

WYROK
z dnia 9 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 r. przez wykonawcę

Kruszywo Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Miasta Gdyni z siedzibą w Gdyni

przy udziale wykonawców:

A. STRABAG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie,

B. Budimex Spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie,

C. Firmy Budowlano-Drogowej MTM Spółki akcyjnej z siedzibą w Gdyni

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Kruszywo Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kruszywo Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Kruszywo Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością** na rzecz **Gminy Miasta Gdyni** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1927/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdynia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie robót budowlanych w ramach projektu Rozbudowa ulicy Chwarznieńskiej w Gdyni – odcinek witomiński – etap I rozbudowa ulicy Hodowlanej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 sierpnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 366144. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Kruszywo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i brak uwzględnienia wyjaśnień Odwołującego dotyczących treści złożonej przez niego oferty,
2. art. 60 i 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i dokonanie błędnej wykładni oświadczenia woli Odwołującego, wyartykułowanego w ofercie oraz w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z punktem 20.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez jego niezastosowanie i brak wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wątpliwych elementów

w tabeli elementów, stanowiącej załącznik nr 11 do specyfikacji, i przedstawienia do wglądu kosztorysu ofertowego dla tego elementu,

4. art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i brak poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej znajdującej się w ofercie Odwołującego,

5. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i brak poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty,

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy oferta Odwołującego była jednoznaczna w zakresie oferowanych świadczeń, a także mogła ulec poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza w obliczu wyjaśnień Odwołującego,

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, która powinna podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w przedmiotowym przetargu oferując realizację robót w zamian za zapłatę wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 21.831.362,50 złotych brutto. W ofercie Odwołujący złożył oświadczenie, że zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz że zdobył konieczne informacje do przygotowania oferty. Do oferty dołączył załącznik nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Tabela Elementów, Zbiornicze Zestawienie Składników Ceny Oferty”, zwany dalej „Tabelą elementów”, w której wycenił wszystkie składniki ceny ofertowej, jednak pod Tabelą elementów omyłkowo znalazła się wzmianka: „W wycenie nie uwzględniono: ewentualnego rozebrania nawierzchni, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, wykonania projektu organizacji ruchu, opłat związanych z zajęciem pasa ruchu i kosztów usługi geodezyjnej.” Pojawienie się tej wzmianki było pochodną oferty, którą Odwołującemu złożył jego podwykonawca – M.M. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EI Professional”. Podwykonawca, posługując się Tabelą elementów, wycenił swe roboty podwykonawcze oraz zawarł pod tabelą wskazaną powyżej wzmiankę, gdyż zakres świadczenia podwykonawcy nie był kompleksowy i nie obejmował prac wskazanych we wzmiance. Całość przesłał Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej na dzień przed złożeniem oferty przez Odwołującego w postępowaniu. W wiadomości mailowej podwykonawca powiecił opisaną powyżej wzmiankę o braku uwzględnienia w wycenie pewnych elementów.

Omyłka Odwołującego polegała na tym, że wypełniając Tabelę elementów, którą miał załączyć do swojej oferty, skorzystał z pliku uzupełnionego i przesłanego mu przez podwykonawcę, uzupełniając ją w zakresie robót, które planował wykonać samodzielnie. Po uzupełnieniu Tabeli elementów, Odwołujący omyłkowo nie wykasował spornej wzmianki dopisanej przez podwykonawcę. Nie zmienia to jednak faktu, że Odwołujący wycenił w swojej ofercie wszystkie roboty, które były wymienione we wzmiance jako rzekomo niewycenione: w zakresie części „A” w pozycji 1.1.1 ujął roboty rozbiórkowe i przygotowawcze przy drodze do zbiornika na kwotę 35.977,50 złotych, w punkcie III.1 rozbiórki przy zbiorniku retencyjnym na kwotę 16.960,47 złotych, w punkcie IV odtworzenia nawierzchni po pracach kanalizacyjnych na kwotę 484.602,78 złotych, w punkcie VI tymczasową organizację ruchu na kwotę 73.800,00 złotych, w punkcie VII inne koszty związane z realizacją części „A” na kwotę 49.200,00 złotych; w zakresie części „B” w pozycji 1.1.1 roboty rozbiórkowe i przygotowawcze na kwotę 277.583,94 złotych, w punkcie 2.1 roboty rozbiórkowe i przygotowawcze przy skrzyżowaniu Stawna – Wielkokacka – Hodowlana na kwotę 147.203,94 złotych, w punkcie II docelową organizację ruchu na kwotę 78.424,80 złotych, a w punkcie XIII koszt prac geodezyjnych (koszty ochrony, zabezpieczenia i odtworzenia szczegółowej osnowy geodezyjnej lub przeniesienia znaków geodezyjnych, jeśli zaistnieje taka konieczność) na kwotę 326.510,88 złotych.

Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. treści oświadczenia złożonego dodatkowo przez Odwołującego w Tabeli elementów.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że sporne oświadczenie zostało przez niego umieszczone w wyniku oczywistej omyłki pisarskiej i nie stanowi treści złożonej oferty. Odwołujący wykazał przyczynę omyłki, czyli skorzystanie z pliku z Tabelą elementów, przygotowanego przez podwykonawcę, w którym podwykonawca wyraźnie określił, czego nie zamierza realizować w ramach potencjalnej umowy podwykonawczej. Ponadto Odwołujący podniósł, że wskazana w jego ofercie wycena stanowi całkowite wynagrodzenie ryczałtowe, do którego zostały wliczone wszystkie przewidywane koszty i prace niezbędne do wykonania, a określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także podkreślił, że wymienione omyłkowo w oświadczeniu czynności zostały już wycenione i ujęte

w cenie ofertowej, zatem oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający jednak odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na zamieszczenie w Tabeli elementów spornej wzmianki, jak również ze względu na rzekomą niezgodność wzmianki z wymaganiami Zamawiającego, dotyczącymi sposobu obliczenia ceny – brak ujęcia w cenie oferty wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. W piśmie tym Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

W pierwszej kolejności Zamawiającemu należy postawić zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uwzględnienia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, w których Odwołujący szczegółowo przedstawił przyczyny, dla których sporne oświadczenie omyłkowo znalazło się w Tabeli elementów, jak również podkreślił fakt wycenienia wszystkich elementów ceny ofertowej i zgodności oferty ze specyfikacją.

W art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto co prawda uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego do wzywania wykonawców do składania wyjaśnień w zakresie przedłożonej przez nich oferty, jednak, skoro Zamawiający już skorzystał z instytucji wyjaśnień, to powinien je uwzględnić przy rozpatrywaniu ewentualnych podstaw do odrzucenia oferty, tak, aby upewnić się, czy rzeczywiście podlega ona odrzuceniu, czy jednak wyjaśnienia doprowadziły do jej swoistego sanowania. Takie stanowisko zdaje się znajdować potwierdzenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej.

Skoro Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w odpowiedzi na wystosowane przez niego wezwanie, to Zamawiający winien wziąć je pod uwagę w celu dokonania należytej oceny oferty Odwołującego. Skoro tak się nie stało, to wezwanie Zamawiającego można potraktować jako działanie jedynie pozorne, które nie służyło rozpatrzeniu narosłych przy ocenie oferty wątpliwości. Zaniechania Zamawiającego (brak uwzględnienia wyjaśnień) ewidentnie doprowadziły do błędnego odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem gdyby Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego, to z całą pewnością upewniłby się, że oferta Odwołującego obejmuje wszystkie czynności w ramach robót budowlanych, jak też zawiera kompleksową wycenę elementów wskazanych w Tabeli elementów, zwłaszcza w obliczu brzmienia całości dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył również art. 60 i 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem dokonał nieprawidłowej wykładni oświadczenia woli Odwołującego co do zakresu jego oferty.

Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Z kolei art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego

zawiera dyrektywy wykładni oświadczeń woli, bowiem zastrzeżono w nim, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Odwołujący w Tabeli elementów niefortunnie nie usunął dodanej przez podwykonawcę wzmianki o niewycenionych pracach. Jednak przypisywanie temu omyłkowemu oświadczeniu doniosłego znaczenia nie może się ostać w świetle tego, że pozostała część oferty przeczy prawdziwości tego oświadczenia. Odwołujący wycenił w Tabeli elementów wszystkie elementy, w tym również te teoretycznie pominięte, w każdej z pozycji podał cenę i nigdzie nie wskazał stawki 0,00 złotych, co z pewnością miałyby miejsce, gdyby pewnego zakresu robót nie zamierzał wykonywać i by go nie wycenił. Ponadto suma wynagrodzenia z Tabeli elementów pokrywała się z wysokością wynagrodzenia ryczałtowego wskazaną przez Odwołującego w treści formularza oferty. Ponadto Odwołujący, jako racjonalny podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego i zapoznany z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, działałby bez sensu, w świetle postanowień specyfikacji, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz stosunkowo dużej kwoty wpłaconego wadium, gdyby ograniczył zakres robót niezbędnych do wykonania, a w konsekwencji złożył ofertę, która od razu podlegałaby odrzuceniu. W każdym postępowaniu wykonawca może się pomylić, jednakże świadome popełnienie na samym wstępie błędu takiego kalibru byłoby sprzeczne z jakąkolwiek logiką i żywotnym interesem Odwołującego. Ostateczne potwierdzenie woli Odwołującego znalazło się w wyjaśnieniach, w których Odwołujący wprost potwierdził, że wycenił wszystkie elementy, a wzmianka pod koniec Tabeli elementów jest efektem omyłki.

W tym stanie rzeczy przypisanie ofercie Odwołującego innej treści niż literalnie wynikająca z formularza oferty, Tabeli elementów w części ponad omyłkowym oświadczeniem oraz z wyjaśnień, stanowi przykład naruszenia ww. przepisów, które to naruszenie doprowadziło do błędnego odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający, dokonując wykładni oświadczenia woli, powinien wziąć pod uwagę ogół okoliczności i dokumentów zgromadzonych w toku postępowania, co potwierdzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto Zamawiający – w przypadku wątpliwości co do treści oferty Odwołującego – mógł skorzystać z innego instrumentu wyjaśnienia oferty, tj. punktu 20.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W punkcie 20.15 specyfikacji wskazano, że: „W dowolnym momencie badania i oceny ofert, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wartości danego elementu w tabeli elementów (załącznik nr 11) i przedstawienia do wglądu kosztorysu ofertowego dla tego elementu.” Skoro Zamawiający miał w dalszym ciągu problem z odczytaniem rzeczywistej woli Odwołującego co do zakresu wykonania

zamówienia, mógł je wyjaśnić w najbardziej szczegółowy i najpewniejszy sposób, czyli poprzez żądanie wglądu do kosztorysu ofertowego dla danego elementu.

Gdyby Zamawiający skorzystał z tego rozwiązania, nabrałby w zasadzie stuprocentowej pewności, że oferta Odwołującego uwzględnia wszystkie przewidziane przez Zamawiającego roboty i że zostały one przez Odwołującego wycenione. Tymczasem Zamawiający nie zdecydował się na zastosowanie tego rozwiązania, co nie stanowiłoby błędu, gdyby równocześnie uwzględnił wyjaśnienia Odwołującego. Ponieważ tego nie uczynił, przedmiotowy zarzut należy uznać za uzasadniony.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na jego niezastosowanie przejawiające się w braku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej znajdującej się w ofercie Odwołującego, to jest omyłkowej wzmianki poczynionej pod Tabelą elementów.

Zdaniem Odwołującego zamieszczenie w Tabeli elementów treści oświadczenia podwykonawcy, które było w całości sprzeczne nie tylko z wymogami wypełniania Tabeli elementów, ale przede wszystkim z oświadczeniami Odwołującego zamieszczonymi w ofercie, stanowiło oczywistą, widoczną na pierwszy rzut oka omyłkę pisarską, którą Zamawiający mógł poprawić poprzez wykreślenie wzmianki z Tabeli elementów. Jak wskazała KIO w wyroku sygn. KIO 513/191: „Oczywista omyłka pisarska może dotyczyć różnych elementów oświadczenia wykonawcy i nie można wykluczyć tego, że będzie występować w oznaczeniu, które w oderwaniu od przedmiotu świadczenia narzuconego zakresem zamówienia, ocenione mogłoby być jako poprawne. Nie ma podstaw do ograniczenia stosowania przepisu art. 87 ust. 2 p.z.p. tylko do sytuacji, w których oświadczenie nie może być prawdziwe.” W konsekwencji, jeżeli Zamawiający nie dokonał wykreślenia omyłkowej wzmianki Odwołującego, zwłaszcza po udzieleniu przez niego wyjaśnień, to niewątpliwie uzasadnione jest stawianie mu przedmiotowego zarzutu.

Na wypadek uznania, że błędnie zamieszczone oświadczenie nie stanowiło omyłki pisarskiej, lecz inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą jednak istotnych zmian w treści oferty, Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oświadczenie o zakresie robót, których Odwołujący rzekomo nie zamierza wykonać, było co prawda niezgodne ze specyfikacją, niemniej nie licowało z pozostałą częścią oferty Odwołującego, z której wprost wynikało, że Odwołujący wycenił i zamierza zrealizować wszystkie roboty przewidziane przez Zamawiającego. Spełnione zatem zostały dwie przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie zaistnienie omyłki, która dodatkowo polega na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych

warunków zamówienia. Do analizy pozostała więc Zamawiającemu kwestia nieistotności omyłki.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się: wyrok sygn. KIO 554/131: „Dla zaistnienia przesłanki nieistotności w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych koniecznym jest tylko, aby poprawa omyłki nie zniekształcała oświadczenia woli wykonawcy w sposób istotny.”; wyrok sygn. KIO 2707/121: „Stwierdzenie istotnej zmiany treści oferty może nastąpić tylko w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że można by mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy.”; wyrok sygn. KIO 1247/161: „W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (...) wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Oczywiście jest zatem, że przypadku zastosowania tego przepisu każdorazowo następuje zmiana treści oferty. Natomiast granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała istotnego charakteru. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie oferty. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, zmiana zakresu przedmiotu świadczenia lub obie te sytuacje występujące jednocześnie. Decydujące znaczenie dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie ogranicza możliwości dokonywania zmian z punktu widzenia tego, czy dotyczą przedmiotowo lub podmiotowo istotnych albo nieistotnych elementów oferty, gdyż granicą dopuszczalności zmian jest, jak to już powyżej zarysowano, aby nie stanowiła ona znaczącej ingerencji w treść oferty, która spowodowałaby wytworzenie przez zamawiającego zupełnie nowej treści oświadczenia woli w stosunku do złożonego przez wykonawcę.”

W ocenie Odwołującego poprawienie dokonanej przez niego omyłki poprzez wykreślenie z Tabeli elementów błędnego oświadczenia nie stanowiłoby istotnej zmiany w treści oferty. Tabela elementów stanowiła bowiem załącznik do oferty, a zarówno z pozostałej treści Tabeli elementów, jak i z brzmienia oferty w sposób ewidentny wynika to, że Odwołujący uwzględnił wszystkie prace na rzecz Zamawiającego, których Zamawiający oczekiwał. Zatem pominięcie spornej wzmianki nijak nie wpływałoby na treść oferty.

Wobec takiego stanu rzeczy Zamawiający powinien zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uznałby, że zamieszczenie wzmianki w Tabeli elementów nie stanowi omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Stanowiłoby to przejaw wzięcia pod uwagę intencji ustawodawcy, który umożliwił poprawienie ofert, które nie zawierają istotnych, elementarnych i niezgodnych z przepisami błędów.

Opisane powyżej naruszenia skutkowały nieuzasadnionym zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Treść oferty Odwołującego jasno wykazywała, że Odwołujący oferuje Zamawiającemu wykonanie wszystkich wymaganych przez niego robót, a prace te zostały w pełni wycenione. Jeżeli z ustaleniem powyższego faktu kolidowało oświadczenie omyłkowo zamieszczone w Tabeli elementów, Zamawiający mógł przeprowadzić procedurę z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub uwzględnić wyjaśnienia Odwołującego. Dopiero negatywny wynik wszystkich wymienionych powyżej czynności mógł doprowadzić Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego, na co wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto w postępowaniu przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, a Tabela elementów mogła mieć znaczenie jedynie pomocnicze, potwierdzające prawidłowość wyliczeń. Tym samym odrzucanie oferty jedynie na podstawie omyłkowego dodania do Tabeli elementów dodatkowego elementu przy prawidłowości jej pozostałej części zdaje się być nadmierną sankcją, nieumocowaną w okolicznościach, a już w szczególności w obliczu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Zgodnie z wyrokiem sygn. KIO 592/19: „Podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Oczywiście jest, że kosztorys, co do zasady, określa elementy i prace, które zostaną wykonane w ramach robót budowlanych. Jednak znaczenie kosztorysu nie jest jednakowe we wszystkich okolicznościach – zależy od ukształtowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, projektu umowy, a w szczególności – od charakteru wynagrodzenia (czy jest to wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe).”

Tabela elementów złożona przez Odwołującego potwierdziła wycenę wszystkich wymaganych przez Zamawiającego elementów i korelowała z kwotą wynagrodzenia ryczałtowego, wskazaną w formularzu oferty, zatem nie sposób uznać, aby omyłkowa wzmianka kolidowała z kształtem przyszłego świadczenia Odwołującego. Brak zatem było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, toteż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji rażącego naruszenia ww. przepisów Zamawiający również dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie powinno budzić wątpliwości, że Zamawiający obowiązany jest przestrzegać przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji, gdy zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W art. 15 ust. 2 ww. ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji, w tym również utrudnianie dostępu do rynku. Odrzucenie oferty Odwołującego ewidentnie stanowi utrudnianie dostępu do rynku. Zamawiający, nie stosując się do obowiązujących go przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uniemożliwił Odwołującemu – profesjonalnemu podmiotowi zdolnemu do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, który spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu – podjęcia się realizacji zamówienia.

Za uzasadniony należy zatem uznać wniosek o nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, jak również zasadne jest zarzucenie Zamawiającemu, że naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W ocenie Zamawiającego zarzuty wskazane w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Zamawiającego wszelkie czynności przez niego podjęte są zgodne z obowiązującym prawem, w szczególności z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż umieszczenie przez Odwołującego pod Tabelą elementów, stanowiącą część oferty, oświadczenia: „W wycenie nie uwzględniono: ewentualnego rozebrania nawierzchni, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, wykonania projekt organizacji ruchu, opłat związanych z zajęciem pasa ruchu i kosztów usługi geodezyjnej” czyni ofertę, pomimo złożonych wyjaśnień, sprzeczną z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Zamawiającego oferty Odwołującego nie można skorygować w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem w wyniku poprawienia przedmiotowej omyłki doszłoby do istotnej zmiany treści oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Wycena oferty – Tabela elementów, niewątpliwie jest treścią oferty o dużym znaczeniu merytorycznym i nie może

budzić wątpliwości interpretacyjnych. Określa ona istotny element świadczenia oferenta i bezsprzecznie podlega dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. KIO 2654/18: „Bez znaczenia pozostaje także fakt, że wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Niezgodność z treścią SIWZ może dotyczyć każdego jej aspektu. Cena, a także jej składowe, stanowi merytoryczną treść oferty. Niezgodność zatem sposobu kalkulacji ceny, jej składowych z wyznacznikami SIWZ stanowi podstawę do odrzucenia oferty”. Ponadto w wyroku sygn. KIO 1194/18 Izba stwierdziła: „Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że złożenie ogólnego oświadczenia na formularzu ofertowym o zapoznaniu się z treścią SIWZ, przyjęciu warunków zamówienia jest wystarczające do potwierdzenia prawidłowości treści oferty. Kształt zobowiązania wykonawcy precyzuje przedmiotowa część oferty, odnosząca się do zaoferowanego przedmiotu, który zgodny ma być z wymogami opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś lakoniczne i ogólnikowe twierdzenia.”

Umieszczenie w treści oferty dwóch wykluczających się oświadczeń nie może ulec poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Zamawiający nie posiada uprawnień ani wiedzy do oceny, które z oświadczeń Odwołującego na etapie składania oferty było prawdziwe. Co więcej, Odwołujący, po otwarciu ofert i zapoznaniu się z cenami pozostałych ofert i kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, mógł udzielić dwóch różnych odpowiedzi, w zależności od tego, która z nich w danej sytuacji mogłaby być dla niego korzystna, tj. mógł wnioskować o usunięcie spornego oświadczenia z oferty w trybie poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli ceny innych ofert byłyby zbliżone do jego oszacowania lub mógł potwierdzić brak ujęcia w cenie oferty elementów objętych przedmiotem zamówienia, co prowadziłoby do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uznałby, że wartość jego oferty na tle ofert konkurencji jest zbyt niska.

Zamawiający na podstawie pozostałych dokumentów przedłożonych wraz z ofertą nie mógł ocenić intencji Odwołującego w chwili złożenia oferty. Niewyceniony, według oświadczenia Odwołującego, zakres przedmiotu zamówienia – m.in. rozebranie nawierzchni czy przywrócenie terenu do stanu pierwotnego – zawiera się w kilku pozycjach Tabeli elementów, co potwierdza w odwołaniu sam Odwołujący. Zatem umieszczenie takiego oświadczenia mogło wzbudzać uzasadnione podejrzenie zarówno Zamawiającego, jak i pozostałych wykonawców, iż Odwołujący nie wycenił wszystkich prac m.in. rozbiórkowych, odtworzeniowych czy geodezyjnych. Tabela elementów stanowiąca wycenę oferty nie może budzić wątpliwości i podlegać jakiegokolwiek interpretacji czy negocjacom.

O ile Zamawiający zgadza się z Odwołującym w zakresie definicji oczywistej omyłki pisarskiej i tzw. innej omyłki, o tyle żadna z tych omyłek nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie.

Oczywistą omyłką pisarską, zgodnie z dominującym w orzecznictwie poglądem, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. W ocenie Zamawiającego umieszczenie takiego oświadczenia w Tabeli elementów było błędem merytorycznym, który dodatkowo wymagał dokonania wyjaśnień. Zamawiający nie mógł z całości treści oferty wyprowadzić wniosku, że Odwołujący wycenił wszystkie elementy przedmiotu zamówienia.

Brak jest również podstaw do uznania, iż umieszczenie ww. oświadczenia w Tabeli elementów jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Zamawiającego dokonanie zmian w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zgodnie z wnioskiem Odwołującego, miałyby wpływ na zakres świadczenia zaoferowanego przez Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że umieszczenie przedmiotowego oświadczenia jest pochodną oferty, którą Odwołującemu złożył podwykonawca. Jednak Odwołujący w formularzu oferty nie wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy ten zakres przedmiotu umowy (tj. wykonanie oświetlenia ulicznego i roboty telekomunikacyjne), mimo iż posiadał taką wiedzę w dniu składania oferty. Okoliczności te wskazują jednoznacznie, iż oferta nie została złożona zgodnie z prawdziwą intencją Odwołującego, co daje asumpt do przyjęcia, że podobnie mogło być z oświadczeniem złożonym w Tabeli elementów.

Kwestia wyjaśniania oferty poprzez wprowadzanie do niej nowych treści była już rozważana przez Krajową Izbę Odwoławczą: „Poprawienie omyłki jest dopuszczalne, gdy na podstawie informacji, którymi Zamawiający dysponuje, można ustalić, jak jest prawidłowa treść oferty, Odwołujący przy tym zasadnie wskazuje, że poprawienie omyłki może być poprzedzone wezwaniem do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże w orzecznictwie Izby jednoznacznie wskazuje się, że wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do jej uzupełnienia o jakiegokolwiek nowe treści, których ustalenie nie było możliwe na podstawie informacji, które wynikały z pierwotnej treści oferty...” (wyrok sygn. KIO 363/19).

Mając na uwadze powyższe okoliczności, brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych do uznania, iż zachodzą podstawy do poprawienia przedmiotowej omyłki jako „oczywistej” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 albo jako „innej” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyjaśnienia Odwołującego co do okoliczności umieszczenia spornego oświadczenia w ofercie (przy jednoczesnym złożeniu nieprawdziwego oświadczenia o zakresie robót, które zamierza powierzyć podwykonawcom), prowadzą do wniosku, że Odwołujący nie dochował należytej staranności i nie wykazał się profesjonalizmem wymaganym od uczestników postępowania o zamówienie publiczne.

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności tej Zamawiający nie mógł poprawić jako innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Stanowiska przystępujących

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu: STRABAG Sp. z o.o., Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. i Budimex S.A.

Przystępujący STRABAG Sp. z o.o. poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że argumentacja Zamawiającego jest słuszna.

W ocenie Przystępującego błąd w ofercie Odwołującego jest ewidentną niezgodnością ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie ma możliwości go usunąć w trybach, w których oczekuje tego Odwołujący. Spornego oświadczenia nie sposób zakwalifikować jako oczywistej omyłki – jest to oświadczenie wykonawcy i nie jest oczywiste, że nie odzwierciedla jego woli. Zamawiający też nie mógłby go sam poprawić, gdyż musiałaby nastąpić duża ingerencja z jego strony w postaci wykreślenia oświadczenia wykonawcy. Oświadczenie to dotyczy ceny i zakresu robót, co jest najistotniejsze z punktu widzenia oferty.

Cena jest ryczałtowa, ale na tę cenę składa się suma elementów w tabeli, a pod tą ceną jest oświadczenie, czego ona nie obejmuje. Gdyby ten błąd nie został wyłapany, wykonawca mógłby mieć roszczenia do Zamawiającego, ponieważ w cenie oferty nie uwzględniono pewnych elementów.

Punkt 20.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie służy, by poprawiać elementy lub prostować oświadczenia w ofercie.

Gdyby Odwołujący zamierzał powierzyć tę część prac podwykonawcy, miał obowiązek zawrzeć tę informację w ofercie.

Argumentacja Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczna, po pierwsze wskazuje bowiem, że jest to oczywista omyłka pisarska, a gdyby nie, to jest to inna omyłka. Stan faktyczny może być tylko jeden.

Przystępujący Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący Budimex S.A. poparł stanowisko Zamawiającego i pozostałych Przystępujących. Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący argumentuje, że z interpretacji samej Tabeli elementów można wnioskować, że sporne elementy zostały wycenione. Natomiast zakres Tabeli elementów nie pokrywa się z zakresem wskazanym w komentarzu pod tabelą – były one szersze oraz wyceniane w różnych pozycjach. Zamawiający podał jako przykład koszty geodezji, natomiast również w odpowiedzi na pytanie nr 74 Zamawiający wskazał, że różne koszty związane z odtworzeniem należy wycenić w ramach robót danej branży.

Odwołujący powołał się na art. 60 i 65 Kodeksu cywilnego, ale Kodeks cywilny kreuje prymat interpretacji literalnej oświadczeń, a taka interpretacja nie budzi wątpliwości, że Odwołujący wskazanego zakresu prac nie wycenił.

Jeśli chodzi o art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to nadrzędnym zakazem jest zakaz negocjacji treści oferty i doprowadzenia do rekonstrukcji oświadczenia woli ponad to, co wskazano w ofercie. Nie można mówić o oczywistej omyłce pisarskiej, bo nie jest to drobne przejęzyczenie, a Zamawiający nie mógłby samodzielnie ustalić, jaka jest prawidłowa treść i jej poprawić, bowiem samodzielnie nie wie, czy wykonawca coś ujął w wycenie, czy też nie.

Trudno czynić Zamawiającemu zarzut z tego, że podjął się weryfikacji oferty w postaci wyjaśnień. Zamawiający do momentu odrzucenia oferty może ją analizować i sam fakt wezwania do wyjaśnień nie oznacza konieczności akceptacji tych wyjaśnień.

Pkt 20.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia został przewidziany, by Zamawiający mógł weryfikować ceny i realność wyceny. Tu nie ma mowy o realności kwoty, tylko o zakresie rzeczowym oferty.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami. Został on prawidłowo opisany w punktach poprzedzających: Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty w zakresie treści oświadczenia

złożonego dodatkowo w dokumencie „Tabela Elementów, Zbiorcze Zestawienie Składników Ceny Oferty” przygotowanej zgodnie z załącznikiem nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia o treści: „W wycenie nie uwzględniono: ewentualnego rozebrania nawierzchni, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, wykonania projektu organizacji ruchu, opłat związanych z zajęciem pasa ruchu i kosztów usługi geodezyjnej.”

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że przedmiotowe oświadczenie zostało umieszczone w wyniku oczywistej omyłki pisarskiej i nie stanowi treści złożonej oferty. Wskazany dokument, stanowiący szczegółowe rozliczenie ceny ofertowej w części dotyczącej sieci ciepłowniczej, został przygotowany przez podwykonawcę, który w przesłanym dokumencie umieścił wskazane w wezwaniu oświadczenie, gdyż w zakresie jego oferty złożonej Odwołującemu nie został ten zakres wyceniony, w przeciwieństwie do oferty Odwołującego złożonej Zamawiającemu, gdzie te prace zostały wycenione i ujęte w cenie ofertowej. Treść owego oświadczenia omyłkowo nie została przez Odwołującego usunięta z treści przedłożonej oferty przy kompletowaniu całego kosztorysu. Odwołujący oświadczył, że wskazana w ofercie wycena stanowi całkowite wynagrodzenie ryczałtowe, do którego zostały wliczone wszystkie przewidywane koszty i prace niezbędne do wykonania, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wymienione omyłkowo w przedmiotowym oświadczeniu czynności zostały wycenione i ujęte w cenie ofertowej. Tym samym złożona oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmuje wszystkie prace konieczne do wykonania, w tym również koszty rozebrania nawierzchni, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, wykonania projektu organizacji ruchu, opłat związanych z zajęciem pasa ruchu i koszty usługi geodezyjnej, a przedstawiona cena ofertowa jest ostateczna i nie będzie ulegać podwyższeniu. Przedmiotowe oświadczenie zostało w ofercie umieszczone w wyniku oczywistej omyłki i nie stanowi treści oferty, albowiem przedstawiona cena ofertowa obejmuje wykonanie wszystkich prac. W przedstawionej wycenie uwzględniono wszystkie koszty, które zostały w kalkulowane w cenę ofertową.

Zamawiający jednak podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych argumentując, że Odwołujący złożył ofertę z ceną ryczałtową brutto 21.831.362,50 zł, która to kwota wynika z formularza oferty i Tabeli elementów. Dodatkowo pod Tabelą elementów zostało umieszczone oświadczenie o treści: „W wycenie nie uwzględniono: ewentualnego rozebrania nawierzchni, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, wykonania projektu organizacji ruchu, opłat związanych z zajęciem pasa ruchu i kosztów usługi geodezyjnej”, podczas gdy przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji projektowej i dyspozycjach specyfikacji istotnych warunków zamówienia takie elementy obejmuje. Ponadto powyższy zapis jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego ujętymi w rozdziale 20. specyfikacji, dotyczącym sposobu obliczenia ceny. Zgodnie z punktem 20.7 cena ofertowa powinna obejmować

wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości i w oferowanym terminie, włączając w to: koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę, kalkulowany przez wykonawcę zysk, ryzyko oraz wszelkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi z dokumentacji, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania robót budowlanych. Natomiast z oświadczenia Odwołującego wynika, że w cenie oferty nie ujął wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Tym samym treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności tej Zamawiający nie może poprawić jako innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego, pism i dokumentów przedłożonych w postępowaniu odwoławczym Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest to, czy w zaistniałych okolicznościach sprawy Zamawiający w sposób nieuzasadniony zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, czy też powinien ofertę tę skorygować w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie, na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznać, że wykonawca ten, składając sporne, dodatkowe oświadczenie o treści: „W wycenie nie uwzględniono: ewentualnego rozebrania nawierzchni, przywrócenia terenu do stanu pierwotnego, wykonania projektu organizacji ruchu, opłat związanych z zajęciem pasa ruchu i kosztów usługi geodezyjnej”, popełnił jedynie błąd w wyrażeniu swojego oświadczenia woli, natomiast jego realną wolą było zaoferowanie wykonania pełnego zakresu zamówienia, a w konsekwencji oferta jest prawidłowa.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika dyspozycja, zgodnie z którą w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem

ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ust. 1a tego artykułu odnosi się do postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego i nie dotyczy niniejszej sprawy. Natomiast w ust. 2 art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Możliwość zastosowania poprawek, o których mówi art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też wyjaśnień treści oferty w sposób, który byłby zgodny z powyższymi dyspozycjami – lub też poza nie wykraczający – każdorazowo podlega indywidualnemu badaniu i ocenie. Nie tylko przez pryzmat samych przesłanek wskazanych w tych przepisach, ale przede wszystkim głównych zasad zamówień publicznych wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: obowiązku zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

W analizie tej nie można pominąć stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonego w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., w którym Trybunał wskazał: „Co się tyczy oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji (...) gdy zostanie dokonana selekcja kandydatów i złożone zostaną ich oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej ani z inicjatywy kandydata. Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami. 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 została by ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto, z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, 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. Artykuł 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi zatem na przeszkodzie, by w ustawodawstwie krajowym brak było przepisu nakładającego na instytucję zamawiającą obowiązek żądania od kandydatów w procedurze przetargu

ograniczonego udzielenia wyjaśnienia ich oferty w zakresie dotyczącym wymogów technicznych zawartych w specyfikacji, zanim owa oferta zostanie odrzucona ze względu na niedokładność lub brak zgodności ze specyfikacją. Jednakże, wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis (...) wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.”

Jak wynika z przedstawionych stanowisk, nie było sporne, że przedmiotowa wzmianka sama w sobie stanowi niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że wskazywała, iż w ofercie nie został wyceniony pełen zakres zamówienia, co – bezspornie – było wymagane przez Zamawiającego. Zatem rozważeniu podlega jedynie możliwość poprawienia zaistniałej niezgodności – poprzez wykreślenia tej wzmianki przez Zamawiającego (w trybie art. 87 ust. 1 pkt 1 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) lub uznania za nieistniejącą (przez uznanie wyjaśnień wykonawcy).

Uznając wyjaśnienia Odwołującego co do przyczyn zawarcia w ofercie ww. wzmianki za zgodne ze stanem faktycznym, który rzeczywiście zaistniał (w przedmiotowym stanie rzeczy dla oceny prawnej *de facto* nie ma znaczenia, czy są one prawdziwe, czy nie), wzmiankę tę można uznać za błąd Odwołującego wynikły z jego winy.

Owszem, należy przyznać rację Odwołującemu, że w każdym postępowaniu wykonawca może się pomylić oraz nieracjonalne byłoby świadome popełnienie takiego błędu, jednak nie zmienia to faktu, że nie każdy błąd wykonawcy można poprawić, natomiast, ostateczne potwierdzenie woli wykonawcy, co do zasady, nie powinno się znajdować w wyjaśnieniach, lecz w ofercie. Art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na możliwość poprawienia pewnych błędów o charakterze omyłek, ale jest to możliwość – jak wskazał Trybunał – dość ograniczona i wyjątkowa.

Zdaniem Odwołującego zamieszczenie w Tabeli elementów oświadczenia, które było w całości sprzeczne nie tylko z wymogami wypełniania Tabeli elementów, ale przede

wszystkim z oświadczeniami Odwołującego zamieszczonymi w ofercie, stanowiło oczywistą, widoczną na pierwszy rzut oka omyłkę pisarską, którą Zamawiający mógł poprawić poprzez wykreślenie wzmianki z Tabeli elementów.

W niniejszym przypadku błąd ten rzeczywiście polega na złożeniu nieprawidłowego, nadmiarowego oświadczenia woli dotyczącego zakresu wyceny oferty. Błędu tego nie można jednak zakwalifikować jako omyłki pisarskiej będącej – w skrócie – „błędem w pisaniu”. Obecnie, przy powszechnym posługiwaniu się pismem komputerowym, charakter owego błędu w pisaniu jest już inny niż przy pisaniu odręcznym – najczęściej jest to nieprawidłowe zastosowanie funkcji „wytnij-kopiuj-wklej” (tj. niezamierzone usunięcie lub wstawienie tekstu lub jego części), automatyczna zamiana wyrazów przez edytor tekstów lub też „przeskakujący” kursor, w wyniku czego tekst jest wstawiony w innym miejscu niż zamierzone. Jednak ów błąd wciąż musi mieć przymiot oczywistego i nie zniekształcającego obrazu samego oświadczenia woli i jego całokształtu. Wstawienie dodatkowego, istotnego w swojej treści oświadczenia woli, nie ma charakteru oczywistej omyłki pisarskiej.

Podobnie, ze względu na istotność tego oświadczenia dla całej oferty i jej porównywalności z innymi ofertami (zakresem, dla którego zostały złożone), Zamawiający nie jest uprawniony ani do zastosowania korekty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani do uznania tego oświadczenia za nieistniejące po uzyskaniu wyjaśnień wykonawcy.

W niniejszym przypadku sytuacja kształtuje się tak, jak wskazał Trybunał – błąd w ofercie Odwołującego oraz brak jasności tej oferty wynika jedynie z uchybienia obowiązku Odwołującego dochowania należytej staranności przy formułowaniu oferty – już choćby w postaci jej przeczytania przed złożeniem Zamawiającemu. Do takiej staranności jest zobowiązany każdy z wykonawców i – co również podkreślił Trybunał – w ocenie konkurujących wykonawców zgoda Zamawiającego na usunięcie owego oświadczenia woli z treści oferty mogłaby być uznana za zbytne faworyzowanie Odwołującego kosztem innych wykonawców, naruszające zasadę równego traktowania wykonawców poprzez naruszenie zasady niezmienności oferty.

