

Sygn. akt: KIO 3287/20

WYROK
z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **NODO Sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Leszno,**

przy udziale wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę NODO Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 785 zł 42 gr (słownie: siedemset osiemdziesiąt pięć złotych czterdzieści dwa grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Leszno – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa ulicy Fabrycznej w Lesznie*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych j 7 sierpnia 2020 r. pod numerem 572453-N-2020.

W dniu 11 grudnia 2020 r. wykonawca NODO Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w rozdz. 3 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w punkcie 9 Zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów i urządzeń technicznych oraz elementów wyposażenia równoważnych opisywanym w projekcie budowlanym pełno-branżowym, projektach wykonawczych, Programie Funkcjonalno-Użytkowym, przedmiarach robót oraz STWiORB. Jednocześnie w punkcie 10 Zamawiający określił warunki powołania się na rozwiązania równoważne wskazując:

Wykonawca który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego w ww. dokumentach obowiązany jest wykazać wraz z ofertą, że oferowane przez niego materiały, urządzenia techniczne i elementy wyposażenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego oraz obowiązany jest uzyskać na ich zastosowanie akceptację Zamawiającego. W przypadku zaoferowania w ofercie rozwiązań równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest wyraźnie wskazać w złożonej ofercie, w jakim zakresie oferuje rozwiązania równoważne oraz złożyć wraz z ofertą wszelkie środki dowodowe dla każdego zaoferowanego równoważnego materiału, urządzenia technicznego lub elementu wyposażenia, z których w sposób niebudzący żadnej wątpliwości Zamawiającego winno wynikać, iż zaoferowany materiał, urządzenie lub element wyposażenia jest o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych w odniesieniu do materiałów, urządzeń i elementów wyposażenia określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej (Załącznik nr 8 do SIWZ) oraz w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (Załącznik nr 12 do SIWZ). W przypadku zaoferowania w ofercie rozwiązań równoważnych niespełniających wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art 89 ust.

1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że podobny zapis zamieszczony został w rozdziale 10 (Opis sposobu przygotowania ofert) pkt 13 SIWZ, przy czym Zamawiający dodatkowo zastrzegł w uwadze, że: *W przypadku nie złożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa powyżej w lit. b), oferta Wykonawcy nie będzie podlegała uzupełnieniu i zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt) ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*

Odwołujący wskazał, że kwestia równoważności wzbudziła wątpliwości wykonawców, o czym świadczą liczne pytania kierowane do Zamawiającego oraz dokonane w tym zakresie zmiany treści SIWZ oraz formularza ofertowego (zestaw pytań i odpowiedzi nr 4 wraz z modyfikacją SIWZ nr 6, zestaw pytań i odpowiedzi nr 6 wraz z modyfikacją SIWZ nr 10 oraz zestaw pytań i odpowiedzi nr 8).

Odwołujący podniósł, że w punkcie 12 ppkt 2 oferty Strabag zaoferował rozwiązania równoważne dotyczące wykonania kanalizacji deszczowej oraz wodociągu. W zakresie wodociągu rozwiązanie równoważne dotyczyło:

- poz. 34 przedmiaru robót: *AW Horyzontalne przewierty sterowane – rura żeliwna Dn 500 mm*; Strabag wskazał: *Zastosowano materiał równoważny zamiast rur żeliwnych śr. 500 mm – rury polipropylenowe o śr. 500 mm*;
- poz. 250 przedmiaru robót: *AW Horyzontalne przewierty sterowane, kierunkowe – rury PE100 RC SDR 17Dn 110 mm*; Strabag wskazał: *Zastosowano materiał równoważny zamiast rur PE100 RC SDR 17Dn 110 mm – rury polipropylenowe o śr. 110 mm.*

Do oferty załączone zostały dokumenty mające potwierdzać równoważność rozwiązań zaoferowanych w ww. pozycjach przedmiaru, w postaci krajowych deklaracji właściwości użytkowych i atestów higienicznych. Dokumenty te nie dotyczą jednak rur polipropylenowych (PP), lecz rur polietylenowych (PE). Tym samym dokumenty nie potwierdzają równoważność rozwiązań zaoferowanych przez Strabag w zakresie poz. 34 i 250 przedmiaru robót.

Odwołujący wskazał, że 1 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił o poprawieniu w ofercie Strabag innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zastąpienie w pkt 12 ppkt 2 oferty wyrazów „rury polipropylenowe” wyrazami „rury polietylenowe”, na co wykonawca wyraził zgodę. W dniu 9 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Strabag jako najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego poprawienie oferty Strabag Sp. z o.o. nastąpiło z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w celu poprawienia oferty Strabag było nieuprawnione, gdyż możliwość zastosowania tego przepisu powstaje jedynie wówczas, gdy zauważona niezgodność pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ ma charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa „omyłka”, należy uznać, że nie można poprawić na podstawie ww. przepisu żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy, również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę

Odwołujący podkreślił, że zarówno polipropylen (PP), jak i polietylen (PE), są materiałami powszechnie stosowanymi do produkcji rur wodno-kanalizacyjnych. Wyroby z PP i PE, chociaż nieznacznie różnią się właściwościami, można stosować zamiennie, o czym świadczyć może chociażby opracowana przez Zamawiającego Karta równoważności dla materiałów przyjętych w przedmiarze robót (dotycząca kanalizacji deszczowej), gdzie w pkt 2 przewidziano możliwość zamiennego zastosowania zarówno rur polipropylenowych, jak i poliuretanowych.

Zdaniem Odwołującego Strabag w swojej ofercie przewidział zastosowanie zamiennie rur PP zamiast rur PE do wykonania kanalizacji deszczowej, załączając jednak prawidłowe dowody potwierdzające równoważność tych wyrobów. Nie można zatem wykluczyć, że cała treść pkt 12 oferty Strabag Sp. z o.o. w zakresie rozwiązań równoważnych sporządzona została w sposób zamierzony, a nie omyłkowy. Wskazuje na to wręcz jednoznacznie zapis pkt. 12 ppkt 2 oferty dotyczący rozwiązania równoważnego zastosowanego w poz. 250 przedmiaru robót. W tym przypadku przyjęcie, że w rzeczywistości Strabag zamierzał zastosować rury polietylenowe zamiast wpisanych w ofercie rur polipropylenowych, prowadzi do zupełnie nielogicznych wniosków, w tej pozycji przedmiaru Zamawiający zakładał bowiem od początku zastosowanie rur polietylenowych. Skoro zatem Strabag Sp. z o.o. wpisał tę pozycję przedmiaru do pkt 12 oferty jako przewidzianą do zastosowania rozwiązania równoważnego, to z pewnością rozwiązanie to nie mogło polegać na zastosowaniu takich samych rur polietylenowych, jakie przewidział w przedmiarze Zamawiający. Biorąc ponadto pod uwagę profesjonalizm i doświadczenie zawodowe Strabag, jak również uwzględniając nacisk położony przez Zamawiającego na prawidłowe wykazanie i udokumentowanie równoważności przez wykonawców, wydaje się

wręcz oczywistym, że zastosowanie rur polipropylenowych jako rozwiązania równoważnego dla rozwiązań przyjętych w przedmiarze robót było celowe i nie stanowiło omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że drugi warunek zastosowania ww. przepisu dotyczy sposobu poprawienia omyłki. Powołujący się na orzecznictwo KIO podkreślił, że sposób poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien zostać ustalony samodzielnie przez Zamawiającego na podstawie treści SIWZ i oferty i nie może budzić wątpliwości.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie niewątpliwie doszło do omyłki wykonawcy, jednakże omyłka ta nie dotyczyła samej treści oferty, lecz dowodów załączonych do oferty, mających potwierdzać równoważność oferowanych rozwiązań. Ponieważ jednak dowody na wykazanie równoważności stanowią treść oferty, to po upływie terminu składania ofert nie mogą być składane lub uzupełniane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Oferta Strabag Sp. z o.o. powinna zatem zostać odrzucona, a nie poprawiona. Tymczasem Zamawiający, zapewne wobec braku możliwości uzupełnienia przez wykonawców dowodów równoważności, wybrał drugi z możliwych wariantów i dokonał poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Już sam fakt, że istnieją dwa równoprawne sposoby interpretacji niezgodności stwierdzonej w ofercie Strabag Sp. z o.o. powinien wykluczyć możliwość poprawienia omyłki na podstawie wskazanego wyżej przepisu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. 3 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia):

ust. 9: *Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń technicznych oraz elementów wyposażenia równoważnych opisywanym w projekcie budowlanym pełnobrańzowym, projektach wykonawczych, Programie Funkcjonalno-Użytkowym, przedmiarach robót oraz STWiORB.*

ust. 10: *Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego w w/w dokumentach obowiązany jest wykazać wraz z ofertą, że oferowane przez niego materiały, urządzenia techniczne i elementy wyposażenia spełniają wymagania*

określone przez Zamawiającego oraz obowiązany jest uzyskać na ich zastosowanie akceptację Zamawiającego. W przypadku zaoferowania w ofercie rozwiązań równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest wyraźnie wskazać w złożonej ofercie, w jakim zakresie oferuje rozwiązania równoważne oraz złożyć wraz z ofertą wszelkie środki dowodowe dla każdego zaoferowanego równoważnego materiału, urządzenia technicznego lub elementu wyposażenia, z których w sposób niebudzący żadnej wątpliwości Zamawiającego winno wynikać, iż zaoferowany materiał, urządzenie lub element wyposażenia jest o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych w odniesieniu do materiałów, urządzeń i elementów wyposażenia IN.271.9.2020.MŁ Przebudowa ulicy Fabrycznej w Lesznie Strona 8 z 47 określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej (Załącznik nr 8 do SIWZ) oraz w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (Załącznik nr 12 do SIWZ). W przypadku zaoferowania w ofercie rozwiązań równoważnych niespełniających wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W rozdz. 10 pkt 13 SIWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

13. Na Ofertę składają się:

a) wypełniony Formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.

b) w przypadku zaoferowania w ofercie rozwiązań równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest wyraźnie wskazać w złożonej ofercie, w jakim zakresie oferuje rozwiązania równoważne oraz złożyć wraz z ofertą wszelkie środki dowodowe dla każdego zaoferowanego równoważnego materiału, urządzenia technicznego lub elementu wyposażenia, z których w sposób niebudzący żadnej wątpliwości Zamawiającego winno wynikać, iż zaoferowany materiał, urządzenie lub element wyposażenia jest o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych w odniesieniu do materiałów, urządzeń i elementów wyposażenia określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej (Załącznik nr 8 do SIWZ).

UWAGA! W przypadku nie złożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa powyżej w lit. b), oferta Wykonawcy nie będzie podlegała uzupełnieniu i zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W przypadku zaoferowania w ofercie rozwiązań równoważnych niespełniających wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 2) ustawy Pzp tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przystępujący w punkcie III.12 oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) wykonawca wskazał, że:

- w odniesieniu do poz. 34 przedmiaru robót (AW Horyzontalne przewierty sterowane – rura żeliwna Dn 500mm) zastosuje materiał równoważny, tj. rury polipropylenowe o śr. 500 mm;

Wykonawca poinformował, że na dowód równoważności załącza następujące dokumenty: Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych nr 06/1/2019, Atest Higieniczny B-BK-60210-1633/2019, Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych nr 179/4, Atest Higieniczny B-BK-60210-1698/10;

- w odniesieniu do poz. 250 przedmiaru robót (AW Horyzontalne przewierty sterowane, kierunkowe – rury PE100 RC SDR 17 Dn 110mm zastosuje materiał równoważny, tj. rury polipropylenowe o śr. 110mm.

Wykonawca poinformował, że na dowód równoważności załącza następujące dokumenty: Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych nr 06/1/2019, Atest Higieniczny B-BK-60210-1633/2019, Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych nr 179/4, Atest Higieniczny B-BK-60210-1698/10;

Przystępujący przedstawił wraz z ofertą wskazane w punkcie 12 oferty ww. dokumenty mające wykazać spełnianie przez materiały równoważne wymagań Zamawiającego, przy czym dotyczą one rur polietylenowych (PE).

Pismem z 1 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o poprawieniu jego ofercie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w ten sposób, że w punkcie III.12 ppkt 2 Wodociąg Etap I oraz Wodociąg Etap II *rury polipropylenowe* zmienił na *rury polietylenowe*. Przystępujący pismem z 1 grudnia 2020 r. poinformował, że wyraża zgodę na poprawienie omyłek w powyższy sposób.

Pismem z 9 grudnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu

zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Strabag Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 stanowi, że 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.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że nie ma wątpliwości, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, polegająca na rozbieżności pomiędzy materiałem wpisanym w ofercie dla poz. 34 i 250 przedmiaru robót, a dokumentami mającymi potwierdzać równoważność tego materiału z wymaganiami Zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie, jakoby brak było niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Skoro nie ma wątpliwości, że oświadczenie złożone przez wykonawcę w ofercie i dokumenty mające potwierdzać równoważność dotyczą dwóch różnych materiałów, to oferta w sposób oczywisty nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, co zresztą potwierdza sam Odwołujący domagając się odrzucenia tej oferty. Stanowisko Odwołującego jest więc w tym zakresie wewnątrznie sprzeczne.

Skoro wystąpiła niezgodność oferty z treścią SIWZ, to należało ocenić, czy poprawienie oferty nie doprowadzi do istotnej zmiany jej treści. Zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że materiał, z którego mają być wykonane rury z zakresie określonym w dwóch pozycjach przedmiaru robót nie jest na tyle istotnym elementem w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, aby niemożliwe było poprawienie oferty. Kwestia ta nie była zresztą przedmiotem sporu.

Odnosząc się natomiast do kwestii omyłkowego charakteru niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ zauważyć należy, że twierdzenie Odwołującego, jakoby wpisanie do formularza oferty, że dla pozycji 34 i 250 zostaną wykorzystane rury PP, było celowym działaniem wykonawcy, a nie wynikało z omyłki, jest gołosłowne. Po pierwsze, w ocenie Izby nie ma podstaw zakładać, że Przystępujący z premedytacją złożył ofertę w oczywisty sposób niezgodną z SIWZ, tj. zaoferował jeden materiał, a przedstawił dokumenty dotyczące innego materiału. Po drugie, nie zostało wykazane ani nawet uprawdopodobnione, że omyłka dotyczyła załączonych do oferty dokumentów (co – zdaniem Odwołującego – w świetle postanowień SIWZ nie podlegałoby poprawieniu, ale skutkowałoby odrzuceniem oferty), nie zaś zamieszczonego w formularzu oferty oświadczenia na temat materiałów, jakie mają zostać użyte do wykonania robót określonych w ww. pozycjach przedmiaru robót. Zdaniem Izby mogło dojść do omyłki w określeniu tych materiałów w treści oferty, co mogło wynikać chociażby z pośpiechu przy sporządzaniu oferty, z nieuwagi czy z podobieństwa nazw tych materiałów. Podkreślenia wymaga przy tym, że Przystępujący wyraził pisemną zgodę na poprawienie oferty w sposób wskazany przez Zamawiającego, co pozwala uznać uchybienie w ofercie za skutek niezamierzonego błędu (omyłki), dotyczącego właśnie nazw materiałów podanych w punkcie III.12 oferty. Nielogiczne natomiast byłoby zakładanie, że podczas gdy oba rodzaje materiałów spełniają wymagania Zamawiającego, wykonawca celowo wpisuje do oferty inne materiały, a załącza dokumenty dotyczące innych materiałów. Nie ma też podstaw twierdzić, że omyłka mogła dotyczyć wyłącznie dokumentów załączonych do oferty, nie zaś oświadczenia zamieszczonego w ofercie.

Dalej należy stwierdzić, że rozbieżność w ofercie Przystępującego mogła podlegać wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co pozwoliłoby Zamawiającemu upewnić się co do rzeczywistych intencji wykonawcy. Zamawiający zaniechał takiego wyjaśnienia, co jednak nie może przesądzać o niedopuszczalności poprawienia omyłki. W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego interpretacja oferty i załączonych do niej dokumentów była uprawniona i pozwalała na poprawienie oferty w taki sposób, jak to Zamawiający zrobił. Z oferty Przystępującego wynikały bowiem sprzeczne informacje: z jednej strony oświadczeniem wykonawcy (w treści oferty) co do materiałów, z jakich wykonane będą rury

(polipropylen, PP), z drugiej strony – dokumentami (załącznikami do oferty) mającymi potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, wskazującymi, że wykonawca oferuje rury z polietylenu (PE). Poprawienie oferty zawierającej taką wewnętrzną sprzeczność oferty polega na wyborze jednej z co najmniej dwóch możliwych interpretacji oświadczenia woli wykonawcy. Zdaniem Izby, w okolicznościach tej sprawy Zamawiający był uprawniony przyjąć, że biorąc pod uwagę całokształt złożonych oświadczeń i dokumentów rozstrzygające znaczenie mają dokumenty określające parametry oferowanych materiałów. Oparciem dla takiej oceny jest okoliczność, że określenie rozwiązań równoważnych w formularzu ofertowym wprost odsyłało do konkretnych dokumentów (załączników do oferty w postaci deklaracji właściwości użytkowych i atestów higienicznych), określających właściwości oferowanych materiałów. W związku z tym Zamawiający był uprawniony przyjąć, że wykonawca oferuje rozwiązania równoważne o parametrach określonych w dokumentach załączonych do oferty, natomiast błędnie wskazał nazwę tych materiałów w formularzu oferty, co z kolei uzasadniało dostosowanie treści formularza ofertowego do ustalonej w wyniku takiej interpretacji treści oświadczenia woli wykonawcy. Ostatecznym potwierdzeniem, który element oferty był wynikiem omyłki, była zgoda wykonawcy na poprawienie omyłki w taki sposób, jak zrobił to Zamawiający.

Możliwość uznania za omyłkę materiału wskazanego w treści oferty nie wyklucza okoliczność, że w przypadku poz. 250 Zamawiający zakładał od początku zastosowanie rur polietylenowych. Odwołujący wywodził z tej okoliczności, że skoro Przystępujący wpisał tę pozycję przedmiaru do punktu III.12 oferty jako przewidzianą do zastosowania rozwiązania równoważnego, to rozwiązanie to nie mogło polegać na zastosowaniu takich samych rur polietylenowych, jakie przewidział w przedmiarze Zamawiający, co w konsekwencji wskazuje, że błędem wykonawcy nie było wskazanie nazwy materiału, ale przedstawienie niewłaściwych dokumentów na potwierdzenie równoważności. W ocenie Izby brak jest jednak podstaw do twierdzenia, że w przypadku poz. 250 przedmiaru robót omyłka nie mogła dotyczyć błędnego wpisania rur PP do oferty, natomiast przedłożenie dokumentów potwierdzających, że rury PE stanowią rozwiązanie równoważne było jedynie wynikiem niepotrzebnego powielenia w odniesieniu do tej pozycji przedmiaru tych samych dokumentów, które wykonawca zobowiązany był przedstawić w odniesieniu do poz. 34 przedmiaru robót (w odniesieniu do której rury PE były rozwiązaniem równoważnym, co wymagało przedstawienia dokumentów potwierdzających tę równoważność). Omyłka mogła więc polegać na błędnym określeniu w ofercie nazwy materiału dla obu pozycji przedmiaru, a złożenie dokumentów potwierdzających równoważność w zakresie poz. 250 przedmiaru było zbędne, mogło jednak posłużyć do ustalenia rzeczywistej treści oświadczenia woli

wykonawcy. Niemożliwość wystąpienia tego rodzaju omyłki nie została w żadnej mierze uprawdopodobniona.

Podsumowując należy stwierdzić, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, przy czym nie miała ona istotnego charakteru, a Zamawiający w sposób uprawniony stwierdził, że niezgodność ta została spowodowana błędnym określeniem nazwy materiału w formularzu oferty. Powyższe okoliczności wpisują się w dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty Przystępującego, biorąc pod uwagę wagę i charakter popełnionych uchybień, byłoby wyrazem zbyt daleko idącego i niczym nieuzasadnionego formalizmu.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że czynności Zamawiającego nie stanowiły naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: