

WYROK

z dnia 15 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2019 r. przez wykonawcę

KB – Projekty Konstrukcyjne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego
Krakowskie Forum Kultury z siedzibą w Krakowie

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Krakowskiemu Forum Kultury unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy KB – Projekty Konstrukcyjne Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy KB – Projekty Konstrukcyjne Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**
- 2. kosztami postępowania obciąża Krakowskie Forum Kultury i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez KB – Projekty Konstrukcyjne Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Krakowskiego Forum Kultury na rzecz KB – Projekty Konstrukcyjne Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 11 500 zł 53 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.**

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 Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1961/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Krakowskie Forum Kultury prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej z przeniesieniem praw autorskich oraz pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie wykonywania robot budowlanych dla zadania inwestycyjnego pod nazwą *Adaptacja i modernizacja budynku przy placu Matejki 11 na potrzeby Krakowskiego Forum Kultury*” 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 zamieszczone 13 września 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 597603. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – KB-Projekty Konstrukcyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie skutkujące odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego, której treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako że wykonawca wskazał literalnie w formularzu ofertowym skrócony termin realizacji zamówienia, zgodnie z kryterium opisanym w rozdziale 16.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty oraz lakoniczne uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty,

3. w przypadku nieuznania zarzutu nr 1 lub 2 – naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania wyjaśnień treści złożonej oferty, w sytuacji, gdy powziął wątpliwości co do jej treści,

4. w przypadku nieuznania zarzutu nr 1, 2 lub 3 – naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie badania ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, ewentualnie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, ewentualnie nakazania poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadniając, że wykonawca, wpisując w formularzu ofertowym „Oferuję realizację przedmiotu zamówienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 12-15.12.2019 r.”, nie pozwala Zamawiającemu określić, jaka jest treść złożonej oferty oraz jaki termin realizacji został zaoferowany przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący, składając ofertę, w części „termin realizacji projektu budowlanego” zastosował literalne brzmienie opisu kryterium zawarte w rozdziale 16.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia o treści: „Punkty w przedmiotowym kryterium oceny ofert zostaną przyznane na podstawie określonego w ofercie terminu realizacji zamówienia. Maksymalny termin realizacji – do 20.12.2019 r., termin realizacji 20.12.2019 r. – 0 pkt, termin realizacji 16-19.12.2019 r – 20 pkt, termin realizacji 12-15.12.2019 r. – 40 pkt”. Wykonawca, przedkładając ofertę, zaproponował termin realizacji zamówienia obejmujący okres 12-15.12.2019 r., za co powinien otrzymać 40 punktów, co wprost wynika z rozdziału 16.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Zamawiający w treści powyższego rozdziału zawarł treść „Uwaga 1”, w której wskazuje, że „Wykonawca nie wskazując w formularzu oferty terminu realizacji otrzyma liczbę punktów równą 0 (zero), a Zamawiający przyjmie, iż Wykonawca oferuje maksymalny termin realizacji czyli 20.12.2019 r. W takim przypadku oferta Wykonawcy zostanie uznana jako ważna i zostanie poddana ocenie przez Zamawiającego.”. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający stawia w lepszej sytuacji wykonawcę, który nie wpisał w ogóle terminu realizacji zamówienia (uznając, iż oferuje maksymalny termin realizacji, tj. 20.12.2019 r.).

W tej sytuacji, jeżeli Zamawiający przyjął, zdaniem Odwołującego bezpodstawnie, iż nie można określić oferowanego terminu realizacji zamówienia, uznać należało, że wykonawca oferuje maksymalny termin realizacji zamówienia, gdyż termin 12-15.12.2019 r. niewątpliwie jest terminem następującym przed maksymalnym terminem realizacji zamówienia, co winno ewentualnie skutkować przyznaniem wykonawcy 0 punktów w kryterium „Termin realizacji projektu budowlanego”, czego Zamawiający nie uczynił, jednocześnie bezpodstawnie odrzucając jego ofertę, poprawnie złożoną. Dodatkowo, nawet w sytuacji, w której Zamawiający przyznałby Odwołującemu 0 punktów w kryterium „Termin realizacji projektu budowlanego”, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

W „Uwadze nr 2” w tym samym rozdziale specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że: „W przypadku zaoferowania terminu realizacji dłuższego niż 20.12.2019 r. oferta Wykonawcy zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ.”. Zaoferowany przez Odwołującego termin realizacji zamówienia jest terminem krótszym niż 20.12.2019 r., co powoduje, iż czynność odrzucenia oferty jest wadliwa.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie wypełniając ciężącego na nim obowiązku właściwego uzasadnienia dokonanej przez siebie czynności, gdyż nie zawarł w ogóle uzasadnienia prawnego dokonanej czynności, jednocześnie zawierając jedynie lakoniczne uzasadnienie faktyczne, co nie spełnia wymogu określonego w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania wyjaśnień treści złożonej oferty, w sytuacji, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do jej treści, jest podnoszony z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 lub 2. W przypadku powzięcia wątpliwości co do treści oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1, Zamawiający powinien był zażądać od wykonawcy wyjaśnień treści złożonej oferty, celem właściwego nadania punktów, czego jednak nie uczynił.

Zgodnie z orzecznictwem: „W sytuacji kiedy występują wątpliwości w zakresie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zamawiający są uprawnieni a wręcz zobligowani do skorzystania z art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty” (wyrok sygn. KIO 212/2018). „Należy podkreślić, iż w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uregulował instytucję wyjaśniania treści oferty przede wszystkim jako uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Uprawnienie to może się jednak przerodzić

w obowiązek Zamawiającego w sytuacji stwierdzenia przez niego występowania wątpliwości co do treści oferty złożonej przez danego wykonawcę, jeżeli może to mieć znaczenie dla ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty” (wyrok sygn. KIO 180/2018).

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty jest podnoszony przez Odwołującego z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1, 2 lub 3.

Nawet gdyby uznać, iż treść złożonej oferty przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie innej 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

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „Nie można wywieść z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, że omyłka oznacza wyłącznie przypadki tzw. niezawinionego błędu. Można co najwyżej przyjąć, że chodzi o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie woli objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią SIWZ, ale w rezultacie składa ofertę niezgodną z treścią SIWZ, nie zdając sobie z tego sprawy. Jako właściwy punkt wyjścia należy przy tym przyjąć założenie, że wykonawca składa ofertę w dobrej wierze z zamiarem ukształtowania jej treści w sposób odpowiadający treści SIWZ, zmierzając w ten sposób do uzyskania zamówienia publicznego. W konsekwencji w zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z treścią SIWZ” (wyrok sygn. KIO 665/13). „Nie ma żadnych przeszkód, aby oceniając możliwość poprawienia omyłki zamawiający wziął pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy, które nie zmieniają pierwotnego oświadczenia woli, a jedynie pozwalają upewnić się co do jego rzeczywistej treści. Wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy stanowią przewidziane w ustawie narzędzie pozwalające zamawiającemu uzyskać pewność co do tego, czy oferta podlega odrzuceniu, co samo w sobie nie może prowadzić do wniosku o naruszeniu zasad określonych w art. 7 ustawy” (wyrok sygn. KIO 2318/17).

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że kryteriami oceny ofert, zgodnie z punktem 16. specyfikacji istotnych warunków zamówienia były: cena o wadze 60% oraz termin realizacji o wadze 40%. W

kryterium „Termin realizacji projektu budowlanego” punkty miały być przyznane w odniesieniu do terminu realizacji zamówienia wskazanego w formularzu oferty. Jako maksymalny termin realizacji wskazano 20.12.2019 r., za który można było otrzymać 0 punktów. Natomiast pkt 16 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmiał następująco: termin realizacji 20.12.2019 – 0 pkt, 16-19.12.2019 – 20 pkt, 12-15.12.2019 – 40 pkt.

W formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapis dotyczący terminu realizacji zamówienia przedstawiał się następująco: „Oferuję realizację przedmiotu zamówienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia..... 2019 roku/maksymalnie do 20.12.2019 roku”.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty: oferta nr 1 złożona przez M.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.F. Pracownia Projektowa F-11, cena oferty 506.268,00 zł, termin realizacji 20.12.2019 r. oraz oferta nr 2 złożona przez Odwołującego, cena oferty 492.000,00 zł, termin realizacji 12-15.12.2019 r.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako podstawę takiej czynności podając art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wskazując, że Odwołujący nieprawidłowo, niezgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia określił termin realizacji zamówienia, wskazując zamiast konkretnej daty (terminu) – przedział czasowy. Tym samym z uwagi na brak możliwości ustalenia treści oferty Odwołującego Zamawiający odrzucił ofertę. Zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z przedstawionymi w odwołaniu zarzutami. Treść zarówno samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i formularza oferty jednoznacznie określała, jak wykonawcy powinni określić termin wykonania zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego sformułowanie „termin realizacji” nie było sformułowaniem powtarzalnym, które należało odnieść także do okresów realizacji zamówienia wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brzmienie punktu 16. lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie odgraniczało termin realizacji jako konkretną datę, tj. termin realizacji 20.12.2019, od okresów realizacji, przy których wskazanie jednej konkretnej daty skutkowało przyznaniem określonych wartości punktowych. Zresztą nawet w samej treści odwołania Odwołujący w sposób nieuprawniony zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodając do okresów realizacji określenie w nawiasach termin realizacji, którego nie było w treści specyfikacji, ponieważ nie taka była intencja Zamawiającego wyrażona właśnie poprzez brak określenia „termin”.

Zgodnie ze słownikową definicją tego pojęcia „termin” oznacza konkretną datę, w której należy wykonać daną czynność, w tym przypadku zakończyć realizację przedmiotu zamówienia. Taki sposób interpretacji kryterium wynikał też jasno z formularza oferty, w którym wykonawcy mieli podać konkretny dzień, do którego wykonają przedmiot

zamówienia. Nie można mieć wątpliwości, że dzień oznacza właśnie konkretną datę. Sformułowanie to stanowi spójne rozwiązanie w stosunku do zapisów przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że treść jego oferty była zgodna ze specyfikacją. Odwołujący określił termin realizacji zamówienia w sposób inny, niż był wymagany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i było to istotne odstępstwo od wymaganych zapisów. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możliwe jest, gdy rzeczona niezgodność treści oferty ze specyfikacją ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w specyfikacji oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieszczone). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zapisy stworzone przez Zamawiającego były jednoznaczne i klarowne, a drugi wykonawca uczestniczący w postępowaniu nie miał wątpliwości odnośnie ich interpretacji. Określenia te nie były również przedmiotem zapytań wykonawców składanych w trybie wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymaganie dotyczące określenia terminu wykonania przedmiotu zamówienia było jak najbardziej istotnym elementem oferty odnoszącym się w sposób jednoznaczny do treści samego zobowiązania.

Odwołujący nie zastosował się do literalnego brzmienia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wręcz przeciwnie, dokonał ich interpretacji niezgodnie ze znaczeniami pojęciowymi wynikającymi z języka polskiego. Skutkiem takiego działania było właśnie zaistnienie niezgodności pomiędzy zapisami specyfikacji a treścią oferty Odwołującego. Zgodnie bowiem z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy mieli podać konkretny termin wykonania zamówienia, natomiast Odwołujący wskazał zakres dat.

Nie istniała również żadna podstawa, aby uznać, że w sytuacji, gdy oferta wskazuje zakres czasowy, a nie konkretny termin, należałoby uznać, że termin realizacji zamówienia upływa z ostatnim dniem wskazanego okresu. Byłaby to nieuprawniona zmiana oświadczenia woli Odwołującego, niemająca żadnej podstawy prawnej lub faktycznej, a dodatkowo niekorzystna dla Zamawiającego z uwagi na dłuższy czas wykonania zamówienia w stosunku do pierwszej daty wskazanego okresu.

Także zarzut dotyczący braku wskazania podstawy prawnej w piśmie w sprawie odrzucenia oferty Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje o powodach prawnych i faktycznych odrzucenia ofert, co też zostało uczynione w niniejszej sprawie. Zamawiający wprost powołał się na przepis prawa uzasadniający odrzucenie oferty, który stanowił podstawę prawną dokonanej czynności. Zamawiający uzasadnił zastosowanie wskazanej podstawy prawnej poprzez odniesienie do oferty Odwołującego i konkretnych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym szczegółowo przedstawiono Odwołującemu przyczyny, które doprowadziły Zamawiającego do oceny, że oferta Odwołującego nie może zostać uznana za zgodną ze specyfikacją. Nie można się zgodzić, że było to uzasadnienie lakoniczne. Zamawiający wskazał wszystkie istotne okoliczności faktyczne i prawne, które wpłynęły na jego decyzję o odrzuceniu oferty. Fakt, że uzasadnienie było krótkie, nie oznacza, że nie było wystarczające. Tym bardziej, że właśnie w oparciu o te powody Odwołujący złożył skuteczne odwołanie.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania do wyjaśnień treści oferty Zamawiający wskazał, że żądanie wyjaśnień od wykonawców w toku oceny ofert jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Ponadto, chociaż stosowanie instytucji wyjaśnień treści oferty może dotyczyć każdego elementu oferty, nie jest ono nieograniczone w swej treści, gdyż niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących treści złożonych ofert, a także dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, z zastrzeżeniem możliwości poprawy omyłek w zakresie wskazanym w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odnosząc te przepisy do przedmiotowego postępowania należy po pierwsze zauważyć, że głównym celem określenia terminu realizacji zamówienia nie jest, jak można byłoby wywnioskować z treści zarzutu Odwołującego, przyznanie punktów w kryterium oceny ofert, lecz ustalenie treści oferty jako zobowiązania wykonawcy.

Zatem ewentualne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, chociaż akurat w tym przypadku nie wpłynęłyby na punktację w kryterium oceny ofert, to istotnie zmodyfikowałyby treść pierwotnego oświadczenia wykonawcy, co mogłoby zostać uznane za negocjacje treści samej oferty. Wykonawca w takiej sytuacji mógłby wskazać dowolny dzień ze wskazanego okresu realizacji, co mogłoby nie mieć znaczenia z punktu widzenia przyznawania punktów w kryterium oceny ofert, ale jest istotną zmianą oświadczenia woli Odwołującego, mającą znaczenie przy realizacji zamówienia. We wzorze umowy stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w terminie podanym zgodnie z ofertą, Zamawiający nałoży wykonawcy karę umowną. Tym samym, gdyby Zamawiający skorzystał z zapisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, doprowadziłoby to do sytuacji, w której Odwołujący, znając już inne złożone

oferty, wybiera sobie konkretną datę realizacji zamówienia, co mogłoby zostać uznane za negocjacje treści oferty. Zatem zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby w tym przypadku przekroczeniem granicy dopuszczalnych wyjaśnień treści oferty.

Wyjaśnienia co do zasady mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty. Zakazane jest natomiast prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty oraz dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy przez to rozumieć, że wyjaśnienia treści oferty nie mogą doprowadzić do sytuacji, w której oferta wykonawcy uległaby zmianie. Należy podkreślić, że dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty. Dopuszczenie zmiany informacji, na których podstawie miał być ustalony ranking ofert, oznaczałoby także naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto w orzecznictwie wskazuje się, że w przypadku, gdy wyjaśnieniom podlegać miałyby oświadczenie będące elementem oceny w kryterium oceny ofert, to do zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy podejść ze szczególną ostrożnością. Nie można uznać, że sama okoliczność złożenia oferty w dobrej wierze ma zastępować jej przygotowanie zgodnie z jasno określonymi wymaganiami zamawiającego.

W niniejszej sprawie Odwołujący niewątpliwie dokonał błędnej interpretacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkującej złożeniem oferty nieodpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Nieodpowiednie przygotowanie oferty nie powinno obciążać Zamawiającego, który nie powinien być zmuszany do dodatkowych czynności w sytuacji, gdy wyjaśnienie niejasności oświadczenia woli Odwołującego doprowadziłoby do konieczności złożenia oświadczenia o nowej treści (nowej oferty). Przepisy art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służą wyjaśnianiu wątpliwości zamawiającego, nie zaś uzupełnianiu ofert czy niwelowaniu skutków niedbałego bądź niejednoznacznego sformułowania treści ofert.

W świetle powyższych argumentów znaczenie traci również zarzut dotyczący art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – możliwe jest bowiem poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia pod warunkiem, że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowej sytuacji błędne określenie terminu przez Odwołującego mogłoby zostać uznane za inną omyłkę, jeśli jest to omyłka możliwa do poprawy zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Nie każda

bowiem sytuacja niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia może być sanowana poprzez poprawę omyłki. W ofercie Odwołującego Zamawiający nie byłby w stanie zrekonstruować terminu realizacji zamówienia bez zwrócenia się o wyjaśnienia do Odwołującego, co stanowiłoby niedozwolone negocjacje treści oferty i skutkowałoby istotną zmianą jej treści.

