

WYROK

z dnia 29 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2016 r. przez Odwołującego – wykonawcę FEWATERM sp. z o.o. sp. k. Oddział Budownictwo z siedzibą w Chojniku, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych związanych z budową wanień szczelnych na dojeździe do wiaduktu kolejowego w km 98,674 i 105,480 wraz z nadzorem autorskim w ramach realizowanego Projektu POIiŚ 5.1-7 „Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków – Rzeszów, etap III – Faza II” (znak sprawy IREZA3b-216-07/POIiŚ 5.1-7/2016), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2016 r. pod nr 2016/S 169-304290.

W dniu 5 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Wykonawca I”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy FEWATERM sp. z o.o. sp. k. Oddział Budownictwo z siedzibą w Chojniku, zwanego dalej „Odwołującym”.

Wskazane powyżej czynności zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 14 grudnia 2016 r., w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) a wynikającymi z treści oferty oświadczeniami w zakresie terminu realizacji pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy okoliczność ta stanowiła podstawę do odrzucenia oferty,
ewentualnie,
2. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp przez ich niezastosowanie w sytuacji gdy Zamawiający winien był dokonać w ofercie Odwołującego poprawek w zakresie terminu realizacji poszczególnych etapów zamówienia składających się na termin realizacji pełnego zakresu robót objętych zamówieniem, jako terminu sztywno określonego w SIWZ i nie podlegającego ocenie jako kryterium oceny ofert,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, pomimo że oferta nie podlegała odrzuceniu,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w rozdziale 3 SIWZ,
5. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy I jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta Odwołującego była ofertą, która powinna zostać najwyżej oceniona przez Zamawiającego i wybrana.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. uznanie, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu i powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako ofert najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia i w związku z tym może ponieść szkodę na skutek dokonania przez Zamawiającego zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów Pzp.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwołujący podał, że z treści złożonego przez niego formularza ofertowego wynika, że oferta zawierała niejasności w zakresie zaoferowanego terminu realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych etapów. Z jednej strony Odwołujący składając oświadczenia w formularzu ofertowym zobowiązał się do podpisania z Zamawiającym umowy przewidującej m. in. 120-dniowy termin dla realizacji poszczególnych etapów objętych jej przedmiotem, a z drugiej, w tym samym formularzu wskazał termin wykonania robót objętych zamówieniem do dnia 31 marca 2017 r. W tych okolicznościach Zamawiający miał bezwzględny obowiązek wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu konkretnych jego etapów. Nieścisłość której wyjaśnienia Zamawiający zaniechał stanowiła w istocie podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem naruszenie wskazanego przepisu wpłynęło na rozstrzygnięcie Postępowania.

Odwołujący przytoczył następnie postanowienia Rozdziału 3 SIWZ (Tom I):

„Wymagane terminy realizacji zamówienia przez Wykonawcę:

Część I – Wykonanie robót budowlanych związanych z budową wanień szczelnych na dojeździe do wiaduktu kolejowego w km 98,674 wraz z nadzorem autorskim

Etap I: Przedstawienie dokumentów potwierdzających zapewnienie pełnienia nadzoru autorskiego przez projektanta – do 7 dni od daty podpisania umowy

Etap II: Rozpoczęcie robót budowlanych – nie później niż 8 dni od podpisania umowy

Etap III: Zakończenie realizacji pełnego zakresu wbijania ścianek szczelnych w okresie 30 dni od przekazania placu budowy (kamień milowy)

Etap IV: Zakończenie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej i geodezyjnej dokumentacji powykonawczej : Budowa wanny szczelnej w km 98,674 oraz wykonanie dokumentacji powykonawczej i geodezyjnej dokumentacji powykonawczej – 120 dni od daty podpisania umowy (kamień milowy)

Etap V: Rozliczenie całości przedmiotu umowy, w tym:

- Dokonanie odbiorów robót:
 - a) 10 dni od daty zgłoszenia zakończenia robót przez Wykonawcę,
 - b) 14 dni od daty odbioru końcowego złożenie do Inżyniera faktury końcowej.

Rozliczenie całości przedmiotu umowy – nie później niż 31.03.2017 r.

Część II – Wykonanie robót budowlanych związanych z budową wanień szczelnych na dojeździe do wiaduktu kolejowego w km 105,480 wraz z nadzorem autorskim

Etap I: Przedstawienie dokumentów potwierdzających zapewnienie pełnienia nadzoru autorskiego przez projektanta – do 7 dni od daty podpisania umowy

Etap II: Rozpoczęcie robót budowlanych – nie później niż 8 dni od podpisania umowy

Etap III: Zakończenie realizacji pełnego zakresu wbijania ścianek szczelnych w okresie 30 dni od przekazania placu budowy (kamień milowy)

Etap IV: Zakończenie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji powykonawczej i geodezyjnej dokumentacji powykonawczej: Budowa wanny szczelnej w km 105.480 oraz wykonanie dokumentacji powykonawczej i geodezyjnej dokumentacji powykonawczej – 120 dni od daty podpisania umowy (kamień milowy)

Etap V: Rozliczenie całości przedmiotu umowy, w tym:

- Dokonanie odbiorów robót:
 - c) 10 dni od daty zgłoszenia zakończenia robót przez Wykonawcę,

d) 14 dni od daty odbioru końcowego złożenie do Inżyniera faktury końcowej.

Rozliczenie całości przedmiotu umowy – nie później niż 31.03.2017 r.”.

Z kolei w ramach formularza ofertowego Zamawiający wymagał wpisania m.in. w pkt 15: „Zrealizuję(emy) roboty objęte zamówieniem w terminie 120 dni od daty podpisania umowy dla części nr 1, 120 dni od daty podpisania umowy dla części nr II (niepotrzebne skreślić w przypadku oferty złożonej na jedną część)”, pomijając określony w SIWZ maksymalny termin dla realizacji wszelkich robót objętych zamówieniem, tj. 31 marca 2017 r.

W pkt 1-3 formularza ofertowego Zamawiający zawarł adresowane do wykonawców oświadczenie o treści: „zapoznaliśmy się z treścią Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dla niniejszego zamówienia a dalej AKCEPTUJĘ(EMY), w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz modyfikacji tej SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi w nim postanowieniami a dalej GWARANTUJĘ(EMY) wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ”.

Odwołujący w ramach złożonej oferty (str. 1), w pkt 15 formularza ofertowego, wskazał termin wykonania robót objętych zamówieniem do dnia 31 marca 2017 r., a nadto złożył wymagane przez Zamawiającego oświadczenia, których treść przytoczona została powyżej.

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty z powodu jej sprzeczności z SIWZ, bez podjęcia przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert dodatkowych czynności polegających na zwróceniu się przez niego do Odwołującego o wyjaśnienia treści oferty w zakresie ujawnionych tam sprzeczności, względnie sanowania oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, było nieuprawnione. Zdaniem Odwołującego niewątpliwie mamy do czynienia z omyłką, która wskazuje na sprzeczność oferty z treścią SIWZ w zakresie określenia terminu realizacji poszczególnych etapów/części przedmiotu zamówienia, czyli w konsekwencji zaistniało naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym zakresie zasadne było, wobec złożenia przez Odwołującego w treści oferty oświadczenia o zobowiązaniu się do podpisania umowy na określonych przez Zamawiającego w niej warunkach, w której przewidziano m.in. wprost – termin 120 dni dla realizacji poszczególnych etapów jej przedmiotu (Tom II SIWZ, k. 6-7), skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp, tj. zwrócenie się o wyjaśnienia treści oferty co do jej wewnętrznej sprzeczności. Niewątpliwie zasadnym było poprawienie tej niezgodności w treści oferty, bowiem nie spowodowałoby to istotnych zmian wobec *de facto* woli Odwołującego wyrażonej w tym zakresie oraz okoliczności, że termin realizacji zamówienia nie stanowił kryterium oceny ofert w postępowaniu (rozdział 20 SIWZ).

Niezgodność ma też charakter omyłki, ponieważ nasuwa się samoistnie wobec – z jednej strony – wyraźnego oświadczenia woli Odwołującego odnośnie zrealizowania robót objętych zamówieniem w terminie do 31 marca 2017 r., z drugiej zaś – wyraźnego oświadczenia o zobowiązaniu się do podpisania umowy na określonych przez Zamawiającego w niej warunkach. Bezpodstawne były działania w tym zakresie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, jako sprzecznej z SIWZ (89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Powyższe co najwyżej mogłoby nastąpić po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jeśli w jego wyniku wykonawca stwierdziłoby jednak, że w swojej ofercie jako wiążące oświadczenie woli wskazał termin 31 marca 2017 r. dla realizacji poszczególnych etapów zamówienia.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że wymagany przez Zamawiającego 120-dniowy termin dla realizacji poszczególnych części Zamówienia, mając na uwadze datę zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (5 grudnia 2016 r.) i tak wykracza poza przyjęty przez Zamawiającego termin dla realizacji pełnego zakresu zamówienia, tj. 31 marca 2017 r. i jako taki nie może mieć znaczenia.

Przeprowadzenie wyżej opisywanych wyjaśnień nie prowadziło do zmiany treści oferty (istotnej) i nie stanowi o niedopuszczalnych negocjacjach z wykonawcą. Jedynie w sytuacji, gdyby Odwołujący w ramach tych wyjaśnień wskazał jeszcze inny termin realizacji zamówienia, a Zamawiający dokonałby w tym zakresie korekty oferty Odwołującego wówczas takie działanie należałoby zakwalifikować jako naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp. Nadto, w formularzu ofertowym mamy do czynienia z co najmniej dwoma oświadczeniami dotyczącymi terminu realizacji zamówienia, przy czym drugie z nich (pkt 1-4 i 7 formularza ofertowego) nie ma ogólnego charakteru .

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp

W ocenie Odwołującego nic nie stało na przeszkodzie by nieścisłość w złożonej przez niego ofercie usunąć także w wyniku dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ. Powołana zmiana jest tym bardziej uzasadniona, że nie wpływa na treść oferty (w szczególności wobec zaakceptowania SIWZ, w tym projektu umowy).

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp

Odwołujący doszedł do wniosku, że analizując treść informacji z otwarcia ofert należy stwierdzić, że całkowita cena brutto cena zaoferowana przez Wykonawcę I wynosi odpowiednio, dla części 1 – 7.304.847,00 zł oraz części 2 – 7.379.262,00 zł, natomiast cena zaoferowana przez Odwołującego wyniosła odpowiednio 6.615.342,58 zł i 6.852.884,21 zł.

Analiza pozostałych parametrów oferty Odwołującego podlegających ocenie, takich jak zatrudnienie pracowników w oparciu umowę o pracę oraz okres gwarancji, pozwala na przyjęcie założenia, że w ramach opisanych kryteriów Odwołujący uzyskałby niemalże maksymalną ilość punktów. Dokonując więc oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego punktacja uległaby zmianie.

Powyższe okoliczności potwierdzają interes prawny Odwołującego, jednocześnie wskazując na działanie Zamawiającego naruszające art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił ponadto, że jego cena jest niższa o 1.215.882,20 zł, od ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą, zatem czynność Zamawiającego polegająca na nie wezwaniu Odwołującego do złożenia odpowiednich dokumentów, ewentualnie do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego dotyczących treści przedłożonej oferty, może skutkować wydatkowaniem przez Zamawiającego kwoty znacznie wyższej, przy podobnym zakresie oferowanych świadczeń.

Zdaniem Odwołującego zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem dotyczą badania spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, co może doprowadzić do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy nie podlegała ona odrzuceniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentują w następujący sposób.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący zmienił treść formularza ofertowego w taki sposób, że w pkt 15 wpisał termin wykonania robót objętych zamówieniem do dnia 31 marca 2017 r. Odwołujący przyjął zatem błędnie, że data ta, stanowiąca termin rozliczenia umowy, jest w istocie terminem wykonania robót.

Zamawiający odwołał się następnie do postanowień Rozdziału 3 SIWZ określających terminy wykonania przedmiotu zamówienia i stwierdził, że jego intencją było, aby roboty zostały ukończone w 120 dni od daty podpisania umowy. Termin przypadający na dzień 31 marca 2017 r. jest terminem na zakończenie innych czynności, takich jak rozliczenie całości robót. W konsekwencji zmiana którą wprowadził Odwołujący jest zaoferowaniem realizacji przedmiotu zamówienia w sposób odmienny niż przyjęto w SIWZ, a co za tym idzie oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Wyjaśnił, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w niej przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Zamawiający zaznaczył, że wykonawcy nie mogą z własnej inicjatywy modyfikować ani „poprawiać” SIWZ, nawet jeśli uważają, że powinna ona brzmieć inaczej. Naczelną zasadą jest bowiem to, aby wszyscy wykonawcy składali oferty w jednakowych warunkach, w przeciwnym wypadku, gdyby wykonawcy mogli sami zmieniać wymagania opisu przedmiotu zamówienia, naruszona zostałaby właśnie uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp

Zamawiający stwierdził, że przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert niektórych niedokładności czy błędów, które – w ocenie ustawodawcy – nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca określił takie dopuszczalne zmiany w ofertach wykonawców przez wprowadzenie art. 87 Pzp.

Zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest według stanu na dzień złożenia oferty. Po złożeniu oferty możliwe jest wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp z wyłączeniem negocjacji oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i ust. 2 Pzp.

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest dotknięta

niedopatrzaniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp służy wyeliminowaniu wątpliwości co do elementów oświadczenia woli zawartych w treści oferty, nie może natomiast prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku zmiany terminu realizacji zamówienia określonego w ofercie doszłoby do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Zamawiający zaznaczył, że niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami negocjacji dotyczących złożonej oferty. W przedmiotowej sprawie sytuacja w której Zamawiający wezwałby Odwołującego do zmiany terminu realizacji zlecenia, mogłaby zostać zakwalifikowana jako uruchomienie procedury negocjacyjnej. Podkreślił, że Odwołujący samodzielnie dokonał modyfikacji formularza ofertowego i w sposób jednoznaczny stwierdził, że wykona roboty objęte zamówieniem w terminie do 31 marca 2017 r., co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Oświadczenie to nie budzi żadnych wątpliwości, stąd Zamawiający nie był uprawniony do wszczynania procedury wyjaśniającej, która niewątpliwie prowadziłyby do zmiany treści oferty w zakresie jej istotnych postanowień.

Zamawiający stwierdził ponadto, że nie ma znaczenia fakt zaakceptowania przez Odwołującego w formularzu ofertowym postanowień SIWZ, ponieważ dokonując samodzielnie modyfikacji formularza ofertowego, dał wyraz temu, że nie zgadza się z postanowieniami SIWZ i zadeklarował własny termin wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp

Zamawiający podał, że w kwestii omyłki pisarskiej (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp) ustawodawca wymaga, aby miała ona charakter oczywisty. Oznacza to, że zarówno jej popełnienie, jak i sposób jej poprawienia powinny być widoczne na pierwszy rzut oka, bez konieczności dokonywania zabiegów interpretacyjnych, czy wyjaśniania kwestii z nimi związanych.

Możliwość poprawienia oczywistej omyłki może dotyczyć wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Taka omyłka musi mieć charakter zwykłego przypadkowego przeoczenia lub innej zwykłej przypadkowej niedokładności, która dla każdego jest oczywista. Oczywista omyłka pisarska musi mieć charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny i jej poprawienie nie może w konsekwencji prowadzić pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. W przedmiotowej sprawie nie doszło do popełnienia oczywistej omyłki pisarskiej, ale do podania niewłaściwego terminu realizacji zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego nie mamy również do czynienia z oczywistą omyłką niepowodującą zmian w treści oferty, ale z podaniem przez Odwołującego niewłaściwego, niezgodnego z SWIZ terminu realizacji zlecenia. Podkreślił, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie stanowi o poprawieniu oferty w przypadku jej niezgodności z treścią SIWZ, ale o poprawieniu omyłki i to rozróżnienie ma zasadnicze znaczenie. Samo zaś wskazanie na niezgodność oferty z SIWZ nie stanowi wykazania omyłki.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp

Zamawiający stwierdził, że udziela zamówienia w ramach ścisłej regulacji prawnej i nie jest w żaden sposób przymuszany do wyboru najkorzystniejszej oferty poza granicami prawa. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy.

Zamawiający wskazał następnie, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie mogły znaleźć zastosowania w procedurze badania i oceny oferty Odwołującego, ponieważ oświadczenia i dokumenty, które stanowią doprecyzowanie oferowanego przedmiotu zamówienia stanowiąc treść oferty, nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp czy wyjaśnianiu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Wyjaśnienia i uzupełnienia w tych trybach dotyczą niejasności oświadczeń lub dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, nie służą zaś doprowadzeniu do zmiany treści oferty polegającej na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca nie zaoferował wymaganego przedmiotu w ofercie. Tym samym procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp nie służy do zmiany treści oferty, tj. nie może być użyta w przypadku konieczności modyfikacji terminu realizacji zlecenia.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie, po stronie Zamawiającego, zgłosił Wykonawca I, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez niego (dalej również „Przystępujący”) przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego (dalej „Przystępujący”).

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy I zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający uznał, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, oferty Odwołującego i zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej stwierdzając, że zaprezentowany powyżej stan faktyczny nie jest sporny i wymaga uzupełnienia jedynie o dwie kwestie.

Po pierwsze – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej omyłkowo wskazał na datę 31 marca 2016 r. Zgodnie z pkt 15 formularza ofertowego załączonego do oferty Odwołującego zaoferował on wykonanie robót w terminie do dnia 31 marca 2017 r.

Po drugie – w pkt 12.6 SIWZ Zamawiający zawarł zakaz dokonywania w treści załączonych do SIWZ dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) z wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych, np. przypisem.

Biorąc pod uwagę ustalone okoliczności stanu faktycznego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zarzut nie potwierdził się.

Izba zgadza się z Odwołującym, że odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić jedynie w warunkach pewności co do niezgodności jej treści z postanowieniami SIWZ. *Ergo*, w sytuacji, w której wątpliwości w tym zakresie istnieją, ale nadają się do usunięcia w drodze wezwania do wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp (zob. obostrzenia w stosowaniu omawianej procedury wynikające z przepisu art. 87 ust. 1 zd. drugie lub ust. 1a *in fine* Pzp), zamawiający jest zobligowany do zastosowania tej instytucji, a odrzucenie oferty z jej pominięciem stanowić będzie naruszenie Pzp. Warte podkreślenia jest, że wynikający z przepisu art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp zakaz negocjacji obejmuje m.in. sytuacje, w których w następstwie złożonych wyjaśnień treść oferty wykonawcy zostanie uzupełniona o oświadczenia, które nie były uprzednio w niej ujęte. Omawiana instytucja ma na celu usunięcie wątpliwości dotyczących treści oferty,

zinterpretowanie nieprecyzyjnego oświadczenia w niej zawartego, potwierdzenie niejasno wyrażonych intencji, nie zaś zmianę oferty.

Mając na względzie przedstawione zapatrywania skład orzekający doszedł do przekonania, że *ad casum* przeprowadzenie z Odwołującym procedury wyjaśniającej, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp byłoby niedopuszczalne. Wyjaśnieniu miałyby bowiem podlegać niebudząca wątpliwości deklaracja dotycząca odmiennego od wymaganego terminu wykonania robót. Odwołujący wyraźnie i wprost wskazał w tym zakresie na datę 31 marca 2017 r. i wobec oczywistości tego oświadczenia nie wymaga ono dalszej interpretacji, w szczególności takiej, w której następstwie miałyby się okazać, że właściwym terminem wykonania tego elementu świadczenia powinno być 120 dni od daty podpisania umowy. Izba zwróciła wprawdzie uwagę na sprzeczność tego oświadczenia z innymi ogólnymi deklaracjami, których złożenia zamawiający zwyczajowo wymagają, wprowadzając je do treści formularzy ofertowych (tu – oświadczenia z pkt 1-4, 7 i 16), niemniej jednak, po pierwsze – nie mają one, w ocenie składu orzekającego, przesądzającego znaczenia dla stwierdzenia zgodności oferty Odwołującego z SIWZ. Po drugie, sam fakt wystąpienia określonej wewnętrznej sprzeczności w ofercie nie stanowi jeszcze o konieczności jej wyjaśnienia, jeżeli w następstwie tej czynności miałyby dojść do zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy, co *ad casum* nastąpiłoby w odniesieniu do terminu realizacji robót.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że zagadnienie omyłek, do których referuje przepis art. 87 ust. 2 Pzp doczekało się gruntownego omówienia zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Wobec powyższego jedynie ogólnie przypomnienia wymaga, że pod pojęciem omyłki – niezależnie od jej charakteru – kryje się niezamierzona niedokładność. Na gruncie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp omyłki pisarskie (opuszczenia, przeinaczenia w tekście) i rachunkowe (nieprawidłowe wyniki działań matematycznych) charakteryzują się dodatkowo oczywistością, przez którą należy rozumieć możliwość ich wykrycia od razu i bez konieczności uzyskiwania dodatkowych informacji, np. o sposobie ich poprawienia. Z kolei inna omyłka z pkt 3 przepisu art. 87 ust. 2 Pzp pozbawiona jest wprawdzie oczywistego charakteru, wobec czego dopuszczalne wydaje się poprzedzenie jej poprawienia wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (tu, przykładowo, odnośnie sposobu jej poprawienia), tym niemniej musi ona nadal zachowywać charakter niezamierzonej niedokładności.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że określenie przez Odwołującego w formularzu oferty terminu realizacji robót na dzień 31 marca 2017 r. nie stanowi żadnej z omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp. U podstaw takiego określenia spornego terminu legło, zdaniem składu orzekającego, błędne utożsamienie terminu realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem (120 dni od daty podpisania umowy) z terminem rozliczenia całości umowy (31 marca 2017 r.). Odwołujący wskazywał dodatkowo na konieczność wykonania w Etapie V robót budowlanych, podczas gdy dotyczy on wyłącznie czynności odbiorowych i rozliczeniowych, co może świadczyć o dokonaniu powierzchownej analizy i nieprawidłowej interpretacji postanowień SIWZ. Potwierdza to dokonanie świadomej zmiany wymagań Zamawiającego w kwestii terminu realizacji zamówienia, nie zaś popełnienie niezamierzonej niedokładności w tym zakresie. Przedstawione zapatrywanie wzmacnia dodatkowo okoliczność, że Odwołujący był uprawniony do zmiany treści formularza oferty jedynie w sytuacjach wyraźnie przez Zamawiającego przewidzianych (patrz zasady z pkt 12.6 SIWZ), zatem – biorąc pod uwagę, że złożył ofertę na obie części przedmiotu zamówienia – jego obowiązkiem było pozostawienie pkt 15 formularza w niezmienionej postaci.

Na zakończenie należy odnieść się również do twierdzenia o braku możliwości zachowania obecnie terminu 120-dniowego z uwagi na znaczny upływ czasu pomiędzy terminem składania ofert (26 października 2016 r.), a zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej (5 grudnia 2016 r.). W przekonaniu Izby oferta stanowiąca oświadczenie woli, które składane jest zamawiającemu w określonym momencie, musi być przez niego oceniana według stanu z chwili, gdy do niego dotarła (zob. art. 61 § 1 K.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp), nie zaś przez pryzmat późniejszych okoliczności mogących wpływać na sposób jej interpretacji, które – w momencie składania oświadczenia woli – mają charakter przyszły i niepewny. W konsekwencji wspomniana przez Odwołującego kwestia braku możliwości zaoferowania takiego terminu wykonania robót nie mogła mieć znaczenia dla możliwości jej poprawienia w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp, bądź wyjaśnienia w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp

Zarzut nie mógł się ostać.

Izba podkreśla, że przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie mogły znaleźć zastosowania w odniesieniu do formularza oferty Odwołującego. Dotyczą one uzupełniania/wyjaśniania dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 i 25a ust. 1 Pzp, nie zaś oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy, które ewentualnie podlega wyjaśnieniu i korektom na podstawie art. 87 Pzp.

W konsekwencji skład orzekający nie stwierdził również naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp uznając, że wybór oferty najkorzystniejszej odbył się z poszanowaniem tych regulacji prawnych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: