

Sygn. akt: KIO 1786/20

## WYROK

z dnia 21 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Aneta Mlącka

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2020 roku przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „Ostrada” sp. z o.o. (ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Olszewo - Borki (ul. W. Broniewskiego 13, 07-415 Olszewo – Borki)**

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., Altor sp. z o.o. (ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, dokonania poprawienia omyłki popełnionej przez Odwołującego w zakresie terminu realizacji zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gmina Olszewo - Borki (ul. W. Broniewskiego 13, 07-415 Olszewo – Borki)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „Ostrada” sp. z o.o. (ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Gmina Olszewo - Borki (ul. W. Broniewskiego 13, 07-415 Olszewo – Borki)** na rzecz Odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych „Ostrada” sp. z o.o. (ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka)** kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Ostrołęce**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Olszewo - Borki prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Mostowo, gmina Olszewo-Borki.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 06 czerwca 2020 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 547392-N-2020.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Ostrada” sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że omyłka popełniona przez Odwołującego nie jest oczywistą omyłką pisarską ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że omyłka popełniona przez Odwołującego jest istotna lub nie może podlegać poprawie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; dokonanie poprawki omyłki popełnionej przez Odwołującego; ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wskazał, iż odrzucił z przedmiotowego postępowania ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „OSTRADA” Sp. z o.o. na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wskazał, że wyznaczył termin realizacji zamówienia do 30.10.2020r. Termin ten wskazuje zarówno Ogłoszenie o zamówieniu, jak również Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca w złożonej ofercie w formularzu oferty w punkcie IV-Termin realizacji wskazał: termin realizacji zamówienia: do 15.12.2020r. Zapis ten w opinii Zamawiającego świadczy o niezgodności treści złożonej oferty ze Specyfikacją istotnych Warunków zamówienia przez co zastosowanie znajduje przepis art 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że omyłkowo wskazał w formularzu oferty niewłaściwą datę. Wynikało to z faktu, iż Zamawiający prowadzi równoległe dwa bliźniacze przetargi. W obu narzucił w SIWZ bliźniacze formularze oferty - różniące się jedynie terminem realizacji zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że przygotowując równoległe dwie oferty przez nieuwagę użył

dwukrotnie tego samego fragmentu pliku skopiowanego z SIWZ. W ten sposób w przedmiotowym postępowaniu jako termin realizacji zamówienia wskazano termin właściwy dla drugiego postępowania, w którym Odwołujący również złożył swoją ofertę.

Jak wskazał Odwołujący, powyższe nie oznacza w jednak, że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w innym terminie, niż określony przez Zamawiającego w SIWZ.

Szereg okoliczności, w których doszło do złożenia tej oferty wskazuje, że zamiarem Odwołującego było zobowiązanie się do wykonania zamówienia w terminie określonym w SIWZ:

1. Oferta nie jest oświadczeniem woli zawieszonym w próżni, lecz odpowiedzią na zaproszenie Zamawiającego. Termin był jednoznacznie określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ - każdy wykonawca stara się złożyć ofertę zgodnie z SIWZ.
2. Termin był narzucony, nie stanowił kryterium oceny ofert - rolą wykonawcy było jedynie zaakceptować ten termin. Nie ma żadnego niebezpieczeństwa manipulacji wynikami postępowania przez Odwołującego.
3. W pkt VII ppkt 1 oferty Odwołujący oświadczył, że zapoznał się z treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń - co obejmuje również przyjęcie bez zastrzeżeń terminu realizacji zamówienia określonego w SIWZ.
4. W pkt VII ppkt 2 oferty Odwołujący oświadczył, że gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ - co obejmuje również gwarancję dotrzymania terminu realizacji zamówienia określonego w SIWZ.
5. W pkt VII ppkt 5 oferty Odwołujący oświadczył, że akceptuje wzór umowy przedstawiony w Części II SIWZ i zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - co obejmuje również akceptację terminu realizacji zamówienia, zwłaszcza, że we wzorze umowy Zamawiający wpisał na sztywno termin realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, w oparciu o powyższe należało uznać, że intencją Odwołującego było zobowiązanie się do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, w tym w terminie określonym w SIWZ. Odwołujący wskazał, że każda inna interpretacja oferty Odwołującego będzie interpretacją stronnictwą, krzywdzącą, niezgodną z zasadami współżycia społecznego, w tym zasadą dobrej wiary, a także z doświadczeniem życiowym: nikt nie składa świadomie oferty niezgodnej z SIWZ, nikt nie ponosi kosztów przygotowania oferty, o której wie, że zostanie odrzucona.

W ocenie Odwołującego omyłkę taką można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, o której

mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp - wszak wykrycie tej niezgodności i jej poprawienie nie wymaga niczego więcej, niż rozpoznanie ciągu kilku cyfr. Porównując ofertę z SIWZ, każdy stwierdzi, że jest 15.12.2020r. a „powinno być 30.10.2020r.”, więc cyfry „15.12” należy zamienić na „30.10”. Omyłka taka rzuca się w oczy każdemu, a jej poprawienie nie wymaga żadnych wiadomości specjalnych.

Omyłkę taką w opinii Odwołującego Zamawiający może uznać również za inną omyłkę, której poprawienie nie powoduje istotnej zmiany treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Dokonanie poprawienia terminu w pkt IV formularza oferty w żadnym stopniu nie wpłynie na zmianę treści oferty, choć zmieni się jej tekst.

Zaniechanie poprawienia omyłki poczynionej przez Odwołującego i odrzucenie jego oferty w opinii Odwołującego stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie przepisów ustawy Pzp i skutkuje wyborem oferty nie najkorzystniejszej.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wskazano powyżej, przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest okoliczność, czy wpisany w treści formularza ofertowego termin realizacji zamówienia 15.12.2020r zamiast terminu 30.10.2020r. stanowi omyłkę, o której mowa w artykule 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, wpisany w treści formularza ofertowego przez Odwołującego termin realizacji zamówienia 15.12.2020r. zamiast terminu 30.10.2020r. stanowi omyłkę, o której mowa w artykule 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma sposób, w jaki doszło do popełnienia omyłki. Wpisanie niewłaściwej daty wynikało z wypełnienia przez Odwołującego formularza oferty niemal identycznego z formularzem innego postępowania, także prowadzonego przez Zamawiającego.

Zamawiający prowadzi równolegle dwa bliźniacze przetargi, w których termin składania ofert upływał tego samego dnia. W obu postępowaniach przetargowych Zamawiający wymagał w SIWZ wypełnienia bliźniaczych formularzy oferty. Formularze różniły się jedynie nazwą zamówienia oraz terminem realizacji zamówienia. Jak wyjaśnił Odwołujący, przygotowując równolegle dwie oferty, przez nieuwagę użył dwukrotnie tego samego fragmentu pliku skopiowanego z SIWZ. W ten sposób w przedmiotowym postępowaniu jako termin realizacji zamówienia wskazano termin właściwy dla drugiego postępowania, w którym Odwołujący

również złożył swoją ofertę.

Biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, w sytuacji gdy wykonawcy wypełniają niemal identyczne formularze, w szczególności, gdy wypełniają je w wersji elektronicznej, poprzez kopiowanie plików, nie jest trudno popełnić omyłkę.

Zaangażowanie wykonawcy, okoliczność złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, jednoznaczne, kilkakrotnie podtrzymywane twierdzenia Odwołującego o zobowiązaniu do zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, w tym zatem także w terminie przewidzianym w SIWZ, świadczą o tym, iż Odwołujący zamierzał od początku zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami SIWZ, a zatem także we wskazanym przez Zamawiającego terminie – do 30.10.2020r. Jedynie na skutek właśnie zwykłej omyłki, pozostał w treści formularza ofertowego termin wskazany jako termin realizacji innego zamówienia.

W niniejszym postępowaniu trudno byłoby uznać, aby Wykonawca zamierzał zrealizować zamówienie w innym terminie.

Tym bardziej, że termin realizacji zamówienia został przez Zamawiającego jednoznacznie określony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Rolą wykonawcy było jedynie zaakceptować termin. Nie jest zatem tak, że wykonawcy byli zobowiązani określić samodzielnie termin realizacji.

Całokształt okoliczności w niniejszym postępowaniu wskazuje, że zamiarem Odwołującego było zobowiązanie się do wykonania zamówienia w terminie określonym w SIWZ.

Należy także podkreślić, że treść oferty Odwołującego zawierała również oświadczenia Wykonawcy stanowiące zobowiązanie do zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Odwołujący w pkt. VII ppkt 1 oferty oświadczył, że zapoznał się z treścią SIWZ i nie wnosi do niej zastrzeżeń - co obejmuje również przyjęcie bez zastrzeżeń terminu realizacji zamówienia określonego w SIWZ, a także w pkt. VII ppkt 2 oferty oświadczył, że gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ - co obejmuje również gwarancję dotrzymania terminu realizacji zamówienia określonego w SIWZ. Ponadto w pkt. VII ppkt 5 oferty Odwołujący oświadczył, że akceptuje wzór umowy przedstawiony w Części II SIWZ i zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - co obejmuje również akceptację terminu realizacji zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający dysponował kilkoma oświadczeniami Odwołującego o jednoznacznej intencji Odwołującego co do zamiaru zrealizowania zamówienia zgodnie z treścią SIWZ.

Wobec powyższego, skoro treść oferty wskazywała na zamiar realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ, a jedynie termin realizacji zamówienia został określony inaczej, ale zgodnie z treścią

SIWZ w innym postępowaniu, to taka sytuacja wskazywała jednoznacznie na okoliczność popełnienia omyłki. Zamawiający miał zatem możliwość poprawić omyłkę, a z całą pewnością powyższa niezgodność mogła również zostać przez Zamawiającego wyjaśniona (wobec różnych oświadczeń w treści oferty).

Popełniona przez Odwołującego omyłka jest również łatwa do zidentyfikowania. Oczywista i jednoznaczna jest treść, jaka powinna zostać wpisana w formularzu ofertowym. Poprawienie omyłki nie wymaga dodatkowych informacji, jak również żadnych wiadomości specjalnych.

Oczywistym jest, że wykonawcy powinni złożyć ofertę, która jednoznacznie odpowiada treści SIWZ, a Zamawiający nie jest uprawniony do ingerowania w podstawową treść oferty, w tym w treść dotyczącą elementów tej oferty, takich jak np. cena oferty, czy termin realizacji zamówienia. Oczywistym jest także, że w treści ofert zdarzają się omyłki. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość ich wystąpienia, a poprzez zawarty w ustawie nakaz poprawienia omyłki występującej w treści oferty potwierdza, że ustawa zezwala Zamawiającemu na ingerencję w treść oferty wykonawcy. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją szczególną. Treść oferty wskazywała na intencję wykonawcy - zrealizowania zamówienia zgodnie z SIWZ. Termin realizacji zamówienia został przez Zamawiającego sztywno określony. Sposób, w jaki doszło do popełnienia omyłki, pozwala uznać, że termin realizacji zamówienia, tj. 15.12.2020r., znalazł się w treści formularza ofertowego Odwołującego przypadkowo i niezgodnie z intencją Odwołującego, a zatem powinien podlegać poprawieniu. Oczywiste jest także, w jaki sposób powinna zostać poprawiona omyłka.

W konsekwencji należało stwierdzić, że popełniona przez Odwołującego w treści formularza ofertowego omyłka powinna podlegać poprawieniu, poprzez wpisanie jako terminu realizacji zamówienia daty: 30.10.2020r., w miejsce terminu: 15.12.2020r.

Zdaniem Izby omyłka ma charakter innej omyłki, której poprawienie nie spowoduje zmiany treści oferty. Jest to omyłka, o której mowa w artykule 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano powyżej, z treści oferty wynika, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, co oznacza również w terminie przewidzianym przez Zamawiającego. Poprawienie omyłki nie spowoduje zatem, że treść oferty ulegnie znaczącej zmianie, bowiem skoro wykonawca zamierza zrealizować zamówienie zgodnie z warunkami treści SIWZ, to także w terminie w niej przewidzianym. Zatem treść oferty nie ulegnie zmianie, chociaż zmieni się nieznacznie jej tekst (ale to jest właśnie konsekwencją poprawienia).

Zdaniem Izby omyłka może zostać również uznana za oczywistą omyłkę pisarską, o której

mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść, która powinna znaleźć się w formularzu ofertowym jest jednoznaczna.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Skoro zatem Odwołujący popełnił omyłkę, Zamawiający winien dokonać jej poprawienia. W konsekwencji, nieuzasadnione było odrzucenie oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

**Przewodniczący:**

.....