O możliwości poprawienia omyłki rozstrzyga odpowiedź na pytanie, czy po poprawieniu wad oferty jej treść zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. Poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla ustawy Prawo zamówień publicznych przepisem dotyczącym wykładni oświadczeń woli – nie może natomiast posłużyć jako instrument zmiany takiego oświadczenia (wyrok sygn. KIO 1383/19), czy też wykonawca nie może dokonywać zmiany (korekty) treści oferty po upływie terminu składania ofert. Treść oferty może podlegać poprawie wyłącznie w procedurze przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwe, gdy mamy do czynienia z omyłką, a zatem działaniem niezamierzonym, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawienia takiej omyłki może dokonać wyłącznie Zamawiający w oparciu o treść złożonej oferty. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty. Zatem zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty, co byłoby sprzeczne z zakazem wskazanym w tym przepisie.

Zatem oferta Odwołującego w zakresie określenia terminu realizacji zamówienia nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co Zamawiający wskazał w piśmie dotyczącym odrzucenia oferty, a zastosowanie instytucji wyjaśnień treści oferty lub poprawa jej treści w zakresie niezgodności jako omyłki, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych doprowadziłoby do zmiany pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy w sposób istotny (złożenia nowej oferty) i byłoby to działanie sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

III 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. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucił ofertę Odwołującego jako

niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na wskazanie w formularzu ofertowym terminu realizacji zamówienia jako „12-15.12.2019 r.”

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie 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 uznać za zgodną ze specyfikacją, ewentualnie po uzyskaniu wyjaśnień Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych lub dokonaniu jej korekty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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.

Oferta Odwołującego została sporządzona na przygotowanym przez Zamawiającego formularzu oferty stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający zawarł zapis: „Oferuję realizację przedmiotu zamówienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 2019 roku/maksymalnie do 20.12.2019 roku”. Po uzupełnieniu przez Odwołującego prezentował się on następująco: „Oferuję realizację przedmiotu zamówienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 12-15.12.2019 roku/~~maksymalnie do 20.12.2019 roku~~”.

Wskazanie „12-15.12.2019 r.” zostało zaczerpnięte z rozdziału 16. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, kryterium „Termin realizacji projektu budowlanego”. Punkty w tym kryterium miały być przyznane na podstawie terminu realizacji zamówienia określonego w ofercie, w następujący sposób: maksymalny termin realizacji – do 20.12.2019 r. – 0 pkt, 16-19.12.2019 – 20 pkt, 12-15.12.2019 – 40 pkt.

Przy czym, zgodnie z dalszymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przypadku: 1) oferty, w której nie wskazano żadnego terminu wykonania, miało zostać przyznane 0 punktów z domniemaniem zaoferowania terminu wykonania 20.12.2019 r.; 2) oferty, w której wskazano termin wykonania dłuższy niż 20.12.2019 r. – miała ona zostać odrzucona; 3) oferty, w której wskazano termin wykonania krótszy niż 12.12.2019 r. – Zamawiający miał uznać, że zaoferowano termin 12.12.2019 r. i taki termin wpisać do umowy.

Jak wynika z powyższych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający oczekiwał od wykonawców zaoferowania mu wykonania przedmiotu zamówienia w terminie nie krótszym niż 12 grudnia, a nie dłuższym niż 20 grudnia 2019 r. Jak wynika z jego stanowiska prezentowanego w postępowaniu odwoławczym, oczekiwał on, że wykonawcy w ofercie wskażą termin jako datę dzienną w postaci jednego dnia. Można to też wnioskować z treści formularza ofertowego, w którym zawarł określenie „do dnia”.

Jednak, w ocenie Izby, w zaistniałym stanie faktycznym wskazanie przez Odwołującego terminu wykonania w postaci zakresu dni 12-15 grudnia 2019 r. nie jest błędne i nie skutkuje ani niejasnością czy nieważnością oświadczenia woli, ani koniecznością odrzucenia oferty.

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 Kodeksu cywilnego, 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 wymaga więc żadnej szczególnej interpretacji ponad swoją treść.

W ocenie Izby z oświadczenia tego wynika jednoznacznie, że Odwołujący zobowiązał się dostarczyć zamawiany projekt między 12 a 15 grudnia 2019 r., co mieściło się w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach granicznych 12 – 20 grudnia. Ze względu zaś na fakt, że w niniejszym wypadku jako data wykonania istotna jest data końcowa, z powyższego oświadczenia wynika, że nieprzekraczalnym terminem wykonania jest 15 grudnia 2019 r. I tak też należało zinterpretować oświadczenie Odwołującego i taką datę wpisać do przyszłej umowy. Jakkolwiek, gdyby Zamawiający zawarł w umowie zakres 12-15 grudnia 2019 r., również nie stanowiłoby to błędu prawnego, bowiem interpretacja oświadczenia zawartego w umowie byłaby taka sama.

Jeśli chodzi zaś o naliczanie kar umownych za nieterminowe wykonanie, to również ono nie jest problemem, gdyż przy wskazaniu zakresu dat 12-15 grudnia jest ono takie samo, jak przy wskazaniu daty 15 grudnia, czyli od 16 grudnia. Jakkolwiek akurat w niniejszym przypadku, ze względu na to, że 15 grudnia to niedziela, faktycznym terminem wykonania, zgodnie z art. 115 Kodeksu cywilnego byłby poniedziałek 16 grudnia, a kary mogłyby być naliczane od 17 grudnia.

Zasadniczo jedyną praktyczną różnicą, która wynikałaby ze wskazania w umowie daty 15 grudnia i zakresu dat 12-15 grudnia, byłaby sytuacja, w której wykonawca chciałby dostarczyć Zamawiającemu gotowy projekt przed 12 grudnia, a Zamawiający nie chciałby tego projektu przed 12 grudnia odebrać. Jednak akurat ta kwestia nie jest przedmiotem sporu.

Wskazany zakres dat przynależy także do jednego przedziału punktacji w kryterium oceny ofert „Termin realizacji projektu budowlanego”, wobec powyższego nie występuje tu wada oferty w postaci niemożności jej jednoznacznej oceny w kryterium oceny ofert. Tym samym zarówno za wskazanie dnia 12, 13, 14 czy 15 grudnia oferta uzyskałaby 40 punktów.

W związku z powyższym Izba nie znajduje podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – w postaci niezgodności merytorycznej zaoferowanego świadczenia ze świadczeniem wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też potrzeby wyjaśnienia treści oferty (jest ona jasna w postaci złożonej), czy też jej korygowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia prawnego odrzucenia oferty oraz lakoniczne uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego – z przywołanego przepisu wynika, że zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach takiego odrzucenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zakres informacji oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego, ich obszerność, zależy od danej sytuacji – ma on identyfikować czynność zamawiającego i wyjaśniać jej powody.

W niniejszej sytuacji Zamawiający wskazał, że zastosowane wskazanie terminu realizacji zamówienia nie pozwala Zamawiającemu określić, jaka jest treść złożonej oferty oraz jaki termin realizacji został zaofferowany przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu.

Z informacji tej wynika więc, że złożone przez Odwołującego oświadczenie jest niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, gdyż nie odnosi się do daty dziennej w postaci określenia jednego dnia. Niewątpliwie uzasadnienie to jest nadmiernie lakoniczne, choć pomimo wszystko daje wykonawcy obraz, dlaczego jego oferta została odrzucona, choć może się z tym uzasadnieniem nie zgadzać, co jest inną kwestią.

Jakkolwiek należy zauważyć, że pisemne wyjaśnienie w praktyce ma nie tylko wymiar informacyjny dla wykonawcy, lecz jego sporządzenie także pozwala zamawiającemu zebrać i uporządkować argumentację dotyczącą powodów dokonania danej czynności (dlaczego dany wykonawca postąpił nieprawidłowo), a tym samym zweryfikować również poprawność czynności odrzucenia oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając 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. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 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 7.500 złotych, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 złotych, koszty jego dojazdu w wysokości 349,53 złotych oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 51 złotych.

Przewodniczący: