

WYROK

z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant:

Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez **P.U.K.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Piaseczno w Piasecznie**

przy udziale wykonawcy **M.S.**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Gminie Piaseczno w Piasecznie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 4 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **P.U.K.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.**, poprawienie w ofercie **P.U.K.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.** terminu wykonania zamówienia poprzez jego wskazanie jako 4-miesięczny termin realizacji i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Piaseczno w Piasecznie**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P.U.K.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Gminy Piaseczno w Piaseczni** na rzecz wykonawcy **P.U.K.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.** kwotę **13805 zł 10 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemsetpięć złotych dziesięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Piaseczno w Piasecznie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rewaloryzację Parku Miejskiego w Piasecznie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 marca 2017 roku wykonawca, P.U.K.P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego złożonej na część 4 zamówienia, w sposób niezgodny z przepisami ustawy P.z.p.,
2. wyborze na część 4 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez M.S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: F.O.P.H.U. M.S.,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
2. ewentualnie, w razie stwierdzenia, iż oferta odwołującego zawiera omyłkę – naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania i brak poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie odwołującego,
3. ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie zażądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert w części 4 zamówienia,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. ewentualnie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie odwołującego,
4. ewentualnie zażądanie od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty,
5. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków,

Odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jego oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów spośród wszystkich złożonych ofert. Tym samym, gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, oferta ta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a zamawiający byłby zobligowany do zawarcia z odwołującym umowy na realizację zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamówienie podzielone było na V części. Odwołujący złożył ofertę w tym postępowaniu. Oferta tego wykonawcy dotyczyła części 4 zamówienia.

SIWZ w pierwotnym brzemieniu zakładała (punkt IV SIWZ), iż wymagane terminy realizacji zamówienia będą następujące:

dla części 1 - do 30.08.2017r.,

dla części 2 - do 30.08.2017r.,

dla części 3 - do 30.08.2017r.,

dla części 4 - do 15.12.2017r.,

dla części 5 - do 30.08.2017r.

Przyjmowaną przez wszystkich wykonawców datą początkową był 15 czerwiec 2016 roku, co wynikało z realizacji innej inwestycji przez zamawiającego związanej z tym zamówieniem.

W toku postępowania zamawiający dokonał zmiany SIWZ wskazując, iż wymagane terminy realizacji zamówienia będą następujące:

dla części 1 - do 6 miesięcy,

dla części 2 - do 6 miesięcy

dla części 3 - do 4 miesięcy

dla części 4 - do 6 miesięcy

dla części 5 - do 6 miesięcy.

Na stronie 4 formularza oferty odwołujący wskazał, iż prace stanowiące przedmiot zamówienia wykona w terminie do 16 października 2017 roku, deklarując z drugiej strony skrócenie terminu wynikającego z SIWZ o 60 dni. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż jest ona niezgodna z SIWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia. W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 12 stycznia 2017 r. znak RZP.271.118.2016.PB.56 dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. zmian w zakresie terminu wykonania zamówienia w SIWZ, w ogłoszeniu, a także w formularzu ofertowym. W związku z powyższym obowiązywał zapis termin wykonania do 6 miesięcy. Wykonawca oświadczył natomiast, że wykona przedmiot zamówienia 16 października 2017 roku, co jest niezgodne z zapisami SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu i wyjaśnieniami zamawiającego.

W ocenie odwołującego, wnioski zamawiającego są błędne, bowiem oferta odwołującego jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., niezgodność oferty z SIWZ nie powoduje zawsze bezwzględnego nakazu odrzucenia oferty. Wręcz przeciwnie, odrzucenie takie jest możliwe dopiero po ustaleniu, iż niezgodności nie da się usunąć w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, iż zadeklarował termin zgodny z SIWZ. Odwołujący zaoferował faktycznie 4 miesięczny termin realizacji, co potwierdzone zostało w treści oferty, gdzie oświadczył, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami prowadzonego postępowania przetargowego oraz że deklaruje skrócenie oczekiwanego przez zamawiającego terminu, czyli 6 miesięcy o 60 dni. Z treści przedłożonych przez odwołującego do oferty dokumentów wynika bowiem, iż odwołujący zamierzał wykonać przedmiot zamówienia w terminie deklarowanym w SIWZ a więc 6 miesięcy, skróconym o deklarowane 60 dni (co potwierdza wspomniana wyżej deklaracja w treści oferty). Z całokształtu treści formularza oferty wynika, iż deklarowany termin wykonania wynosi 4 miesiące, a więc jest zgodny z warunkami SIWZ. Brak jest więc podstaw do uznania, iż oferta jest sprzeczna z SIWZ. W ocenie odwołującego, trudno jest przyjąć, iż wykonawca deklarując skrócenie terminu określonego przez zamawiającego w SIWZ o 60 dni miał na myśli inne terminy niż te określone przez zamawiającego. Działanie takie byłoby nieracjonalne i nielogiczne. Z treści oferty wynika więc, iż zamiarem odwołującego było zadeklarowanie terminu 4 miesięcy.

Odwołujący zauważył, iż zamawiający zmieniając treść części IV SIWZ nie dokonał zmiany części XII pkt 1 ppkt 3, w której wyraźnie wskazane jest, iż oferta z najdłuższym podanym w dniach kalendarzowych terminie skróceniem wykonania (60 dni - największe

skrócenie) zamówienia uzyska 10 punktów, przy założeniu, że 1% = 1 pkt. jednocześnie nie dokonał też zmiany formularza ofertowego. Okoliczność ta mogła być dla wykonawców myląca, o czym świadczy treść ofert pozostałych wykonawców, zbliżona pod względem zapisu terminu do oferty Odwołującego (ponad 60% złożonych ofert). Wobec jednoznacznego wymogu formułowania postanowień SIWZ w sposób jasny i czytelny oraz powszechnego w orzecznictwie KIO poglądu, iż wszelkie niejasności SIWZ powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców, tym bardziej odrzucenie oferty w niniejszej sprawie jest nieuzasadnione.

W ocenie odwołującego, nawet gdyby uznać, iż odwołujący popełnił omyłkę, to zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający może poprawić w ofercie 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.

Odwołujący stwierdził, że dominującym poglądem jest pogląd nakazujący odrzucenie oferty jedynie w sytuacji jednoznacznej niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ (wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r., KIO 1771/16).

Odwołujący zauważył, że „rozumienie innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt3 ustawy P.z.p. nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z.” W analizowanej sprawie faktycznie odwołujący wpisał termin realizacji być może w sposób niezgodny z oczekiwaniami zamawiającego. W ocenie odwołującego, sytuacja taka nie przesądza jednak o zamiarze realizacji zamówienia w terminie innym niż oczekiwał zamawiający i w konsekwencji zaoferowaniu terminu realizacji niezgodnie z SIWZ. Nawet jeśli uznać to za omyłkę, to dotyczyła ona jedynie innego niż oczekiwał zamawiający w SIWZ formacie przedstawienia terminu wykonania.

Odwołujący podkreślił, że 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 ustawy P.z.p. stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy P.z.p. 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 ustawy P.z.p. Skoro termin realizacji budził jakieś wątpliwości zamawiającego, zobowiązany był on do podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia ewentualnych sprzeczności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 kwietnia 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający stwierdził, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w piśmie znak RZP.271.118.16.2017.BN.482 z dnia 14.03.2017r, które zostało przekazane w formie faksowej i e-mailem w tym samym dniu wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu przetargowym zawiadamiającym o wyniku postępowania. Zdaniem zamawiającego, oferta odwołującego została prawidłowo odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie terminu wykonania zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 12.01.2017r znak RZP.27U18.2016.PB.56 dokonał na podstawie art. 38 ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych zmian w zakresie terminu wykonania zamówienia publicznego w SIWZ i w ogłoszeniu. W związku z powyższym obowiązywał zapis "Termin wykonania do 6 miesięcy", Poprzedni zapis dla części IV to 15.12.2017r. Jak wynika z powyższego, dokonana zmiana zapisów regulujących termin wykonania poszczególnych zadań zmieniała sztywną datę kalendarzową na wskazanie czasokresu realizacji . W formularzu ofertowym zawarto zapis: cyt. „Prace stanowiące przedmiot zamówienia wykonamy w terminie: dla części4 Skrócenie terminu o dni ". Odwołujący oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia 16.10.2017r., co jest niezgodne z zapisami SIWZ, ogłoszeniem o zamówieniu i wyjaśnieniami zamawiającego.

Zdaniem zamawiającego powyższej niezgodności nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Inna data wykonania przedmiotu zamówienia, niż wymagana przez zamawiającego jest istotnym błędem, którego nie można poprawić. Poprawienie daty zgodnie z wnioskiem odwołującego spowodowałoby istotną zmianę w treści złożonej oferty i istotną zmianę w treści oświadczenia woli. Termin wykonania przedmiotu zamówienia był istotny dla zamawiającego, ponieważ stanowił kryterium oceny oferty i był dodatkowo punktowany. Niezrozumiałym dla zamawiającego jest stwierdzenie odwołującego (pkt 3.4. odwołania), że przyjmowaną przez wszystkich wykonawców datą początkową był 15 czerwca 2016 r. W żadnym wypadku żaden zapis SIWZ nie uprawniał do takiego stwierdzenia. Także pierwotna data wykonania przedmiotu

zamówienia 15.12.2017r. nie została ujęta przez odwołującego. Została wpisana sztywna data wykonania przedmiotu zamówienia 16.10.2017r., co jest niezgodne z treścią zmienionej SIWZ. Każda zmiana proponowana przez odwołującego w tym zakresie po terminie składania ofert jest istotną zmianą i istotną ingerencją w treść złożonej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiła Pani M.S. (przystępująca).

W piśmie procesowym z dnia 4 kwietnia 2017 roku przystępująca stwierdziła, że zamawiający prawidłowo odrzucił z postępowania ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., bowiem treść złożonej przez niego oferty nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie zaoferowanego terminu wykonania usługi. W pierwotnym brzmieniu SIWZ zamawiający określił wymagany termin realizacji zamówienia poprzez wskazanie dat dziennych. Dla części 4 zamówienia zamawiający wymagał, aby zamówienie zostało zrealizowane do dnia 15.12.2017 r. Niemniej jednak, w dniu 12.01.2017 r. zamawiający w trybie przepisu art. 38 ust. 1 ustawy P.z.p. w wyniku zadanego przez jednego z wykonawców pytania dokonał modyfikacji terminu realizacji zamówienia w taki sposób, iż termin ten określił poprzez wskazanie okresu od dnia podpisania umowy. W konsekwencji dla części 4 zamówienia określono termin jego realizacji na 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Wykonawca zobowiązany był wskazać w ofercie termin realizacji zamówienia poprzez wypełnienie następującego sformułowania w formularzu ofertowym: „Prace stanowiące przedmiot zamówieniawykonamy w terminie; dla części 4Skrócenie terminu o dni.” Odwołujący wypełnił formularz ofertowy w następujący sposób:

„Prace stanowiące przedmiot zamówienia wykonamy w terminie: dla części 4:16.10.2017r. Skrócenie terminu o 60 dni.”

Przystępująca nie zgodziła się z odwołującym, iż zadeklarowany przez niego termin był zgodny z SIWZ, gdyż wskazany termin po skróceniu go o 60 dni - wynosi 4 miesiące. Nie ma bowiem dokładnej informacji, kiedy zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia - a tak jest w przedmiotowej sprawie - nie ma możliwości przeliczenia terminu wskazanego w formie konkretnej daty na termin wyrażony jako okres realizacji. Co więcej, nie ma możliwości porównania pod względem terminu realizacji oferty odwołującego z ofertami innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępująca podniosła, że zamawiający wymagał w odrębnej pozycji formularza ofertowego wskazania zarówno terminu realizacji zamówienia w poszczególnych częściach, jak i okresu, o jaki termin ten zostanie skrócony, co wydaje się istotne w szczególności ze

względu na fakt, że skrócenie terminu realizacji usługi podlegało ocenie w kryterium „pozacenowym”. Faktem jest, że odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w terminie do 16.10.2017 r., skróconym o 60 dni, natomiast zamawiający oczekiwał, że termin realizacji zamówienia będzie wyrażony nie poprzez wskazanie daty dziennej, ale poprzez wskazanie okresu. Wskazanie terminu w sposób odmienny niż oczekiwał tego zamawiający nie może być postrzegane inaczej, jak właśnie jako niezgodność złożonej oferty z wymaganiami SIWZ, które jest obwarowane w ustawie P.z.p. sankcją odrzucenia oferty.

Przystępująca powołała się na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 18 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 26/17) oraz wyrok z dnia 27 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2260/16).

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż zamawiający w zakresie terminu realizacji zamówienia nie dokonał zmiany treści formularza ofertowego, co rzekomo mogło wprowadzić wykonawców w błąd, przystępująca stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu na część IV zamówienia oferty złożyło 7 wykonawców, z czego tylko dwóch wykonawców, w tym odwołujący, wskazało termin realizacji zamówienia w formie daty dziennej. Pozostali wykonawcy albo prawidłowo wypełnili formularz ofertowy w zakresie zaoferowanego terminu albo zostali odrzuceni z postępowania z innych przyczyn niż odwołujący.

W ocenie przystępującej, powyższe potwierdza, że postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie były niejasne. Część wykonawców wypełniła bowiem formularz ofertowy zgodnie z wymogami zamawiającego. Przystępująca dodała, że wzory formularzy załączane przez zamawiających do SIWZ nie są obligujące wykonawców i mogą podlegać modyfikacji, aby tylko wyrażane w nich oświadczenia odpowiadały wymogom i oczekiwaniom dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Stwierdziła, iż odwołujący jest związany treścią wyjaśnień i modyfikacji dokonanych przez zamawiającego i skutki ich nieznanomości obciążają wyłącznie wykonawcę. Tym samym odwołujący powinien był „śledzić” na bieżąco dokonane przez zamawiającego modyfikacje i w razie wątpliwości lub w przypadku ewentualnych nieprawidłowości miał możliwość poinformowania o nich zamawiającego np. w trybie przepisu art. 181 ustawy P.z.p.

W ocenie przystępującej, odwołujący nie zachował należytej staranności podczas sporządzania swojej oferty, nie „obserwując” zmian publikowanych przez zamawiającego, co doprowadziło do stanufaktycznego, który odwołujący próbuje konwalidować. Niemniej, natym etapie postępowania (tj. po otwarciu złożonych ofert), zmiana treści oferty nie jest już możliwa. Odwołujący próbuje obarczyć zamawiającego odpowiedzialnością za własne działania, będące skutkiem bądź to celowej próby „obejścia” postanowień dokumentacji

postępowania, bądź niechlujstwa. Bez względu na przyczyny powstania takich okoliczności faktycznych, zamawiający nie może ponosić z tego tytułu odpowiedzialności, a oczekiwanie od zamawiającego dokonania poprawy oferty godziwość prowadzonego postępowania, szczególnie względem wykonawców, którzy włożyli swój wkład pracy w rzetelne przygotowanie oferty, w tym również poprzez baczne obserwowanie wprowadzanych przez zamawiającego zmian treści dokumentacji postępowania.

W ocenie przystępującej, powyższe jednoznacznie potwierdza, że treść oferty złożonej przez odwołującego w zakresie zaoferowanego terminu realizacji zamówienia była sprzeczna z treścią SIWZ, co musiało skutkować jej odrzuceniem, a ewentualne powoływanie się na niejasności w postanowieniach SIWZ po dokonanej modyfikacji nie mają znaczenia, bowiem wykonawca każdorazowo jest związany treścią dokonanej modyfikacji.

W zakresie możliwości poprawienia omyłki przystępująca wskazała, że jest ona niemożliwa, gdyż warunkiem dokonania poprawienia takiej omyłki jest to, że nie spowoduje ona istotnych zmian w treści oferty. Zmiana terminu realizacji zamówienia jest niewątpliwie istotną zmianą oferty, co wynika m.in. z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyroku KIO z dnia 09 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2440/16), w którym Izba wskazała:

Przystępująca nie zgadza się, iż ewentualną omyłkę odwołującego należy rozpatrywać w kontekście innego niż w SIWZ sposobu zapisania terminu realizacji, a nie innego terminu niż określa SIWZ. Nieprawdą jest bowiem, że omyłka ta polega wyłącznie na odmiennym sposobie zapisania terminu realizacji umowy, a sam termin jest taki sam jak wymagał zamawiający w SIWZ. Nie ma możliwości porównania terminu realizacji umowy wskazanego za pomocą konkretnej daty dziennej z terminem realizacji zamówienia określonym w formie okresu czasu, w sytuacji, kiedy nieznana jest data zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przystępująca nie zgodziła się, że pomyłka odwołującego we wskazanym terminie realizacji zamówienia ma charakter oczywisty. Z oczywistą omyłką mamy do czynienia tylko w sytuacji, kiedy na podstawie innych danych przedstawionych w ofercie możemy jednoznacznie i bez wątpliwości stwierdzić, że omyłka miała charakter oczywisty, a sposób jej poprawienia nasuwa się sam przez się, co - z całą pewnością - nie odnajduje zastosowania w niniejszej sytuacji.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego terminu realizacji zamówienia, przystępująca wskazała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępująca stwierdziła, że termin wskazany przez odwołującego raczej nie budził wątpliwości zamawiającego. Wszyscy wykonawcy zobowiązani byli do wskazania w miejscu

wyznaczonym w formularzu ofertowym terminu realizacji przedmiotu zamówienia i okresu o jaki termin ten zostanie skrócony. Odwołujący spełnił ten wymóg (faktycznie wypełnił treścią formularz), przy czym zaoferowany przez niego termin nie spełniał oczekiwań zamawiającego jednoznacznie wyrażonych w SIWZ. Wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie terminu spowodowałoby zmianę oferty w zakresie terminu, co z kolei stanowiłoby rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności z uwagi na fakt przyznawania punktów za tenże element oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamówienie podzielone było na V części. Odwołujący złożył ofertę na 4 części zamówienia.

SIWZ w pierwotnym brzemieniu zakładała (punkt IV SIWZ), iż wymagane terminy realizacji zamówienia będą następujące:

- dla części 1 - do 30.08.2017r.,
- dla części 2 - do 30.08.2017r.,
- dla części 3 - do 30.08.2017r.,
- dla części 4 - do 15.12.2017r.,
- dla części 5 - do 30.08.2017r.

W toku postępowania zamawiający dokonał zmiany SIWZ wskazując, iż wymagane terminy realizacji zamówienia będą następujące:

- dla części 1 - do 6 miesięcy,
- dla części 2 - do 6 miesięcy
- dla części 3 - do 4 miesięcy
- dla części 4 - do 6 miesięcy
- dla części 5 - do 6 miesięcy.

Pismem z dnia 18 stycznia 2017 roku zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 3 do SIWZ, stwierdził, że „Przy realizacji części (zadania) 4 Wykonawca zobowiązany będzie harmonogramem (§ 4 pkt 1 umowy) rozpocząć zadanie w tych częściach parku, gdzie będą skończone nawierzchnie, zatem może rozpocząć prace na wiosnę, jednak nie jest tu

możliwe podanie konkretnej daty. Ostateczny termin, w jakim mają być skończone alejki wg umowy to 09.06.2017 r., nie wykluczamy, że pewne partie alejek lub całość prac będzie skończona wcześniej.”

Na stronie 4 formularza oferty odwołujący wskazał, iż prace stanowiące przedmiot zamówienia wykona w terminie do 16 października 2017 roku, deklarując z drugiej strony skrócenie terminu wynikającego z SIWZ o 60 dni. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż jest ona niezgodna z SIWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia. W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 12 stycznia 2017 r. znak RZP.271.118.2016.PB.56 dokonał na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. zmian w zakresie terminu wykonania zamówienia w SIWZ, w ogłoszeniu, a także w formularzu ofertowym. W związku z powyższym obowiązywał zapis termin wykonania do 6 miesięcy. Wykonawca oświadczył natomiast, że wykona przedmiot zamówienia 16 października 2017 roku, co jest niezgodne z zapisami SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu i wyjaśnieniami zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby istotna dla przedmiotowego rozstrzygnięcia jest okoliczność, że zamawiający na pytanie co do możliwego terminu rozpoczęcia prac wynikających z przedmiotowego zamówienia udzielił odpowiedzi, iż wykonawca będzie mógł rozpocząć prace tam, gdzie będą skończone nawierzchnie, według umowy z wykonawcą – 09.06.2017 roku. Tym samym zamawiający wskazał ów termin, pozwalając wykonawcom na przyjęcie, iż określony przez niego pierwotnie wymagany termin wykonania prac na 15 grudnia 2017 roku oznacza, iż prace mają być wykonywane przez maksymalnie 6 miesięcy. Dokonana przez zamawiającego modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wprowadziła tu istotnych zmian, jeśli chodzi o wymaganą długość realizacji robót. Przewidziane wcześniej 6 miesięcy, określone za pomocą konkretnych dat, zastąpione zostały sformułowaniem „6 miesięcy”, czyli wskazanym czasookresem.

Odwołujący w złożonym formularzu ofertowym wskazał, że prace objęte przedmiotem zamówienia wykona do dnia 16 października 2017 roku, deklarując jednocześnie, że skróci wymagany termin o 60 dni. Tym samym złożył oświadczenie woli, iż wykona przedmiot zamówienia w terminie 4 miesięcy. W ocenie Izby tego rodzaju konstatacja prowadzi do

wniosku, iż możliwość poprawienia oferty odwołującego w zakresie zaoferowanego terminu poprzez określenie go jako termin 4-miesięczny nie może budzić wątpliwości.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, 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 należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (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 nieścisłości 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 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty 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 *suigeneris* 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). 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 czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obciążone 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.”

Analiza treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której

mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

W rozpoznawanej sprawie nie ulega wątpliwości, że odwołujący, określając termin wykonania zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty, zwyczajnie się pomylił. Pierwotny wymagany termin wykonania zamówienia określony był bowiem konkretną datą kalendarzową. Odwołujący przeoczył dokonaną modyfikację, jednakże przygotował i złożył ofertę, co oznacza, iż był zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Należy założyć, że jego celem było przygotowanie oferty zgodnej z s.i.w.z., zaistniała niezgodność musiała być zatem wynikiem omyłki.

Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Zarówno zamawiający, jak i przystępująca podnosili, że poprawienie terminu w ofercie odwołującego w sposób, jakiego domaga się odwołujący, doprowadzi do istotnych zmian w jego ofercie.

Izba nie podziela argumentacji zamawiającego i przystępującej. Podkreślenia wymaga, że złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialianegotii*, które stanowią przedmiotowo istotne elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Zdaniem Izby termin wykonania zamówienia należy do *essentialianegotii* oferty; ma charakter przedmiotowo istotny elementarny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy. Wagę terminu podkreślił ustawodawca w art. 36 ust.1 pkt 4 ustawy P.z.p., gdzie wymaga się od zamawiającego podania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu wykonania zamówienia oraz w art. 86 ust. 4 ustawy P.z.p., nakazującemu zamawiającemu podanie podczas otwarcia ofert informacji dotyczących terminu wykonania zamówienia zawartych w ofertach.

Niemniej jednak zmiana terminu wykonania zamówienia w sposób, w jaki domaga się odwołujący, nie prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli dotyczącego terminu. W złożonej ofercie odwołujący zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie do 16 października 2017 roku, skracając wymagany przez zamawiającego termin określony pierwotnie jako 15 grudnia 2017 roku o 60 dni. Oznacza to, iż w istocie zaoferował, że przedmiot zamówienia wykona w terminie 4 miesięcy. Nakazana poprawa w ofercie odwołującego będzie zatem prowadziła do zastąpienia konkretnej daty kalendarzowej,

wskazanej w ofercie odwołującego, sformułowaniem „4 miesiące”. Co zaś najważniejsze, zadeklarowany w ofercie termin wykonania zamówienia się nie zmieni. Zmianie ulegnie jedynie sposób jego określenia.

W ocenie Izby, dla dokonania poprawy, nie ma potrzeby zwracania się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Oświadczenie woli odwołującego w kwestii terminu wykonania zamówienia zostało wyrażone w sposób na tyle oczywisty, że pozostawia wątpliwości do intencji odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....