferty odwołującego. (...) wyjaśniła, że wykonawca złożył oświadczenie, które budzi uzasadnioną wątpliwość, co do świadomego i celowego działania wykonawcy w tym zakresie. Wykonawca wskazał bowiem maksymalną wysokość trawy w koronie drogi jako 25 cm, powołując się na zgodność tego wymagania ze standardami Załącznika numer 3 do (...): „Maksymalna wysokość zieleni nie przekroczy założeń, jakie są zamieszczone w załączniku nr 3 do (...)Standardy utrzymania Drogi do utrzymania”, tj. 25 cm.” W ocenie I. z brzmienia tego zapisu oferty wynika uzasadniona wątpliwość, że omawiana nieprawidłowość oferty co do wysokości trawy może mieć charakter niezamierzonej omyłki. Zdaniem (...) kwestia ta powinna zostać zatem wyjaśniona na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., z uwzględnieniem wyrażonej w ofercie woli wykonawcy do złożenia prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania zamawiającego. Dopiero wyjaśnienia wykonawcy pozwoliłyby zamawiającemu na dokonanie jednoznacznej interpretacji treści oferty. Izba argumentowała, że również w tym przypadku występuje możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. i poprawienia omyłki w postaci nieprawidłowej deklarowanej wysokości trawy w koronie drogi, w zależności od treści złożonych wyjaśnień. (...) podkreśliła, że Program 2.2 podlega ocenie w kryterium „Wartość techniczna” jedynie pod kątem zadeklarowanego czasu wykonywania zabiegów utrzymaniowych na zieleni w terminie krótszym niż wymaga zamawiający w (...), a zatem zadeklarowana przez wykonawców wysokość trawy w ramach usług utrzymania zieleni drogi nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny ofert.

W powyższych okolicznościach - zdaniem I. - zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. W ocenie (...) zamawiający w sposób nieuzasadniony pominął wynikający z tego przepisu obowiązek zbadania oferty pod kątem możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., w tym możliwość wyjaśnienia sprzeczności w treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż w ustalonym stanie faktycznym, nie mógł kategorycznie przesądzić o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ. W konsekwencji Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego.

W ocenie (...), brzmienie pkt 14.3.3 IDW nie uprawniało zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. bez zbadania oferty pod kątem możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Izba podniosła, że zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia w SIWZ stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy p.z.p. oraz tym samym zaostrożenia przesłanek odrzucenia oferty. (...) argumentowała, że zamawiający jest co prawda uprawniony do opisania w SIWZ okoliczności (omyłek), które uznaje za istotne, a których poprawienie nie jest możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., jednakże w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wprost takich okoliczności w SIWZ nie opisał. Izba podniosła, że brzmienie pkt 14.3.3 IDW określa podstawy faktyczne do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze SIWZ, co oznacza, że podstawę prawną stanowi tu przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., który zawiera wyraźne zobowiązanie do zbadania możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem przepisów ustawy p.z.p. przy badaniu i ocenie oferty odwołującego Izba uznała, że naruszona została także zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. (...) biorąc pod uwagę przedstawiony powyżej stan rzeczy, w szczególności fakt, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy p.z.p. w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 1784/15 może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz ust. 8 ustawy p.z.p.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy p.z.p. oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, stosownie do wyniku postępowania.

Skargę od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2015 roku w sprawie sygn. akt KIO 1784/15, wniosło Konsorcjum (...), zaskarżając zapadłe przed Izbą orzeczenie w całości.

Zaskarżonemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na treść wyroku, to jest art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p. poprzez rozstrzygnięcie co do zarzutów, które nie były zawarte w treści odwołania Konsorcjum (...), to jest uznanie, że jego oferta nie jest bezwzględnie niezgodna ze SIWZ, gdyż jedno z oświadczeń zawartych w treści oferty odnosi się do prawidłowego czasu doprowadzenia do wymaganego standardu utrzymania drogi liczonego od momentu ustania opadów, to jest czasu likwidacji zjawiska błota pośniegowego, podczas gdy w treści odwołania, podniesione zostały jedynie zarzuty wraz z argumentacją na ich poparcie odnoszące się wyłącznie do czasu reakcji na to zjawisko (czasu, w którym wykonawca zobowiązany jest rozpocząć prace mające na celu likwidację zidentyfikowanego zjawiska atmosferycznego na drodze) a nie odniesiono się wprost do czasu likwidacji (który był powodem odrzucenia oferty), natomiast postanowienia SIWZ wymagały podania zarówno czasu likwidacji jak i czasu reakcji, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż Izba orzekając w sprawie odnosiła się do okoliczności faktycznych w ogóle nie przywołanych w treści odwołania i tylko z tego powodu powinna była odwołanie oddalić;

w przypadku uznania przez Sąd, że Izba nie przekroczyła zakresu zaskarżenia wskazanego w odwołaniu, Konsorcjum (...) zaskarżonemu wyrokowi zarzuciło:

2. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający wymagał maksimum 4 godzin czasu reakcji wykonawcy po ustaniu opadów śniegu, podczas gdy wskazany wymóg zamawiającego dotyczył czasu likwidacji danego zjawiska atmosferycznego, a w sposób oczywisty czasy te są od siebie różne, dotyczą zupełnie innych rzeczy i dlatego właśnie zamawiający żądał od wykonawców wskazania

w przedstawianych koncepcjach technicznych (dalej: (...)) zarówno jednego jak i drugiego czasu, przy czym dla czasu likwidacji zjawiska błota pośniegowego zamawiający wymagał maksymalnie 4 godzin od zakończenia opadów;

3. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez bezzasadne przyjęcie, że określenie zawarte w ofercie Konsorcjum (...), zgodnie z którym czas zakończenia prac przy likwidacji danego zjawiska atmosferycznego oznacza dokładnie to samo co czas likwidacji danego zjawiska atmosferycznego, podczas gdy określenia te dotyczą dwóch różnych punktów czasowych, a likwidacja danego zjawiska atmosferycznego (np. błota pośniegowego) może nastąpić dopiero po pewnym czasie od zakończenia prac przy jego likwidacji (np. wskutek zastosowanych środków chemicznych);

4. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że z treści oświadczenia zawartego w treści oferty Konsorcjum (...), iż „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający w (...)” wynika, iż w tym czasie nastąpi likwidacja zjawiska atmosferycznego, czyli doprowadzenie do wymaganego przez zamawiającego standardu utrzymania drogi, podczas gdy zamawiający w żaden sposób nie podał

w SIWZ czasu na zakończenie prac przy likwidacji danego zjawiska atmosferycznego, a wymagał jedynie od wykonawców podania czasu reakcji i czasu likwidacji;

5. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest art. 82 ust. 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. - gdyż Izba błędnie przyjęła, że zamawiający nie powinien odrzucać oferty Konsorcjum (...) z powodu stwierdzonych przez zamawiającego nieprawidłowości z treścią SIWZ, podczas gdy treść oferty Konsorcjum (...) jednoznacznie wskazuje na to, że wykonawca ten zaoferował czas likwidacji zjawiska błota pośniegowego w czasie 5 godzin, przy wymaganym przez zamawiającego maksymalnym czasie 4 godzin, a zatem w sposób oczywisty sprzeczny z wymaganiami zamawiającego w tym zakresie;

6. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy zachodziła jakakolwiek sprzeczność wewnętrzna w Koncepcji Konsorcjum (...), wymagająca uzyskania od niego wyjaśnień a przejawiająca się w tym, że w koncepcji tej znalazły się dwa oświadczenia dotyczące rzekomo tego samego, podczas gdy jedno z tych oświadczeń w sposób oczywisty i jednoznaczny było sprzeczne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ (zapropozowany czas likwidacji błota pośniegowego w wymiarze 5 godzin zamiast 4 godzin) a drugie dotyczyło czasu zakończenia prac przy likwidacji, co w sposób oczywisty dotyczyło innego niż czas likwidacji czy czas reakcji momentu, niewymaganego przez zamawiającego w SIWZ i dobrowolnie wskazanego przez Konsorcjum (...);

7. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że procedurę wyjaśnienia oferty oraz poprawienia w jej treści omyłek polegających na niezgodności z treścią SIWZ należy bezwzględnie stosować również w przypadku, gdy zamawiający wymagał podania określonych informacji pod wyraźnie zastrzeżonym w SIWZ rygorem odrzucenia oferty, podczas gdy wyjaśnianie lub poprawianie oferty w takiej sytuacji prowadzi do naruszenia obowiązujących w procedurze udzielania zamówienia zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji i tym samym nie powinno być w takim przypadku stosowane;

8. naruszenie prawa materialnego, to jest art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum (...) dotyczące niezapewnienia wymaganego standardu dla likwidacji zjawiska błota pośniegowego oraz wysokości trawy w koronie drogi mogą podlegać poprawieniu jako inna omyłka polegająca na niezgodności ze SIWZ, podczas gdy takie nieprawidłowości po pierwsze nie mają charakteru omyłki, a po wtóre ich poprawienie prowadziłoby do istotnej zmiany oferty, a tym samym wspomniane nieprawidłowości nie mogą być na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. poprawione;

z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych powyżej, Konsorcjum (...) zarzuciło także zaskarżonemu wyrokowi:

9. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., poprzez nakazanie zamawiającemu potraktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu w sposób różny i faktycznie faworyzujący Konsorcjum (...), gdyż pomimo nieprawidłowości stwierdzonych w ofertach innych wykonawców, Izba nakazała wezwanie do wyjaśnień jedynie w stosunku do Konsorcjum (...), podczas gdy podobnie jak w odniesieniu do pozostałych wykonawców, Izba powinna oddalić odwołanie Konsorcjum (...) w całości.

W konsekwencji zgłoszonych zarzutów skarżący wniósł o:

1. uwzględnienie skargi poprzez zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania Konsorcjum (...);

2. zasądzenie od Konsorcjum (...) na rzecz skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum (...) wniosło o oddalenie skargi

w całości jako bezzasadnej.

Na rozprawie w dniu 17 grudnia 2015 roku skarżący oraz przeciwnik skargi podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga wniesiona przez Konsorcjum (...) jest zasadna i skutkuje zmianą zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2015 roku, wydanego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1784/15, poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum (...), choć nie ze wszystkim zarzutami skargi należy się zgodzić.

Na wstępie wskazać należy, że chybiony jest zarzut skarżącego jakoby (...) orzekła ponad granicami zarzutów, naruszając tym samym art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (dalej: p.z.p.). Zgodnie z przywołanym art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten nakazuje zatem rozpatrywać odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Oznacza to, że zarzuty objęte rozstrzygnięciem I. muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej

z zarzutami podniesionymi w odwołaniu (vide wyrok (...) z dnia 15 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1135/12, LEX nr 1169752). Podkreślić należy, że zarzut to określona okoliczność, na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, która zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, to jest dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać, w jaki sposób jego interes został naruszony, to jest w wyniku jakiego zachowania (działania bądź zaniechania) zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (vide wyrok (...) z dnia 31 lipca 2012 roku, sygn. akt KIO 1495/12, LEX nr 1213081).

W rozstrzyganej sprawie w uzasadnieniu odwołania wniesionego przez Konsorcjum (...) wskazano, że błędne jest stanowisko zamawiającego, iż oferta odwołującego jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a tym samym powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Odwołujący podniósł, że nie ulega wątpliwości, iż miał on zamiar złożyć ofertę zgodną ze SIWZ. Odwołujący przyznał, że co prawda w treści swojej oferty (na stronie 12 Koncepcji działań w rubryce „Czasy dostosowania do standardu”) jako maksymalny czas likwidacji warunków zimowych na S-8 dla błota pośniegowego wskazał na 5 godzin, co nie odpowiada wymaganiam zamawiającego. Jednakże odwołujący argumentował, że proponując 5 godzinny czas likwidacji błota pośniegowego popełnił omyłkę, tłumacząc, iż miał na myśli 3 godzinny czas reakcji. W konsekwencji odwołujący wskazał, że w zaistniałej sytuacji zamawiający powinien najpierw wezwać go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., a następnie poprawić dostrzeżoną omyłkę

w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. Odwołujący podkreślił, że poprawienie omyłki w zakresie zmiany 5 godzinnego czasu likwidacji błota pośniegowego na czas 3 godzin należy uznać za omyłkę nieistotną, niepowodującą znaczących zmian w treści oferty. Mając na uwadze powyższej przytoczoną treść odwołania, jak również przyjętą w orzecznictwie I. definicję zarzutu nie sposób zgodzić się ze skarżącym jakoby odwołujący podniósł jedynie zarzuty odnoszące się wyłącznie do czasu reakcji na zjawisko błota pośniegowego, a nie odniósł się wprost do czasu likwidacji zjawiska błota pośniegowego. W treści odwołania Konsorcjum (...) wprost odniosło się do wskazanego przez siebie w ofercie

5 godzinnego czasu likwidacji błota pośniegowego, tłumacząc, że doszło w tym zakresie do popełnienia omyłki i zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. oraz art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i niepoprawienie dostrzeżonej omyłki, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty odwołującego. Tym samym nie sposób zarzucić (...), że orzekła co do zarzutu, który nie był zawarty w odwołaniu, czyniąc przedmiotem swoich rozważań wskazany przez odwołującego w jego ofercie czas likwidacji zjawiska atmosferycznego w postaci błota pośniegowego. Zaznaczyć przy tym należy, że Sąd Okręgowy dostrzeża, iż Konsorcjum (...) w treści swojego odwołania dla wykazania, że w przedłożonej ofercie doszło do omyłki poprzez określenie czasu likwidacji błota pośniegowego na 5 godzin, zamiast 3 godzin, używa pojęcia czasu

reakcji jako synonimu terminu czasu likwidacji zjawiska błota pośniegowego. Niemniej jednak powyższa uwaga nie przesądza jeszcze o tym, że w rozstrzyganej sprawie Izba orzekła co do zarzutu, który nie był podniesiony w odwołaniu.

Przechodząc do oceny zasadności pozostałych zarzutów skarżącego – Konsorcjum (...), podniesionych kolejno w punktach 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 i 9 petitum skargi, zważyć należy, że w istocie swojej sprowadzają się one do twierdzenia, iż błędne jest stanowisko I., że zamawiający nie powinien odrzucać oferty odwołującego, lecz wezwać go najpierw do złożenia wyjaśnień, a następnie poprawić omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią SIWZ – wobec czego zasadne jest ich łączne rozpoznanie.

W rozstrzyganej sprawie nie było sporu, co do tego, że odwołujący w treści przedłożonej przez siebie oferty – na stronie 12 Konceptcji działań w rubryce „Czasy dostosowania do standardu”, jako maksymalny czas likwidacji warunków zimowych na S-8 dla błota pośniegowego wskazał na 5 godzin. Natomiast w SIWZ – w załączniku nr 3 do (...) zamawiający zastrzegł, że wykonawca maksymalnie po upływie 4 godzin od ustania opadów śniegu będzie zobowiązany usunąć błoto pośniegowe na całej szerokości nawierzchni jezdni. Oczywistym jest zatem, że oferta przedłożona przez odwołującego nie spełnia wymagań opisanych w SIWZ. Jednakże zwrócić należy uwagę, na co trafnie wskazała Izba, że nie ulega wątpliwości, iż odwołujący miał zamiar przedłożyć ofertę zgodną ze SIWZ, o czym świadczy złożone przez niego oświadczenie w Formularzu ofertowym o realizacji umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ. W tych okolicznościach, mając na uwadze wyrażoną przez odwołującego wolę złożenia prawidłowej oferty, zamawiający powinien skorzystać z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 1 zdanie 1 ustawy p.z.p. i w toku badania i oceny ofert zażądać od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, które Sąd Okręgowy w całości podziela, w sytuacji, gdy zamawiający zaniecha żądania wyjaśnień, wniesione przez danego wykonawcę odwołanie nie może opierać się jedynie na zarzucie nieskorzystania przez zamawiającego ze swych uprawnień przewidzianych w art. 87 ust. 1 zdanie 1 ustawy p.z.p., lecz powinno zmierzać do wykazania, że ocena jego oferty została dokonana z naruszeniem prawa, polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy (Dzierżanowski Włodzimierz Komentarz do art. 87 ustawy – Prawo zamówień publicznych [w:] Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.”, LEX, 2014). Tym samym należy zbadać czy ocena zamawiającego dotycząca oferty odwołującego została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do Konsorcjum (...).

W niniejszej sprawie - w ocenie (...) zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., argumentując, że zamawiający powinien najpierw wezwać Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień, a następnie, w przypadku potwierdzenia przez odwołującego omyłkowego wpisania ilości 5 zamiast 3 godzin, zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. i poprawić wskazaną omyłkę. Zdaniem Sądu Okręgowego powyższe stanowisko I. jest błędne. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W myśl przywołanego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Cytowany art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. został wprowadzony do krajowego porządku prawnego na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., nr 171, poz. 1058). W orzecznictwie i doktrynie zwraca się uwagę, że celem tej regulacji – jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy nowelizacyjnej – było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Z analizy orzecznictwa wynika, że cel powyższej regulacji został osiągnięty, bowiem liczba ofert odrzucanych, z powodu omyłek w ich treści, uległa znacznemu zmniejszeniu (vide wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 roku, sygn. akt XII Ga 429/09, LEX nr 558176; „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej” – przedmiotowa opinia prawna została zamieszczona na internetowej



witrynie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych). Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści; po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Sądu Okręgowego nie można a priori wykluczyć, że w pewnych szczególnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce dopiero po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2011 roku, sygn. akt KIO 522/11, LEX nr 786312). Zaznaczyć jednak należy, że zgodnie z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy p.z.p. niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zatem zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. jedynie wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę. Art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy p.z.p., statuując zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, określa granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ. Innymi słowy, nie jest zatem możliwe poprawienie oferty na podstawie omawianego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Wniosek ten można również wywieść z treści samego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., bez konieczności odwoływania się do art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy p.z.p. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki, o czym niezwłocznie zawiadamia wykonawcę, a zatem zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu.

Zaprezentowana powyższej wykładnia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy p.z.p. została w pełni zaakceptowana w orzecznictwie sądów krajowych (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 roku, sygn. akt V Ca 1051/10, (...)). Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie zajął identyczne stanowisko. W tym miejscu wskazać należy na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 października 2013 roku zapadły

w sprawie C-336/12, w uzasadnieniu którego Trybunał podniósł, że: „Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”. Wskazać trzeba również na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 marca 2012 roku wydany w sprawie C-599/10, w treści uzasadnienia którego czytamy: „Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. [...] z zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci.” Cytowane powyższej orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zostały opublikowane w języku polskim na stronie eur-lex.europa.eu, bądź też curia.europa.eu.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności udzielić należy odpowiedzi na pytanie czy sposób, w jaki ma być dokonana poprawka poprzez zmianę 5 godzinnego czasu likwidacji błota pośniegowego na 3 godziny wynika z innych elementów składających się na ofertę Konsorcjum (...).

Na kartach uzasadnienia zaskarżonego wyroku (...) podniosła, że odwołujący w swojej ofercie w odniesieniu do likwidacji błota pośniegowego w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII (strona 11 Koncepcji działań) złożył dodatkowe oświadczenie o treści: „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w

czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający w (...). Zdaniem I. z treści powyższego oświadczenia wynika, że odwołujący zaoferował czas likwidacji zjawiska błota pośniegowego w ilości 3 godzin, to jest czas o 1 godzinę krótszy niż określony przez zamawiającego jako maksymalny.

W konsekwencji (...) uznała, że oferta odwołującego zawiera dwa oświadczenia dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie usunięcia zjawiska błota pośniegowego, z których jedno jest zgodne z wymaganiami SIWZ, a drugie sprzeczne.

W ocenie Sądu Okręgowego przedstawione powyżej stanowisko (...) nie jest trafne. Sąd Okręgowy podziela argumentację skarżącego, że czas zakończenia prac przy likwidacji danego zjawiska atmosferycznego nie oznacza dokładnie tego samego co czas likwidacji danego zjawiska atmosferycznego (inaczej doprowadzenia do wymaganego standardu). Należy powtórzyć za skarżącym, że te dwa określenia dotyczą dwóch różnych punktów czasowych, a likwidacja zjawiska atmosferycznego (w omawianym przypadku błota pośniegowego) może nastąpić dopiero po pewnym czasie od zakończenia prac przy jego likwidacji wskutek zastosowania środków chemicznych. Trafnie skarżący wskazuje, że mówiąc o czasie zakończenia prac przy likwidacji zjawiska atmosferycznego należy pamiętać, iż różnego rodzaju środki chemiczne służące do zimowego utrzymania dróg nie rozpuszczają śniegu od razu, lecz dopiero po upływie określonego czasu od ich zastosowania. Tym samym prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego w postaci błota pośniegowego, polegające na zastosowaniu określonego środka chemicznego rozpuszczającego śnieg mogą zakończyć się znacznie wcześniej niż sama likwidacja błota pośniegowego, bowiem przedmiotowe środki chemiczne mogą doprowadzić do uzyskania pożądanego rezultatu dopiero po pewnym czasie od ich zastosowania. Niedopuszczalne jest zatem utożsamianie czasu likwidacji błota pośniegowego z czasem zakończenia prac przy likwidacji tego zjawiska atmosferycznego. Wskazane te dwa terminy z pewnością nie są synonimami.

W konsekwencji powyższych rozważań stwierdzić należy, że dokonanie poprawki w ofercie odwołującego poprzez zmianę 5 godzinnego czasu likwidacji błota pośniegowego na czas 3 godzin, nie byłoby możliwe samodzielnie przez zamawiającego, czyli de facto muszałoby zamawiającego do żądania od odwołującego wskazania sposobu poprawienia oferty poprzez podanie nowego czasu likwidacji błota pośniegowego. Z pewnością bowiem nie sposób z oświadczenia odwołującego, że: „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający

w (...) wywnioskować, tak jak czyni to Izba, iż odwołujący zaoferował czas likwidacji zjawiska błota pośniegowego w ilości 3 godzin, to jest czas o 1 godzinę krótszy niż określony przez zamawiającego jako maksymalny. W tych okolicznościach zamawiający przed dokonaniem poprawki zmuszony byłby do prowadzenia z odwołującym swoistych negocjacji, w celu ustalenia jaki czas usunięcia błota pośniegowego Konsorcjum (...) pragnie zaoferować. Zdaniem Sądu Okręgowego w zakresie czasu likwidacji błota pośniegowego zamawiający nie ma możliwości samodzielnego wprowadzenia poprawki do oferty odwołującego, tym samym poprawka ta nie może być dokonana. Nadto zaznaczyć należy, że prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek zaburzyłoby zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. tj. prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów taka praktyka jest niedopuszczalna.

W rozstrzyganej sprawie brak było podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez przeciwnika skargi oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zadeklarowanego czasu likwidacji błota pośniegowego. W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający nie może w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. samodzielnie poprawić omyłki w ofercie odwołującego w zakresie zaoferowanego czasu likwidacji błota pośniegowego, tym samym wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień oznaczałoby prowadzenie swoistych negocjacji w celu ustalenia jaki czas usunięcia błota pośniegowego odwołujący chce zaoferować, co jest niedopuszczalne. W konsekwencji oferta odwołującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do wymaganego czasu likwidacji błota pośniegowego. Jednocześnie poprawienie dostrzeżonej omyłki nie jest możliwe, zaś wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym stanie rzeczy - niecelowe.

Mając na uwadze powyższe za bezprzedmiotowe uznać należy rozważania dotyczące zadeklarowanej przez odwołującego w ofercie wysokości 25 cm dla roślinności niskiej w „koronie drogi”, bowiem niezależnie od ich wyniku oferta odwołującego i tak podlegać będzie odrzuceniu z powodu niespełnienia wymagań co do czasu likwidacji błota pośniegowego.

Z tych względów Sąd Okręgowy na postawie art. 198 f ust. 2 zdanie 2 ustawy p.z.p. oraz na podstawie art. 198 a ust. 2 p.z.p. w związku z art. 386 § 1 k.p.c. uwzględnił skargę Konsorcjum (...) i zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2015 roku wydany w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1784/15 w ten sposób, że oddalił odwołanie wniesione przez Konsorcjum (...).

Zmiana zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skutkować musiała również zmianą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego toczącego się przed Izbą. O kosztach tych Sąd Okręgowy rozstrzygnął w punkcie II. sentencji wyroku, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 w zw. z art. 198 f ust. 5 ustawy p.z.p., uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 w związku z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

O kosztach postępowania sądowego wywołanego skargą Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198 f ust. 5 ustawy p.z.p. oraz art. 198 a ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 141 ustawy p.z.p. w zw. z art. 105 § 2 k.p.c. Wskazać należy, że zgodnie z art. 198 f ust. 5 ustawy p.z.p. strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Ponieważ skarga Konsorcjum (...) okazała się zasadna kosztami postępowania sądowego należało obciążyć Konsorcjum (...). Z tych względów Sąd Okręgowy zasądził solidarnie od podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum (...) solidarnie na rzecz członków Konsorcjum (...) kwotę 76.234 zł tytułem kosztów postępowania skargowego. Na poniesione przez Konsorcjum (...) koszty przypada opłata od skargi, której wysokość została ustalona na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1025, ze zm.), a także wynagrodzenie jego pełnomocnika w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w kwocie 1.200 zł oraz kwota 34 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Konsorcjum (...) Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o § 11 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 461, ze zm.).