Odwołujący podkreślał też, że oświadczenie o zakresie robót, których Odwołujący rzekomo nie zamierza wykonać, nie licowało z pozostałą częścią oferty, z której wprost wynikało, że Odwołujący wycenił i zamierza zrealizować wszystkie roboty przewidziane przez Zamawiającego.

Izba podziela jednak stanowisko Zamawiającego i Przystępujących, że z samej treści oferty nie wynika, że zakres prac wskazany we wzmiance został wyceniony w Tabeli elementów. Odwołujący argumentował, że sporne prace wycenił w pozycjach: część „A” – pkt 1.1.1 roboty rozbiórkowe i przygotowawcze przy drodze do zbiornika, pkt III.1 rozbiórki przy

zbiorniku retencyjnym, pkt IV odtworzenie nawierzchni po pracach kanalizacyjnych, pkt VI tymczasowa organizacja ruchu, pkt VII inne koszty związane z realizacją części „A”; część „B” pkt 1.1.1 roboty rozbiórkowe i przygotowawcze, pkt 2.1 roboty rozbiórkowe i przygotowawcze przy skrzyżowaniu Stawna – Wielkokacka – Hodowlana, pkt II docelowa organizacja ruchu, pkt XIII koszt prac geodezyjnych (koszty ochrony, zabezpieczenia i odtworzenia szczegółowej osnowy geodezyjnej lub przeniesienia znaków geodezyjnych, jeśli zaistnieje taka konieczność). Jednakże powyższe pozycje nie odzwierciedlają zakresu wskazanego we wzmiance w skali 1:1, tj. ani nie dotyczą wyłącznie tego zakresu, ani nie znajdują się wyłącznie w tych pozycjach. Jak zostało bowiem wskazane podczas rozprawy, część prac – zgodnie z dyspozycją Zamawiającego udzieloną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnieniach do niej – miała być wyceniona także w innych pozycjach.

Zatem na podstawie samej treści oferty nie można usunąć owej sprzeczności oświadczeń Odwołującego – z jednej strony, że ujął w wycenie wszystkie wymagane elementy, a z drugiej – że ich nie ujął. Ze względu na to, że szczegółowy kosztorys wykonania przedmiotowych robót nie był częścią oferty, jego późniejsze złożenie – czy to Zamawiającemu w ramach wyjaśnień, czy to podczas postępowania odwoławczego, nie ma znaczenia prawnego.

Izba zgadza się również ze stanowiskami wszystkich uczestników postępowania odwoławczego w kwestii, że skoro Zamawiający skorzystał z instytucji wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to powinien je uwzględnić przy rozpatrywaniu ewentualnych podstaw do odrzucenia oferty, tak, aby upewnić się, czy rzeczywiście podlega ona odrzuceniu – co nie było między nimi sporne. Jednak, jak słusznie wskazał Zamawiający i Przystępujący, owo „uwzględnienie” wyjaśnień nie oznacza automatycznie, że Zamawiający w konsekwencji takiej oferty nie odrzuci. Nie zawsze może je bowiem zaakceptować w tym znaczeniu, że na ich podstawie uzna ofertę za prawidłową – nawet jeśli z wyjaśnień wykonawcy wynika, że jego intencją było złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a jedynie sama realizacja zamiaru obarczona była pewnymi wadami. Zamawiający mógł wskazać w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że ww. wyjaśnień nie uznał za wystarczające do „sanowania” oferty – jak chciałby tego Odwołujący – lub że w jego opinii ich uznanie prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany oferty i dlatego, przez co jego uzasadnienie czynności byłoby pełniejsze. Jednak również pomimo braku takiego wskazania, już z samej czynności odrzucenia, można wnioskować, że nie uznał ich za podstawę do przyjęcia oferty jako prawidłowej.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 60 i 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej wykładni oświadczenia woli Odwołującego co do zakresu jego oferty.

Jak wskazał sam Odwołujący, z art. 60 Kodeksu cywilnego wynika, że poza ustawowo określonymi wyjątkami, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli), a z art. 65 § 1, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Odwołujący złożył swoje oświadczenie pisemnie, w jednym z dokumentów składających się na ofertę przetargową. Treść tego oświadczenia jest więc łatwa do ustalenia i jednoznaczna. Zostało ono zatem jasno wyrażone, w konwencjonalnej i wymaganej przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych formie, nie wymagało więc żadnej szczególnej interpretacji ponad swoją treść. W rzeczywistości też nie chodziło o tę treść, lecz o fakt, że – jak twierdzi Odwołujący – zostało złożone przez pomyłkę, a zatem bardziej adekwatne byłyby tu przepisy art. 61 § 1 zd. 2 Kodeksu cywilnego („§ 1. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej”) w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę”) oraz art. 84 Kodeksu cywilnego („§ 1. W razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej. § 2. Można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny).”).

Okoliczności niniejszej sprawy nie wskazują jednak na błąd w rozumieniu art. 84 Kodeksu cywilnego. Ze względu na sformalizowaną procedurę zamówień publicznych odwołanie tego oświadczenia przez wykonawcę nie może też nastąpić po upływie terminu składania ofert, np. w drodze wyjaśnień.

Z tego też powodu nawet gdyby Zamawiający skorzystał z postanowienia punktu 20.15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wartości elementów Tabeli elementów i przedstawienia kosztorysu

ofertowego dla tych elementów, nie mógłby na tej podstawie zmienić oświadczenia wykonawcy, o czym była już mowa powyżej.

Tym samym Zamawiający nie naruszył również dyspozycji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ani art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając wpis w wysokości 20.000 złotych i wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący: