

WYROK

z dnia 2 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie Koźlu oraz Rybnickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. w Rybniku** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Rybnik**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie Koźlu** oraz **Rybnickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. w Rybniku** i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym poprawienie omyłki w ofercie odwołującego w zakresie dotyczącym terminu gwarancji na wykonanie oznakowania pionowego z 36 miesięcy na 60 miesięcy oraz ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w uwzględnieniu oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Rybnik** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców**

wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie Koźlu oraz Rybnickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Miasta Rybnik** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1818/11

Uzasadnienie

Miasto Rybnik zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na roboty budowlane polegające na przebudowie ulicy Raciborskiej (w km 0+700 do 2+680) oraz budowie miejskiej sieci szerokopasmowej w ciągu ulicy Raciborskiej w Rybniku (w km 0+600 do 2+680).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2011 r. pod numerem 188169 zmienione ogłoszeniem z dnia 11 lipca 2011 r. o numerze 189285 oraz ogłoszeniem z dnia 21 lipca 2011 r. o numerze 198767.

W dniu 18 sierpnia 2011 r. pismem z dnia 17 sierpnia 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. w Kędzierzynie Koźlu oraz Rybnickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. w Rybniku (dalej „odwołujący”) o odrzuceniu ich oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WPRInż S.A. w Rybniku.

Dnia 23 sierpnia 2011 r. pismem z dnia 22 sierpnia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując w dniu 22 sierpnia 2011 r. zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołujący zakwestionował odrzucenie jego oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego oraz o powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) zamawiający zastrzegł m.in., że:

- 1) wykonawca jest zobowiązany do udzielenia minimum 60 miesięcznej gwarancji na wykonane roboty budowlane i oznakowanie pionowe oraz minimum 36 miesięcznej gwarancji na oznakowanie poziome grubowarstwowe, licząc od dnia odbioru końcowego (akapit 6 na str. 5 siwz);
- 2) jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (pkt XII na str. 13 siwz).

Odwołujący w swojej ofercie:

- 1) zaoferował wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania zgodnie z wymogami siwz;
- 2) zobowiązał się, że w przypadku wyboru jego oferty, podpisze umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach zawartych w siwz, w miejscu i terminie wskazanym przez zamawiającego;
- 3) określił liczony od dnia odbioru końcowego termin udzielonej gwarancji na poszczególne elementy zamówienia będącego przedmiotem postępowania następująco:
 - a) roboty drogowe - 60 miesięcy, oznakowanie poziome grubowarstwowe - 36 miesięcy, a więc zgodnie z odnośnymi minimalnymi terminami zastrzeżonymi przez zamawiającego w siwz,
 - b) oznakowanie pionowe - 36 miesięcy, a więc poniżej odnośnego minimalnego terminu zastrzeżonego przez zamawiającego w siwz.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2011 r., przesłanym odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 18 sierpnia 2011r., zamawiający zawiadomił odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści siwz, ponieważ zaoferowany w tej ofercie trzydziestosześcioletni okres gwarancji na oznakowanie pionowe jest niższy od wymaganego przez zamawiającego okresu sześćdziesięcioletniego;

Uwzględnwszy przytoczone okoliczności faktyczne zamawiający argumentował, iż z faktu, że odwołujący w swojej ofercie:

1) z jednej strony zaoferował wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania i zobowiązał się, w razie wyboru jego oferty, do zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia na warunkach zawartych w siwz, przewidujących udzielenie przez wykonawcę minimum sześćdziesięcioletniej gwarancji na roboty drogowe i oznakowanie pionowe i trzydziestosześcioletniej gwarancji na oznakowanie poziome grubowarstwowe oraz zadeklarował zgodnie z tymi wymogami zamawiającego udzielenie sześćdziesięcioletniej gwarancji na roboty drogowe i trzydziestosześcioletniej gwarancji na oznakowanie poziome grubowarstwowe;

2) z drugiej strony zadeklarował udzielenie trzydziestosześcioletniej gwarancji na oznakowanie pionowe, a więc na okres krótszy niż wymagany przez zamawiającego w siwz, a wynoszący minimum 60 miesięcy,

logicznie wynika, że odwołujący omyłkowo określił w swojej ofercie termin gwarancji na oznakowanie pionowe na 36 miesięcy zamiast wymaganych przez zamawiającego w siwz 60 miesięcy.

Dalej odwołujący wskazał, iż ustalenia wymaga kwestia charakteru powyższej opisanej omyłki w ofercie odwołującego w kontekście treści przepisu art. 87 ust. 2 Pzp. Odwołujący argumentował, iż w świetle definicji oczywistych omyłek pisarskich i oczywistych omyłek rachunkowych, utrwalonej w orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym zamówień publicznych, nie będzie można omyłki w ofercie odwołującego uznać za oczywistą omyłkę pisarską lub oczywistą omyłkę rachunkową. W tej sytuacji odwołujący stwierdził, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, iż w swojej ofercie popełnił „inną omyłkę”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjaśnił, iż omyłka odnosząca się do podania niezgodnego (krótszego niż wymagany) z treścią siwz okresu gwarancji miała taki charakter, że zamawiający mógł dokonać jej poprawienia, poprzez wpisanie do oferty odwołującego sześćdziesięcioletniego terminu gwarancji na oznakowanie pionowe zamiast omyłkowo zadeklarowanego terminu trzydziestosześcioletniego, samodzielnie, bez udziału w tej czynności odwołującego, który w swojej ofercie zadeklarował wyraźnie, że wykona zamówienie będące przedmiotem postępowania i zawrze umowę w sprawie tego zamówienia na warunkach zawartych w siwz, przewidujących m.in. udzielenie przez wykonawcę minimum sześćdziesięcioletniej gwarancji na wykonanie oznakowania pionowego. Zdaniem odwołującego takie poprawienie przez zamawiającego omyłki w ofercie odwołującego nie generowało istotnej zmiany treści jego oferty, ponieważ nie skutkowało zmianą oceny ofert z punktu widzenia przyjętych w siwz kryteriów oceny ofert, obejmujących

wyłącznie wysokość oferowanej ceny za wykonanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a nie długość deklarowanych terminów gwarancji jakości poszczególnych elementów tego zamówienia. Tym samym poprawienie omyłki zgodnie z żądaniem odwołania nie zmieniałoby miejsca oferty odwołującego w rankingu ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący wyraził pogląd, iż odstępując od poprawienia omyłki w jego ofercie i odrzucając ją jako nieodpowiadającą swą treścią treści siwz zamawiający naruszył przepisy art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez co naruszył również przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 1 września 2011 r. zamawiający pismem z dnia 31 sierpnia 2011 r. odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie argumentując, iż niezgodności z treścią siwz stwierdzonej przez zamawiającego w ofercie odwołującego nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Stwierdził, iż oferta odwołującego zawiera istotną niezgodność z siwz i jako taka, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlegała odrzuceniu. Odnośnie kwestii istotności zmian, jakie zamawiający może poprzez poprawki omyłek wykonawców wprowadzić do oferty powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, iż jedną z podstaw oceny „istotności” poprawy dokonywanej w tym trybie w ofercie jest wartość (wielkość) zmienianego w ramach omyłki elementu oferty w stosunku do całego zamówienia. Zatem skoro ewentualna zmiana treści oferty wynosiłaby prawie 50% okresu gwarancji odnośnie jednego z elementów przedmiotu zamówienia, jaki był wymagany w siwz, nie można niezgodności zakwalifikować jako nieistotna. Czasokres świadczeń gwarancyjnych stanowi istotny element treści oferty składanej w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem zamawiającego dopuszczona art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ingerencja w treść oferty może być możliwa jedynie w przypadku, gdy poprawa dokonana przez zamawiającego nie będzie prowadziła do zmiany zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, co nie ma w przedmiotowej sprawie miejsca. Zwrócił uwagę zamawiający, iż nie tylko wykonawcy, ale przede wszystkim zamawiający jest zobowiązany przestrzegać zapisów siwz i w jednakowy sposób je stosować w stosunku do wszystkich wykonawców. Dowodził, iż celem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest poprawienie drobnych omyłek, nie zaś usuwanie ewentualnych błędów będących wynikiem braku należytej staranności, do której wykonawcy są szczególnie zobowiązani. Zamawiający nie miał podstaw do dokonania zmiany oferty w zakresie samowolnego wydłużenia proponowanego przez odwołującego okresu gwarancji, gdyż mogłoby to zostać uznane za dokonanie zmiany treści oferty. Zaznaczył zamawiający, że nie mógł samodzielnie dokonać poprawy omyłki bez udziału odwołującego w tej czynności, ponieważ w siwz określono minimalny termin gwarancji, więc zamawiający nie mógł na podstawie własnych domniemań i przypuszczeń określić, jaki okres

gwarancji odwołujący „miał na myśli”. Dodał, iż zgodnie z Pzp oraz przepisami prawa cywilnego to oświadczenie woli wykonawcy stanowiące ofertę oraz jej przyjęcie przez zamawiającego poprzez wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, ma doniosłe znaczenie prawne i powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Podniósł, iż przepis art. 87 ust. 1 Pzp wprost zakazuje prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści w tym trybie. Każdy z wykonawców wypełniając ofertę na wzorze podanym w załączniku nr 1 do siwz miał możliwość samodzielnego wpisania okresu gwarancji (zamawiający określił w siwz minimalny okres gwarancji jaki wymaga od wykonawcy), co też odwołujący uczynił. Fakt wpisania przez odwołującego 36 miesięcznego okresu gwarancji na oznakowanie pionowe nie uprawnia go do żądania, aby zamawiający badał, co było jego zamiarem i dostosowywał treść złożonego przez niego w ofercie wyraźnego oświadczenia woli, do wymagań określonych przez zamawiającego w siwz. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający stwierdził, iż ogólna deklaracja wykonawcy o zgodności czy to treści oferty z siwz, czy też woli zawarcia umowy zgodnej z siwz nie ma pierwszeństwa wobec jednoznacznej i odmiennej treści oferty złożonej w postępowaniu. Nawet jednak jeśli przyjąć, że w trakcie wpisywania wartości okresu gwarancyjnego do oferty doszło do omyłki, to i tak omyłka ta nie mogłaby zostać poprawiona ze względu na fakt, że należałoby traktować ją jako omyłkę istotną, a ponadto jakakolwiek korekta okresu gwarancji wpisanego przez wykonawcę powodowałyby zmianę treści oferty, co jest niedopuszczalne. Odwołujący będąc profesjonalistą winien mieć niezbędną wiedzę i świadomość konsekwencji składanych oświadczeń w postępowaniu. Wobec powyższego powinien dochować należytej staranności, zwłaszcza wobec tak istotnych elementów oferty, jak czasookres udzielonej i wymaganej gwarancji.

Na rozprawie w dniu 2 września 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny niniejszej sprawy nie jest pomiędzy stronami sporny, a jej okoliczności w zgodzie z rzeczywistością zostały przytoczone w zreferowanym powyżej odwołaniu oraz odpowiedzi zamawiającego na odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie.

Osią sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Rozstrzygnięcia wymaga, czy w stanie faktycznym sprawy zamawiający zobowiązany był, na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do poprawienia podanego w ofercie odwołującego okresu gwarancji na wykonane oznakowanie pionowe z 36 miesięcy na 60 miesięcy.

Za pierwszorzędne Izba uważa podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. W tym miejscu Izba za zasadne uważa powołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażonego w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył powierzyć realizację zamówienia.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone

nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 Pzp, z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego („w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert”) trzeba podkreślić – zgodnie z ugruntowanym i jednolitym orzecznictwem Izby - iż skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone nieścisłości mają skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 Pzp i prowadzić by mogło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza.

W przekonaniu Izby – wbrew twierdzeniom zamawiającego – art. 87 ust. 1 Pzp nie stanowi bezwzględnego zakazu ingerowania przez zamawiającego w treść oferty wykonawcy. Granice dopuszczalnej ingerencji określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). Jednakże z żadnego przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawiania wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09) „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści” (tak też wyroki KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11).

Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obarczone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż przepis art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp obliguje zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z siwz ma charakter omyłki oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Nie jest sporny zakres niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Strony różnią się co do oceny, czy została przez odwołującego popełniona „inna omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz czy jej poprawienie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty.

Izba wyraża pogląd, iż przesłanki zastosowania powołanego przepisu w odniesieniu do oferty odwołującego zostały spełnione.

Zdaniem Izby w okolicznościach faktycznych sprawy niezgodność treści oferty odwołującego z treścią siwz w zakresie oferowanego okresu gwarancji na oznakowanie pionowe (36 miesięcy zamiast minimum 60 miesięcy) stanowi niezgodność z siwz, którą należy zakwalifikować jako „inną omyłkę” określoną w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Za przedstawionym poglądem przemawia fakt, iż celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z siwz. Wola odwołującego złożenia takiej oferty została wyrażona w formularzu ofertowym, w którym zadeklarował realizacją zamówienia zgodnie z siwz. Trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści siwz. Stąd nie sposób zgodzić się z poglądem zamawiającego, zgodnie z którym określenie trzydziestosześcioletniego okresu gwarancji na oznakowanie pionowe musiało stanowić przejaw świadomego działania wykonawcy - oświadczenia o zamiarze wykonania zamówienia w sposób odmienny aniżeli wymagany w siwz, które nie może być rozpatrywane w kategorii omyłki. W niniejszej sprawie nieprawidłowy okres gwarancji jest jedyną niezgodnością w treści oferty z treścią siwz, którą zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany był wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Trudno wyobrazić sobie sytuację, iż wykonawca świadomie w zakresie dotyczącym okresu gwarancji, składa oświadczenie woli niezgodne z treścią siwz. Tym samym zamawiający powinien powziąć wątpliwość, co do rzeczywistych intencji wykonawcy i wystąpić w tym zakresie o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W związku z określeniem w siwz wymaganego okresu gwarancji na minimum 60 miesięcy w toku wyjaśnień zamawiający zostałby przez odwołującego poinformowany, czy istotnie, jego zamiarem było zaoferowanie okresu gwarancji na oznakowanie pionowe – 36 miesięcy, a jeśli nie – jaki okres gwarancji chciał zaoferować. Jak wynika z treści odwołania intencją odwołującego było zaoferowanie w kwestionowanym zakresie okresu gwarancji zgodnego z siwz tj. 60 miesięcy.

Pozostaje do rozstrzygnięcia, czy w realiach sprawy poprawa stwierdzonej omyłki powodowałaby istotne zmiany w treści oferty.

Izba wyraża pogląd, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym stwierdzoną niezgodność treści oferty z treścią siwz należało ocenić jako nieistotną. Pojęcie „istotności zmian treści oferty”, o którym mowa we wskazanym przepisie, trzeba analizować uwzględniając całokształt okoliczności sprawy. Okres gwarancji jest niewątpliwie ważnym, lecz jednym z wielu elementów zobowiązania wykonawcy, na które składa się także m.in. wynagrodzenie, termin realizacji zamówienia, termin usunięcia wad czy zakres przedmiotowy (wszystkie powołane elementy stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy – ofertę). Zatem dla oceny istotności zmiany oferty w stosunku do jej pierwotnego brzmienia mogą mieć znaczenie czynniki takie jak zakres zmiany w stosunku do całości oferty. Zakres zmiany w stosunku do całokształtu oferty obejmuje w niniejszej sprawie jej niewielki wycinek. Zatem poprawkę dotyczącą okresu gwarancji na oznakowanie pionowe uznać należało za nieistotną, bowiem dotyczy tylko jednego z trzech określonych odrębnie przez zamawiającego dla robót budowlanych (minimum 60 miesięcy), oznakowania pionowego (minimum 60 miesięcy) oraz oznakowania poziomego grubowarstwowego (minimum 36 miesięcy), okresów gwarancji.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku polega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11). Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, obejmującego duże przedsięwzięcie - robotę budowlaną polegającą na przebudowie ulicy Raciborskiej oraz budowie miejskiej sieci szerokopasmowej w ciągu ulicy Raciborskiej w Rybniku poprawienie niezgodności oferty z siwz postulowane w odwołaniu uznać należy za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym.

Odwołujący na poparcie tezy, iż poprawienie omyłki co do okresu gwarancji nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty powoływał fakt, iż okres gwarancji nie podlegał ocenie w kryterium oceny ofert. Zdaniem Izby okoliczność ta pozostaje irrelevantna z punktu widzenia dopuszczalności dokonania przedmiotowej poprawki. Ocenie podlega, czy poprawa niezgodności oferty z treścią siwz skutkować będzie istotnymi zmianami treści oferty, a nie pozycją oferty w rankingu (zmianą wyniku postępowania).

Odnosząc się do przedłożonych na rozprawie przez odwołującego dwóch specyfikacji istotnych warunków zamówienia z postępowań prowadzonych przez zamawiającego na przebudowę ulicy Podmiejskiej oraz budowę łącznika uli Tkoczów – Małachowskiego (w powoływanych postępowaniach odwołujący złożył oferty), w których okres gwarancji na oznakowanie pionowe ustalony został przez zamawiającego na 36 miesięcy, co miałyby stanowić powód podania omyłkowo także 36 okresu gwarancji na oznakowanie pionowe w niniejszej sprawie, trzeba zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż w każdym postępowaniu, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia swoje oczekiwania, które wykonawcy zobowiązani są uwzględniać składając ofertę. Zatem wskazanie w innych postępowaniach 36 miesięcznego okresu gwarancji na oznakowanie pionowe nie usprawiedliwia złożenia oferty niezgodnej z treścią siwz w przedmiotowym postępowaniu.

Konkludując Izba uznała, iż odwołujący zasadnie zakwestionował odrzucenie jego oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki w zakresie okresu gwarancji na oznakowanie pionowe, zatem wskazane w odwołaniu uchybienia przepisom ustawy potwierdziły się. Wymaga zaakcentowania, iż każdorazowo, gdy zamawiający niezasadnie dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

