

**WYROK**  
z dnia 20 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Profil G. P. z siedzibą we Wrocławiu oraz R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Grupa Projektowa G7 R. W. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Polską Spółkę Gazownictwa Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie**

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Profil G. P. oraz R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Grupa Projektowa G7 R. W. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Profil G. P. oraz R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Grupa Projektowa G7 R. W. tytułem wpisu od odwołania.****

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 Tarnowie.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Polska Spółka Gazownictwa Spółka z o.o. (Oddział Zakład Gazowniczy we Wrocławiu) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie dokumentacji projektowych przyłączy gazowych, odcinków gazociągów zasilających na terenie działania Oddziału Zakładu Gazowniczego we Wrocławiu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 sierpnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 158-391722. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Profil G. P. oraz R. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Grupa Projektowa G7 R. W. wniósł odwołanie, w zakresie części nr 9 zamówienia, wobec:

1. dokonania wadliwej oceny ofert zawierających ofertę podlegającą odrzuceniu,
  2. zaniechania odrzucenia oferty podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tj. CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa wobec złożenia oferty na nieaktualnym formularzu oferty, zgodnie z treścią wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
  3. dokonania korekty oferty z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie oferty CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa,
  4. dokonania czynności wyboru oferty w sytuacji, gdy jedna z ofert, wobec złożenia jej na nieaktualnym formularzu, powinna zostać odrzucona wobec braku możliwości porównania oferty z innymi ofertami podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4, 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa wobec złożenia oferty na formularzu innym niż określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie korekt w ofercie złożonej przez CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 9,

2. dokonania ponownej oceny ofert,
3. odrzucenia oferty CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa,
4. dokonania ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenia kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożył ofertę dla części nr 9.

Analiza dokumentacji złożonej przez poszczególne podmioty wskazuje, że CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa złożyła ofertę na nieaktualnym formularzu ofertowym, bowiem treść oferty i wzoru formularza ofertowego zawiera istotne rozbieżności uniemożliwiające porównanie oferty, gdy jedynym kryterium wyboru jest cena. Powoduje to nieporównywalność ofert, co uniemożliwiło ich prawidłową ocenę.

W treści oferty złożonej przez CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa w poz. 12. „Cena ryczałtowa za badanie geologiczne gruntu (odwiert geologicznego)” wykonawca ten wskazał cenę jednostkową w kwocie 6000 zł netto. Tymczasem obowiązkiem wykonawców było wskazanie ceny według opisu: „Cena jednostkowa za badania geologiczne gruntu (minimum 3 odwierty geotechniczne wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji)”.

W ocenie Odwołującego CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa złożyła ofertę z naruszeniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis sposobu przygotowania ofert, a w szczególności punkt 12.1 i 12.5. Tym samym Zamawiający dokonał oceny ofert, które zawierają różne kryteria cenowe i uniemożliwiają wyłonienie oferty stanowiącej cenę najkorzystniejszą.

Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Brzmienie tej regulacji nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, jeśli tylko zaliczyć ją można do katalogu określonego w przywołanym przepisie. Jednocześnie zakres błędu uniemożliwia przyjęcie powyższej rozbieżności za oczywistą omyłkę pisarską lub rachunkową lub też nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. O ile bowiem treść oferty w powiązaniu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdzie zamawiający definiuje oczekiwane świadczenie, musi odzwierciedlać oczekiwania zamawiającego, to dodatkowo definiuje proponowany przez ubiegającego się o udzielenie zamówienie zakres rzeczowy świadczeń potencjalnego wykonawcy w ramach przyszłej umowy. Wyłącznie „równość rzeczowa” ofert powoduje, że stają się one porównywalne, a wyłącznie oferty porównywalne podlegają ocenie w oparciu o kryterium wyboru, jakie Zamawiający zastrzegł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tym samym w ocenie Odwołującego doszło do istotnego naruszenia przepisów ustawy.

W ramach dokonanego wyboru Zamawiający zawiera umowy ramowe z maksymalnie 5 wykonawcami na wykonanie dokumentacji projektowej zlecanej na bieżąco, przy czym pierwszeństwo w realizacji jednostkowego zlecenia ma ten wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą stosownie do postanowień punktów 4.11-4.14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonanie wyboru wykonawców z jednoczesnym zaszeregowaniem pierwszeństwa zmniejsza prawdopodobieństwo powierzenia wykonania prac projektowych Odwołującemu i naraża go na wyrządzenie szkody majątkowej w tym zakresie.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia przebiegało w następujący sposób: Zamawiający przygotował specyfikację istotnych warunków zamówienia m.in. z załącznikiem nr 1 – formularz oferty. Pismem z 5 września 2019 r. udzielił odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące konieczności zmiany formularza ofertowego i opisu przedmiotu zamówienia: „Pytanie 4. Zwracamy się z prośbą o sprecyzowanie określenia <<cena ryczałtowa za badanie geologiczne gruntu (odwiert geotechniczny)>>, gdyż w zależności od sytuacji, wymagane jest wykonanie odwiertów o różnej głębokości, ponadto najczęściej wraz z odwiertami wymagane jest sporządzenie opinii geotechnicznej a czasami projektu geotechnicznego, które znacząco różnią się ceną (np. 1000 zł za opinię i 3000 zł za projekt geotechniczny). Odpowiedź: W związku z tym, iż wielkość badań geotechnicznych zależy od wielu czynników, w skalkulowanej cenie należy uwzględnić do 3 odwiertów geotechnicznych, niezależnie od głębokości. Cena z tytułu opracowania dokumentacji powinna obejmować wszelkie koszty jakie poniesie Wykonawca.” oraz zmienił treść formularza ofertowego dla wszystkich części i opisu przedmiotu zamówienia. Pozycja 12. tabeli formularza ofertowego otrzymała brzmienie: „Cena ryczałtowa za badanie geologiczne gruntu (minimum 3 odwierty geotechniczne wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji).”, a § 6 ust. 1 pkt 12 opis przedmiotu zamówienia brzmienie: „... zł (słownie: ...) badania geologiczne gruntu (minimum 3 odwierty geotechniczne wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji)”.

W związku z innymi pytaniami Zamawiający zmienił też opisy pozycji 6-9 tabel formularza ofertowego oraz § 6 ust. 1 pkt 6-9 opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający udzielił również odpowiedzi na pytanie nr 41: „Pytanie 41. Wnioskujemy o: 1. Poprawienie omyłki pisarskiej: W treści załącznika nr 1 do SIWZ w tabeli poz. 12 wpisano: wpisano błędnie w tabeli poz. 12 <<Cena ryczałtowa za badanie geologiczne (odwiert

geotechnicznego)>>, powinno być w tabeli poz. 12 <<Cena ryczałtowa za badanie geologiczne (odwiertu geotechnicznego)>>. 2. Zwracamy jednocześnie uwagę, że w celu prawidłowego wykonania rozpoznania geotechnicznego gruntu niezbędne jest wykonanie co najmniej 2 lub 3 otworów geotechnicznych w zależności od ustalanych w trakcie wykonywania tych badań otworów o różnej głębokości. Dla zadań objętych przedmiotowym postępowaniem głębokość otworów zawierać powinna się w przedziale od 4,0 do 10,0 metrów. Wnioskujemy o wprowadzenie zapisu do tabeli: <<Cena ryczałtowa za badanie geotechniczne gruntu (minimum 3 odwierty geotechniczne o głębokości do 10,0 m wraz z opracowaniem dokumentacji geologiczno-inżynierskiej)>>. Odpowiedź: Patrz odpowiedź na pytanie 4.”

Zgodnie z powyższymi odpowiedziami dokonano zmian w formularzu ofertowym i opisie przedmiotu zamówienia, a zaktualizowane dokumenty zamieszczono na stronie internetowej. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało wysłane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 5 września 2019 r. i opublikowane na stronie wraz z wyżej wymienionymi dokumentami.

Otwarcie ofert nastąpiło 23 września 2019 r. Na podstawie art. 87 oraz 89 Prawo zamówień publicznych Zamawiający przeprowadził badanie ofert i stwierdził, że wykonawca CTI-Jawor Sp. z o.o. spółka komandytowa złożył ofertę na nieaktualnym formularzu ofertowym, tj. pierwotnie dodanym do postępowania.

Z uwagi na fakt, że zakres zmian w formularzu ofertowym dotyczył tylko doprecyzowania opisu pozycji, a ilość i rodzaj pozycji nie uległy zmianie, Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, pismem z 8 października 2019 r., zawiadomił CTI-Jawor Sp. z o.o. spółkę komandytową o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Poprawa oferty polegała na aktualizacji opisu pozycji tabeli nr 6, 7, 8, 9 i 12 zawartych w punkcie 2. formularza ofertowego. CTI-Jawor Sp. z o.o. spółka komandytowa, pismem z 10 października 2019 r., wyraził zgodę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzuty Odwołującego są nieuzasadnione, a odwołanie nie zawiera wskazania przepisów prawa, których miałyby dotyczyć naruszenie. Przywołując podstawę prawną zarzutów Odwołujący wskazał na przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a żaden z tych przepisów nie dotyczy kwestii niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, lecz rażąco niskiej ceny oraz błędów w obliczeniu ceny, a do kwestii tych Odwołujący w ogóle nie odnosi się w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym, skoro najdalej idący zarzut dotyczący odrzucenia oferty pozbawiony jest podstaw prawnych (gdyż Odwołujący ich nie wskazał), to z tych względów odwołanie powinno podlegać oddaleniu, gdyż KIO, rozpatrując odwołanie, jest związane podstawami prawnymi w nim wskazanymi. Wskazanie naruszenia pozostałych przepisów postępowania

będzie bowiem bez znaczenia, skoro nie będzie podstaw do odrzucenia oferty CTI-Jawor sp. z o.o. spółka komandytowa.

Zarzut nieporównywalności ofert jest niezrozumiały – skoro bowiem Zamawiający poprawił omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie dla stron postępowania wiążąca jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umowy, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych pismem z 5 września 2019 r., to każdy z wykonawców, z którym zostanie zawarta umowa ramowa, będzie realizował jej warunki na identycznych zasadach. Tak więc oferty złożone w postępowaniu są porównywalne.

Odwołujący nie sprecyzował, dlaczego, jego zdaniem, zakres omyłki uniemożliwia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu jej poprawienia. Zamawiający prawidłowo dokonał poprawy omyłki uznając ją za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Taka ocena została dokonana w oparciu o następujące okoliczności:

Zamawiający miał świadomość, że wykonawca CTI-Jawor sp. z o.o. spółka komandytowa złożył ofertę na nieaktualnym formularzu ofertowym, tzn. na formularzu sprzed zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 września 2019 r., gdyż formularz zawierał nieaktualny opis w pozycjach nr 6-9 oraz 12. Jednocześnie wszyscy wykonawcy zostali powiadomieni o zmianie formularza oraz o doprecyzowaniu opisu znajdującego się w poz. 12. Skoro intencją wykonawcy było złożenie ważnej oferty (oferta została sporządzona 23 września 2019 r., a więc już po opublikowaniu zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia), to użycie nieaktualnego formularza było wynikiem omyłki.

W ocenie Zamawiającego omyłka ta była nieistotna, gdyż opis przedmiotu zamówienia w pierwotnym brzmieniu formularza był nieprecyzyjny, ponieważ nie określał liczby odwiertów, a zawarte w nawiasie sformułowanie „odwiet geotechnicznego” budziło wątpliwości odnośnie tego, w jaki sposób ma zostać wykonane badanie geologiczne, stąd zmiana dotyczyła doprecyzowania pozycji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. CTI-Jawor sp. z o.o. spółka komandytowa zaakceptowała w punkcie 3.5 formularza oferty projekt umowy ramowej wraz z załącznikiem nr 1 do umowy, w którym, po zmianach wprowadzonych pismem z 5 września 2019 r. treść § 6 ust. 1 pkt 12 otrzymała brzmienie: „... zł (słownie: ...) badania geologiczne gruntu (minimum 3 odwierty geotechniczne wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji)”. Oznacza to, że poprawiana omyłka formularza nie ma charakteru istotnego, gdyż pozostałe oświadczenia złożone przez wykonawcę wskazują, że jego zamiarem było zaoferowanie wykonania badania geologicznego gruntu (minimum 3 odwierty geotechniczne wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji). Poprawienie formularza ofertowego miało charakter poprawienia oczywistej omyłki, skoro zakres wycenianych czynności był prawidłowo wskazany w projekcie umowy, który

wykonawca zaakceptował. Nie prowadziło to zatem do stworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy, skoro z pozostałych dokumentów jasno wynika wola wykonawcy odnośnie zakresu wykonywanych prac.

Irracjonalnym byłoby zakładanie, że wykonawca miał zamiar złożyć ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia po wprowadzonych zmianach, gdyż skutkowałoby to koniecznością jej odrzucenia. Skoro zatem Zamawiający mógł poprawić omyłkę bez prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą, to było to jego obowiązkiem. Opis podlegający korekcie był formułowany wyłącznie przez Zamawiającego i musiał odpowiadać treści umowy oraz wprowadzonych do specyfikacji zmian, tak więc wykonawca, chcąc złożyć ważną ofertę, nie mógł zaoferować innych czynności niż opisane przez Zamawiającego. Wykonawca potwierdził słuszność przypuszczeń Zamawiającego odnośnie swoich intencji przy składaniu oferty, gdy zaakceptował poprawienie omyłki dokonane przez Zamawiającego.

Wszystkie te okoliczności oraz fakt, że zmiana dotyczyła jednej z kilkunastu pozycji, przemawiały za tym, żeby dokonać poprawienia oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza że poprawienie oferty w przypadku ziszczenia się przesłanek z ww. przepisu stanowi obowiązek Zamawiającego.

Dodatkowo, w przeważającej większości zleceń badania gruntu nie będą wykonywane, gdyż nie są konieczne do wykonania przyłączenia.

Wykonawca, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, miał prawo do niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki, do czynnej akceptacji dokonania poprawienia innej omyłki poprzez wyrażenie zgody, jak i do bezczynności wobec zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu w jego ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyrażając zgodę na poprawienie omyłki, potwierdził stanowisko Zamawiającego.

Ocena kwestii istotności zmiany jest uzależniona od 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 co do treści składanej oferty. Dokonanie poprawek w ofercie nie spowodowało jakiegokolwiek zmiany cen zaoferowanych przez wykonawcę, a po dokonaniu poprawek w ofercie wszystkie oferty będą i są porównywalne, gdyż z wykonawcami zostaną zawarte umowy o takim samym brzemieniu, tzn. uwzględniające zmiany wprowadzone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### 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.

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 nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący powołał się w odwołaniu na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa wobec złożenia oferty na formularzu innym niż określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie korekt w ofercie złożonej przez CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa.

Przepis art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli m.in.: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt 2), zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4), zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6), wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 7).

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.

Przede wszystkim Izba wskazuje, że na zarzut lub zarzuty odwołania nie składa się jedynie podstawa prawna podana przez odwołującego, lecz także uzasadnienie, na podstawie których Izba łącznie ustala całokształt nieprawidłowego działania lub zaniechania zamawiającego, do którego odnosi się odwołujący. Sytuację tę Izba następnie przenosi na przepisy prawa wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych i innych aktów prawnych, w razie konieczności dokonując ich prawidłowego przyporządkowania.

Odwołujący zarzucił więc naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak całokształt opisanej przez niego sytuacji wskazuje, że miał na myśli błąd w obliczeniu ceny wynikający z niezgodności formularza oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co spowodowało, że wykonawca podał cenę wyłącznie za jeden odwiert, a nie trzy, których wymagał Zamawiający. Podobnie zbyt niskiej ceny Odwołujący upatruje w tym, że nie odnosi się ona, w jego ocenie, do liczby odwiertów skazanej przez Zamawiającego w nowym brzmieniu opisu pozycji 12. tabeli formularza oferty, tj. trzech, lecz do jednego, o którym mowa w pierwotnym opisie pozycji („odwiert geologicznego”). Również przywołane przez niego punkty 12.1 i 12.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmią odpowiednio: „Wykonawca składa ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Treść złożonej oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.” oraz „Na ofertę składają się: 12.5.1. Formularz Oferty przygotowany zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ. 12.5.2. dokumenty, o których mowa w punkcie 8.1 SIWZ.”

*De facto* Odwołującemu chodziło więc głównie o okoliczność opisaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Należy jednak również zauważyć, że w wielu przypadkach poszczególne podstawy odrzucenia wskazane w kolejnych przepisach art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mogą się ze sobą pokrywać i wzajemnie konsumować. Tak więc błąd w obliczeniu ceny może polegać na tym, że została ona obliczona niezgodnie z założeniami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zostać przypisany do przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Izba uznała, że na podstawie odwołania jest w stanie zidentyfikować, jaką nieprawidłową czynność Zamawiającego Odwołujący miał na myśli i z jakich powodów, w związku z tym nie znalazła przeszkód do rozpoznania odwołania.

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest to, czy w zaistniałych okolicznościach sprawy Zamawiający w sposób nieuzasadniony zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo

zamówień publicznych poprawiając w ofercie wykonawcy CTI-Jawor Sp. z o.o. spółka komandytowa, złożonej dla części nr 9, w formularzu oferty, opis pozycji tabeli w poz. 12. i przez to bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy.

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.

Jak wynika z przedstawionych stanowisk, nie było sporne, że przedmiotowa nieaktualność opisu pozycji formularza ofertowego sama w sobie stanowi niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – co najmniej pod względem formalnym, tj. niezgodności z literalnym brzmieniem. Może też wskazywać, iż w ofercie nie został wyceniony zakres zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Tym samym zawarte w ofercie oświadczenie woli należy poddać interpretacji zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zamawiający poddał formularz oferty takiej interpretacji i uznał – jak wskazał w swoim stanowisku – że celem wykonawcy CTI-Jawor spółka z o.o. spółka komandytowa było złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż inne jego zachowanie byłoby nieracjonalne z punktu widzenia podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne. Tym samym zachowanie to zakwalifikował jako niezamierzony błąd. Ze względu zaś na to, że błędu tego nie uznał za istotny, a polegał on na niezgodności z brzmieniem formularza stanowiącego część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwierdził, że może on ulec poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający mógł dokonać takiej poprawki.

Pierwotny opis poz. 12. tabeli wyceny brzmiał: „Cena ryczałtowa za badanie geologiczne gruntu (odwiew geologiczny)”. Po pytaniach wykonawców („Pytanie 4. Zwracamy się z prośbą o sprecyzowanie określenia <<cena ryczałtowa za badanie geologiczne gruntu (odwiew geotechniczny)>>”, gdyż w zależności od sytuacji, wymagane jest wykonanie

odwiertów o różnej głębokości, ponadto najczęściej wraz z odwiertami wymagane jest sporządzenie opinii geotechnicznej a czasami projektu geotechnicznego, które znacząco różnią się ceną (np. 1000 zł za opinię i 3000 zł za projekt geotechniczny). Odpowiedź: W związku z tym, iż wielkość badań geotechnicznych zależy od wielu czynników, w skalkulowanej cenie należy uwzględnić do 3 odwiertów geotechnicznych, niezależnie od głębokości. Cena z tytułu opracowania dokumentacji powinna obejmować wszelkie koszty jakie poniesie Wykonawca.”) Zamawiający opisowi temu nadał następującą treść: „Cena jednostkowa za badania geologiczne gruntu (minimum 3 odwierty geotechniczne wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji)”.

Ze stanu faktycznego wynika więc, że celem Zamawiającego nie była zmiana zakresu czynności, których dotyczyła pozycja 12., lecz jedynie doprecyzowanie, co ma być w jej ramach wycenione. Potwierdza to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym, pomimo użycia w opisie pozycji liczby pojedynczej „odwiert geologiczny”, nie jest tak, że początkowo Zamawiający zamierzał zamówić wykonanie tylko jednego odwiertu, a następnie rozszerzył ten zakres. Braki w opisie wymagania były oczywiste dla wykonawców, co spowodowało skierowanie do Zamawiającego zapytań.

Stan faktyczny sprawy nie daje też podstaw do stwierdzenia, że celem CTI-Jawor Sp. z o.o. spółka komandytowa była wycena innego zakresu badania geologiczne gruntu niż podane 3 odwierty geotechniczne wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji, a w szczególności wycena jedynie jednego odwiertu.

CTI-Jawor Sp. z o.o. spółka komandytowa wskazała za wykonanie czynności z pozycji 12. cenę jednostkową 6.000 złotych netto. Była to najwyższa cena spośród wszystkich zaoferowanych w postępowaniu – w innych ofertach kształtowały się one bowiem w granicach od 3.000 do 5.000 złotych netto (za 3 odwierty i dokumentację). Tym samym, nawet jeśli – jak twierdził Odwołujący – wykonawca ten w swojej działalności standardowo określa ceny wyższe niż konkurujący z nim wykonawcy, to nie ma podstaw do stwierdzenia, że w pozycji 12. miał zamiar wycenić na 6.000 złotych wyłącznie jeden odwiert, a tym samym cena trzech odwiertów powinna wynosić 18.000 złotych. Nie ma bowiem żadnych podstaw do stwierdzenia, że akurat ten wykonawca powinien wycenić czynności w tym zakresie na poziomie nawet sześciokrotnie wyższym niż konkurencja.

Nie można też zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że, skoro wykonawca CTI-Jawor Sp. z o.o. spółka komandytowa, złożył ofertę na nieaktualnym formularzu ofertowym, to jednocześnie deklarował wykonanie zamówienia zgodnie z nieaktualnymi warunkami projektu umowy lub opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy przystępują bowiem do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na warunkach określonych przez zamawiającego, aktualnych na dzień składania ofert, jednakowych dla wszystkich. Zatem wszystkie zmiany

specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też wyjaśnienia jej treści dokonywane przed upływem terminu składania ofert wiążą wszystkich wykonawców jednakowo, niezależnie od ich indywidualnych deklaracji, czy też stanu świadomości. Zmianom tym zaś nie muszą towarzyszyć zmiany przygotowywanych przez zamawiającego formularzy służących do przygotowywania ofert.

Co do „istotności”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wskazać, że nie odnosi się ona do tego, czy sama czynność wyceniona w pozycji 12. jest istotna (ważna) dla realizacji przedmiotu zamówienia, jak też, ile razy faktycznie zostanie ona zlecona przez Zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia, lecz to, czy sama zmiana dokonana w treści oferty wskutek jej poprawienia będzie istotna.

Ze względu na to, że – niezależnie od wzoru zastosowanego formularza ofertowego – w ocenie Izby, jak i Zamawiającego, nie ma istotnej różnicy w zaoferowanym w tej pozycji zakresie świadczenia – o czym mowa powyżej, lecz chodzi o sam literalny opis pozycji, zmianę tę można uznać za nieistotną.

Tym samym Zamawiający mógł dokonać korekty formularza oferty w sposób, jak to uczynił. Ewentualnie mógł też skorzystać z instytucji wyjaśnienia treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, prosząc wykonawcę CTI-Jawor Sp. z o.o. spółka komandytowa o złożenie oświadczenia, czy pomimo użycia nieaktualnego formularza ofertowego, jego oświadczenie dotyczy zakresu wskazanego w odpowiedzi na pytanie 4. z 5 września 2019 r. i w zmienionym wzorze formularza ofertowego. Po uzyskaniu zaś pozytywnej odpowiedzi, ofertę taką zaakceptować.

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. 1 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 15.000 złotych.

**Przewodniczący:** .....